ANDRÉ DE GODOY FERNANDES

**MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL NO BRASIL:
PROMOÇÃO DO PLURALISMO, DIREITO CONCORRENCIAL E
REGULAÇÃO**

Tese de Doutorado

Orientador: Prof. Dr. Calixto Salomão Filho

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Departamento de Direito Comercial

São Paulo, janeiro de 2009

**MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL NO BRASIL:
PROMOÇÃO DO PLURALISMO, DIREITO CONCORRENCIAL E
REGULAÇÃO**

Candidato: André de Godoy Fernandes

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), sob a orientação do Prof. Dr. Calixto Salomão Filho, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito Comercial.

Banca Examinadora:

“What is most profitable for the media corporations is not what is best for a democratic society.”

(Robert McChesney)

“Left to itself, the market does not necessarily cultivate diversity and pluralism in the sphere of communication. Like other domains of the industry, the media industries are driven primarily by the logic of profitability and capital accumulation, and there is no necessary correlation between the logic of profitability and the cultivation of diversity.”

(John Thompson)

Para Juliana e Martim, com amor.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de deixar registrados alguns agradecimentos sinceros e indispensáveis, ainda que breves:

Ao Professor Calixto Salomão Filho, pela oportunidade e pelas observações críticas sobre o teor do trabalho.

Aos Professores Diogo R. Coutinho e Celso F. Campilongo pelas sugestões feitas por ocasião do exame de qualificação desta tese.

Aos colegas de Barretto Ferreira, Kujawski, Brancher e Gonçalves – Sociedade de Advogados (BKBG), que, pelas mais diferentes formas, colaboraram e tornaram possível que eu me dedicasse à realização deste projeto.

Ao Programme in Comparative Media Law and Policy (PCMLP) do Centre for Socio-Legal Studies da Universidade de Oxford (Reino Unido), que, ao me receber como visitante acadêmico no verão de 2008, contribuiu de forma inestimável para a concretização desta empreitada.

A meu amigo José Leça pelas observações pertinentes quanto ao funcionamento da Internet.

A meu pai Antonio Luiz, a Elizabeth Fonseca e a meus diletos amigos Cristiano Maronna e Priscila Beltrame, pela leitura paciente e correção dos originais. Ao esforço deles deve ser atribuída a melhora na qualidade do texto. Os erros remanescentes devem ser imputados exclusivamente ao autor.

A Juliana, minha esposa, pela paciência e compreensão.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Comparação entre as redes de TV aberta	64
Tabela 2 – Emissoras de TV vinculadas às redes nacionais	68
Tabela 3 – Atividades das Organizações Globo.....	70
Tabela 4 – “Os donos da mídia”	72
Tabela 5 – Grupos familiares na radiodifusão brasileira	75
Tabela 6 – Outorgas de televisão controladas por políticos.....	86
Tabela 7 – Afiliadas da Rede Globo vinculadas a políticos	89
Tabela 8 – Participação de mercado na TV por assinatura	287
Tabela 9 – Audiência nacional das maiores redes brasileiras das 7 às 24 h.....	399

SUMÁRIO

LISTA DE TABELAS	1
SUMÁRIO.....	2
INTRODUÇÃO.....	3
PARTE 1 – A CONCENTRAÇÃO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL NO BRASIL..	14
CAPÍTULO 1 – TRAÇOS ESSENCIAIS DA ESTRUTURA ECONÔMICA E POLÍTICA DA SOCIEDADE	
BRASILEIRA	15
CAPÍTULO 2 – CONCENTRAÇÃO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL NO BRASIL: NOTAS SOBRE SUA	
EVOLUÇÃO HISTÓRICA	44
CAPÍTULO 3 – RETRATO DA CONCENTRAÇÃO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL NO BRASIL.....	57
CONCLUSÕES	90
PARTE 2 – PLURALISMO NO SETOR DE COMUNICAÇÃO SOCIAL: DEMOCRACIA,	
DESENVOLVIMENTO E NORMAS CONSTITUCIONAIS	96
CAPÍTULO 1 – O PAPEL DO PLURALISMO NA DEMOCRACIA E NA PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO	97
CAPÍTULO 2 – PLURALISMO E NORMAS CONSTITUCIONAIS	121
CONCLUSÕES	164
PARTE 3 – PROMOÇÃO DO PLURALISMO NO SETOR DE COMUNICAÇÃO SOCIAL:	
DIREITO CONCORRENCIAL E REGULAÇÃO.....	167
CAPÍTULO 1 – ELEMENTOS ESPECÍFICOS DO SETOR DE MÍDIA: PLURALISMO E DILUIÇÃO DO PODER.....	167
CAPÍTULO 2 – OS OBSTÁCULOS NO CAMINHO DA PROMOÇÃO DO PLURALISMO	217
CAPÍTULO 3 – INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS E PROMOÇÃO DO PLURALISMO NA MÍDIA: DA ESPERANÇA	
AO DESENCANTO	280
CAPÍTULO 4 – PROMOÇÃO DO PLURALISMO EXTERNO: APLICAÇÃO DO DIREITO CONCORRENCIAL E	
PROPOSTAS DE REGULAÇÃO	322
CAPÍTULO 5 – GARANTIA DO PLURALISMO INTERNO: MECANISMOS JURÍDICOS	388
CONCLUSÕES	412
CONCLUSÃO	419
BIBLIOGRAFIA.....	422
RESUMO	450
RÉSUMÉE	451
ABSTRACT	452
ÍNDICE	453

INTRODUÇÃO

I

“Absolutamente, não é problema do Brasil a concentração de propriedade de meios de comunicação. Nenhuma empresa no Brasil domina o mercado a ponto de seu *status quo* sinalizar prejuízos à democracia em nosso país. Estamos tentando importar problemas que absolutamente não são nossos”.

Com essas palavras, Roberto Wagner Monteiro, representante das empresas de televisão perante o Conselho de Comunicação Social, manifestou-se em 2003 sobre a proposta de discussão, pelo Conselho, da questão da concentração da mídia no Brasil¹.

Segundo a visão apregoada por Roberto Wagner Monteiro, a preocupação com a concentração dos meios de comunicação no Brasil seria injustificada e desnecessária. Em outras palavras, *much ado about nothing*. Isso não seria um problema no Brasil. E não precisamos importar problemas, pois já temos tantos outros para resolver. Fim da discussão. Caso encerrado. Ponto final.

II

*O Relatório sobre o Desenvolvimento Humano 2002: Aprofundar a democracia num mundo fragmentado*², do PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, afirma que “talvez nenhuma reforma possa ser tão significativa para fazer funcionar as instituições democráticas como a reforma dos meios de comunicação: construir meios de comunicação diferentes e pluralistas, que sejam livres e independentes, que atinjam grande acesso e difusão, que apresentem informação precisa e não tendenciosa. O debate informado é a força vital das democracias. Sem ele, os cidadãos e os

¹ Ver Conselho de Comunicação Social (Congresso Nacional): *Concentração na mídia (debates)*. Brasília, 2004, 3ª reunião de 2003 (07.04.2003).

² O documento está disponível no sítio da Internet: <http://www.undp.org.br>, acessado em 03.11.2007.

decisores ficam sem poder, carecendo dos instrumentos básicos para a participação e a representação informada”³.

O *Relatório sobre o Desenvolvimento Humano 2002* do PNUD alerta também para o fato de que a “propriedade privada dos meios de comunicação está altamente concentrada, muitas vezes por famílias. (...) Nos Estados Unidos, seis empresas controlam a maioria dos meios de comunicação: *AOL Time Warner, General Electric, Viacom, Disney, Bertelsmann e News Corporation*. Na Austrália, o império de comunicação de Rupert Murdoch controla 60% da circulação de jornais diários. Nalguns países, famílias de políticos influentes são grandes proprietárias de meios de comunicação; o caso mais conhecido é o de Silvio Berlusconi e sua família, em Itália. A Televisa do México e a Globo do Brasil são dois dos maiores monopólios de comunicação do mundo, controlados por indivíduos e suas famílias, abrangendo todos os aspectos da produção e distribuição de televisão, rádio, filme, vídeo e grande parte das indústrias publicitárias dos respectivos países”⁴.

A concentração de poder no setor de comunicação social não é uma preocupação só em países latino-americanos. Ela se apresenta como problema em escala mundial⁵. Caso paradigmático, mencionado no *Relatório sobre o Desenvolvimento Humano 2002* do PNUD, que gerou e continua a levantar polêmica é a situação de controle dos meios de comunicação por Silvio Berlusconi na Itália.

Berlusconi, por meio da sociedade Mediaset, controla as três principais emissoras privadas de televisão: Canale 5, Italia 1 e Rete 4⁶. Esclareça-se que inexiste na

³ *Relatório sobre o Desenvolvimento Humano 2002*, p. 75.

⁴ *Relatório sobre o Desenvolvimento Humano 2002*, p. 78.

⁵ Robert McChesney, observando a realidade norte-americana, afirma que “behind the lustrous glow of new technologies and electronic jargon, the media system has become increasingly concentrate and conglomerated into a relative handful of corporate hands. This concentration accentuates the core tendencies of a profit-driven, advertising-supported media system: hypercommercialism and denigration of journalism and public service. It is a poison pill for democracy” (*Rich media poor democracy: communication politics in dubious time*. Urbana: University of Illinois Press, 1999, p. 2).

⁶ O panorama televisivo italiano é caracterizado por um duopólio formado, de um lado, pela RAI (televisão pública) e, de outro lado, pela Mediaset (televisão privada). Como relata Matúš Minárik, “the duopoly of RAI and Mediaset has developed in the 1990s. RAI was established as a state broadcaster in 1954. Mediaset history started with a Milan-based local network called Telemilano in 1978 – at a time when the TV market was still dominated by state-owned RAI. Two years later the station became Canale 5, currently the flagship of the Berlusconi media empire. In 1982, Berlusconi bought from the publishing company Rusconi his second channel – Italia 1. The third channel Rete 4 was acquired in 1980 from Mondadori, another publishing firm, which he later on also took over. There is a head-on-head competition between three RAI

Itália regra proibindo que políticos detenham licenças de radiodifusão⁷. Observadores da política italiana reconhecem o disseminado uso feito por Berlusconi de seus canais de televisão privada para concretização de suas aspirações políticas. Amparado no poder e influência de seu grupo de comunicação, Berlusconi criou o partido *Forza Italia* e, em coligação com outras agremiações políticas, foi eleito e ocupou o cargo de primeiro-ministro da Itália em duas ocasiões (1994-1995 e 2001-2006). Em abril de 2008, Berlusconi foi reconduzido ao cargo de primeiro-ministro italiano. Como chefe de governo italiano, Berlusconi, em última instância, controla também a cadeia de televisão pública RAI⁸.

A concentração da mídia nas mãos de poucos, como no caso italiano, representa uma ameaça à liberdade de expressão e ao direito à informação da população e, em última instância, coloca em risco o próprio sistema democrático.

III

No debate acadêmico sobre a questão da concentração da mídia, encontramos, grosso modo, duas grandes perspectivas: (i) uma liberal, que, amparada por argumentos econômicos, tende a aceitar a concentração dos meios de comunicação social e considerar como relativos eventuais aspectos negativos dela decorrentes, e (ii) uma crítica, que entende a concentração da propriedade dos veículos de mídia como um risco para a democracia na medida em que reduz a diversidade e a pluralidade de informação⁹.

channels (RaiUno, RaiDue, RaiTre) and three Mediaset channels (Canale 5, Italia 1, Rete 4). The audience shares of the two broadcasters are almost equal, typically at around 40-50 percent each” (*Media policies in Italy & United Kingdom*. IPF [International Policy Fellowships] Interim Report, Setembro de 2002, p. 2, disponível no sítio da Internet: <http://www.policy.hu/minarik/MediaPoliciesItalyUK.pdf>, acessado em 25.08.2008).

⁷ Cf. Ana Carolina Querino: “Legislação de radiodifusão e democracia: uma perspectiva comparada”. *Comunicação e Política*, vol. IX, nº 2, mai./ago. 2002, p. 161.

⁸ A concentração da mídia italiana gerou manifestações contundentes do Parlamento Europeu (Resolução de 22.04.2004 sobre os riscos de violação da liberdade de expressão e informação na Europa e em especial na Itália) e do Conselho da Europa e Assembléia Parlamentar (Resolução 1387, de 24.06.2004, sobre monopolização dos meios eletrônicos e possível abuso de poder na Itália).

⁹ Ver de forma similar Guillermo Mastrini e Carolina Aguerre: “Muitos problemas para poucas vozes: a regulamentação da comunicação no século XXI”. In *A mídia entre regulamentação e concentração*. Cadernos Adenauer VIII (2007), nº 4. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2008, pp. 39-62.

Fazem parte da corrente liberal autores como Benjamin Compaine¹⁰ e Eli Noam¹¹. Sob um enfoque crítico da concentração da mídia, destacamos os trabalhos de Ben Bagdikian¹², Robert McChesney¹³ e Edwin Baker¹⁴.

Para Benjamin Compaine, representante da visão liberal, a indústria de mídia nos Estados Unidos, vista como um todo (*media as a whole approach*), seria muito competitiva. Em razão disso, afirma o autor que a concentração dos meios de comunicação não seria um problema. Não haveria necessidade de regras específicas para regular a concentração da propriedade dos veículos de mídia simplesmente porque tal concentração não seria observável na realidade. Na mesma linha, Eli Noam afirma que o longo período de concentração dos meios de comunicação social, marcado por reduzida quantidade de veículos e regulação governamental para limitar o poder de mercado das empresas, teria dado lugar, a partir de meados da década de 1980, a uma realidade caracterizada por forte expansão do mercado de mídia e da oferta de canais de comunicação, o que foi denominado por ele de fase *multichannel*¹⁵.

Em oposição a essa visão, Edwin Baker entende que a questão da propriedade dos veículos de mídia é relevante para a democracia. Não é tanto o número de canais ou veículos de comunicação que importa, mas a quantidade de proprietários. Para Baker, a visão de Compaine, inspirada no pensamento antitruste da Escola de Chicago, na

¹⁰ *Who owns the media?: Competition and concentration in the mass media*. 3ª ed. Nova Iorque/Londres: Lawrence Erlbaum Associates, 2000.

¹¹ “Media concentration in the United States: industry trends and regulatory responses”, disponível no sítio da Internet: <http://www.vii.org/papers/medconc.htm>, acessado em 13.07.2008.

¹² *O monopólio da mídia*. Trad. Maristela M. de Faria. São Paulo: Página Aberta, 1993. Uma passagem, diversas vezes citada, é elucidativa do raciocínio do autor. Bagdikian destacava na edição de sua obra de 1983 que “fifty corporations own most of the output of daily newspapers and most of the sales and audiences in magazines, broadcasting, books and movies”. Então o autor já criticava a concentração dos veículos de comunicação, afirmando que ela representava um perigo para a democracia. Na edição de 2004 da mesma obra, Bagdikian relata que a concentração da mídia aumentou significativamente: “five global-dimension firms [Time Warner, Disney, NewsCorp, Viacom e Bertelsmann] (...) own most of the newspapers, magazines, book publishers, motion picture studios and radio and television stations in the United States”.

¹³ *Rich media poor democracy: communication politics in dubious time*. Urbana: University of Illinois Press, 1999.

¹⁴ *Media concentration and democracy: why ownership matters*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

¹⁵ “Media concentration in the United States: industry trends and regulatory responses”, disponível no sítio da Internet: <http://www.vii.org/papers/medconc.htm>, acessado em 13.07.2008. O autor afirma, todavia, que “this is not the end of media evolution. The third stage, which we have now entered, is that of cyber-media. The delivery platforms for telecommunications, media, and computer data distribution are converging, Internet-style, and provide decentralized, high-capacity, multipoint-to-multipoint communication. This will enable individuals, for example, to directly select the programming they wish to download from video and information servers. Mass media becomes individualized” (*Ibidem*).

medida em que considera o mercado relevante de mídia como compreendendo todos os veículos de comunicação social (*media as a whole approach*) – incluindo assim tanto produtores como distribuidores de conteúdo –, seria equivocada. O mercado de mídia não poderia ser tomado como um todo para fins da avaliação do grau de concentração¹⁶. Robert McChesney, por sua vez, afirma que a sociedade norte-americana contemporânea vive um grande paradoxo: de um lado, assiste ao surgimento de novas tecnologias de informação e comunicação, ao aumento do consumo de produtos de entretenimento e ao crescimento de grandes conglomerados de mídia; por outro lado, verifica-se um significativo declínio na participação política (*rich media / poor democracy paradox*). Para o autor, o que explica esse paradoxo é que a mídia tornou-se uma força antidemocrática: quanto mais ricos e poderosos os grandes conglomerados de mídia, piores seriam as perspectivas para uma democracia efetivamente participativa¹⁷.

Para os autores ligados à visão crítica, a preocupação com a concentração da propriedade dos veículos de comunicação decorre não tanto dos possíveis prejuízos econômicos causados pelo poder dos grandes conglomerados de mídia de aumentar preços ou interferir no mercado de publicidade, mas fundamentalmente do risco de intromissão e manipulação na produção e recepção de informações. A concentração da mídia, nessa visão, tem um impacto direto na vitalidade do debate na esfera pública e, em última análise, na democracia¹⁸.

Esse desentendimento no tocante à avaliação do papel dos meios de comunicação social pode ser explicado, segundo David Croteau e William Hoynes, pelo fato de duas perspectivas diferentes estarem sendo empregadas: um modelo de mercado (*market model*) e um modelo de esfera pública (*public sphere model*). O primeiro estaria baseado na visão da mídia como uma atividade econômica qualquer, regida pelas leis de

¹⁶ *Media concentration and democracy: why ownership matters*, pp. 56 e seguintes. De forma mais técnica, afirma Baker que “firstly, delivery and content creation often should be treated separately. They involve sufficiently separate activities that lack of market share in one says nothing about possible inappropriate market power in the other. Second, as to content, different media products are often not economic substitutes from the perspective of either audiences or advertisers. Differences may involve geography, subject matter, point of view, writing style, or language” (*Ibidem*, p. 64).

¹⁷ *Rich media poor democracy: communication politics in dubious time*, pp. 1-2.

¹⁸ Para um resumo do embate entre a visão crítica e a visão liberal sobre o tema da concentração dos meios de comunicação, ver os artigos de Robert McChesney (“Policing the unthinkable” e “Media corporations versus democracy: a response to Benjamin Compaine”), William Hoynes (“Why media mergers matter”) e Benjamin Compaine (“A world without absolutes” e “The myths of encroaching global media ownership”) disponíveis no sítio da Internet: <http://www.opendemocracy.net/forum>, acessado em 15.08.2002.

mercado e cujo objetivo é a busca de lucros. Já no segundo modelo, a mídia é vista como um elemento central da esfera pública, ou seja, um espaço privilegiado para a circulação de idéias, opiniões e pontos de vista necessários para o debate democrático¹⁹.

IV

Por essas breves linhas, podemos afirmar que não parece ser desprezível ou injustificável a preocupação com a concentração dos meios de comunicação social no Brasil. A realidade brasileira impõe ao observador menos conformado alguns questionamentos. Em primeiro lugar, parece oportuno indagar se existe concentração no setor de comunicação social brasileiro e sob que formas ela se apresenta. Ademais, vale a pena identificar quais valores e princípios devem reger a organização e o desenvolvimento do setor de mídia. De maneira mais ampla, é o caso de se questionar a respeito de qual o impacto da concentração da mídia na construção de uma sociedade democrática e na promoção do desenvolvimento. Por fim, parece indispensável examinar também qual papel o direito deve exercer em um cenário de concentração de poder no setor de comunicação social.

Discutir e enfrentar o problema da concentração de poder no setor de comunicação de massa é tarefa de todos que se preocupam com o desafio da construção de uma sociedade democrática e da promoção do desenvolvimento²⁰. Qualquer proposta de mudança ou de reorganização estrutural para o setor de comunicação social, visando ao aperfeiçoamento das instituições democráticas e ao desenvolvimento econômico e social, exige como condição prévia o conhecimento dos diversos aspectos (jurídicos, econômicos, sociais, políticos e culturais) da configuração institucional da mídia no Brasil. Construir mecanismos institucionais que permitam à sociedade brasileira corrigir a si mesma e definir os rumos de transformações políticas e econômicas exige, como condição *sine qua non*, um esforço dos diversos atores sociais de análise e conhecimento da realidade social.

¹⁹Cf. *The business of media: corporate media and the public interest*. 2ª ed. Thousand Oaks, CA: Pine Forge Press, 2006, p. 16.

²⁰ Afirma Robert McChesney de maneira combativa que “in view of the extraordinary importance of media and communication in our society, I believe that the subject of how the media are controlled, structured, and subsidized should be at the center of democratic debate. Instead, this subject is nowhere to be found. This is not an accident; it reflects above all the economic, political, and ideological power of the media corporations and their allies. And it has made the prospect of challenging corporate media power, and democratizing communication, all the more daunting” (*Rich media poor democracy: communication politics in dubious time*, p. 7).

Esclareça-se, desde logo, que a expressão “comunicação social” deve ser entendida neste trabalho como sinônimo de “comunicação de massa”, a qual pode ser definida como “a comunicação dirigida a um grande público, relativamente numeroso, heterogêneo e anônimo”²¹. Os meios de comunicação social são, portanto, a televisão, o rádio, os jornais, as revistas, a Internet. Também se usará a palavra “mídia” (grafia aportuguesada da palavra *media*, oriunda do inglês), ao longo do trabalho, para designar os meios (ou o conjunto dos meios) de comunicação social²². Ao se falar de comunicação social no Brasil, não há como não dar enfoque especial à radiodifusão de sons e imagens (televisão aberta), visto que esta se apresenta como o veículo de comunicação de maior penetração e influência na sociedade brasileira²³.

Adicionalmente, é preciso esclarecer que partimos da premissa de que os meios de comunicação social exercem uma influência política e cultural na sociedade. Embora seja grande a controvérsia entre pesquisadores e acadêmicos sobre a natureza e a extensão dos efeitos dos meios de comunicação de massa, não se pode negar que ela

²¹ Ver nesse sentido Carlos Alberto Rabaça e Gustavo Guimarães Barbosa: *Dicionário de Comunicação*. São Paulo: Ática, 1987, p. 163. Os autores caracterizam os veículos (fontes) de comunicação de massa, de forma a distingui-los das fontes que não executam comunicação de massa, pelos seguintes elementos: (i) a utilização dos veículos de massa implica organizações geralmente amplas, complexas, com grande número de profissionais, extensa divisão de trabalho e correspondente grau de despesas; (ii) envolvimento de máquinas na mediação da comunicação (aparelhos e dispositivos mecânicos, elétricos e eletrônicos); (iii) possibilidade que apresentam de atingir simultaneamente uma vasta audiência, ou, dentro de breve período de tempo, centenas de milhares ou milhões de ouvintes, de espectadores, de leitores; e (iv) realizar “comunicação” num só sentido (mesmo que disponham de vários *feedbacks*, como índices de consumo ou de audiência, cartas e telefonemas à organização etc...) (*Dicionário de Comunicação*, pp. 163-164).

²² Carlos Alberto Rabaça e Gustavo Guimarães Barbosa: *Dicionário de Comunicação*, p. 401.

²³ A propósito, segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios feita em 2006 pelo IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (disponível no sítio da Internet: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica>, acessado em 10.11.2007), 93% dos domicílios particulares brasileiros possuíam pelo menos um aparelho de televisão. Em comparação com essa penetração da televisão aberta, o IBGE identificou que 87,9% dos domicílios possuíam um aparelho de rádio e apenas 16,9% dos domicílios tinha alguma forma de acesso à Internet. A presença da televisão por assinatura no Brasil, por outro lado, ainda é bastante limitada. Segundo dados da ABTA – Associação Brasileira de Televisão por Assinatura (disponível no sítio da Internet: <http://www.abta.com.br>, acessado em 10.11.2007), estimava-se em 4,9 milhões o número total de assinantes dos diversos serviços de TV por assinatura (TV a cabo, serviço de MMDS e televisão via satélite DTH), no primeiro trimestre de 2007. Não se pode esquecer, também, que boa parte da população brasileira não tem o hábito de ler jornais ou revistas. A propósito, segundo o IBGE, apenas 36,8% dos municípios brasileiros possuem um jornal diário local. Por fim, cumpre observar que o analfabetismo funcional infelizmente ainda é fenômeno presente de forma marcante no Brasil. Segundo dados do IBGE, 23,6% das pessoas de 10 anos ou mais de idade podiam ser consideradas analfabetas funcionais em 2006. O analfabetismo funcional atinge taxas de 28,5% na região Norte e de 35,5% na região Nordeste do Brasil. Por essas razões, pode-se considerar a televisão aberta como o principal veículo de informação e lazer da imensa maioria dos brasileiros. Ver a propósito também Gustavo do Prado Barros Gerolamo *et. al.*: *Mapeamento da demanda: pesquisas de mercado e análises de tendências*. Campinas: CPqD, 2004. O relatório encontra-se disponível no sítio da Internet: http://www.fndc.org.br/arquivos/106Mapeamento_da_demanda_versaoA.pdf, último acesso em 26.11.2008.

existe²⁴, o que justifica a preocupação com o conteúdo difundido ou veiculado na mídia. Estudos demonstraram o importante papel desempenhado pelos meios de comunicação de massa no tocante à definição da agenda política (*agenda setting*)²⁵. A mídia não tem o poder de determinar o que as pessoas devem pensar, mas parece ser capaz de estabelecer os temas sobre os quais as pessoas devem refletir.

V

O trabalho foi estruturado em três partes. Na primeira, nossa preocupação estará voltada para a análise da realidade (mundo do ser) existente no setor de comunicação social brasileiro. Buscaremos, por meio de estudo interdisciplinar, com socorro de trabalhos produzidos em outras ciências sociais, conhecer a realidade do setor de comunicação de massa brasileiro e seus problemas particulares.

A primeira parte se divide em três capítulos. O primeiro será dedicado à análise dos principais traços que marcaram a formação econômica do Brasil e a conformação de seu sistema político. Procuraremos evidenciar que a estrutura da economia brasileira é caracterizada pela concentração do poder econômico e que o sistema político tem como traços distintivos a herança patrimonialista e o clientelismo. Esses elementos fundamentais da estrutura econômica e política brasileira marcam de forma indelével a configuração do setor de comunicação social. Em seguida, no segundo capítulo da primeira parte, pretendemos expor alguns aspectos da evolução histórica do processo de concentração de poder no setor de comunicação social brasileiro, abordando de forma mais

²⁴ A literatura sobre o efeito ou influência dos veículos de comunicação sobre as pessoas é prolífica. A idéia inicialmente avançada pela Escola de Frankfurt (Adorno, Marcuse e Horkheimer) de que as mensagens dos veículos de comunicação de massa seriam absorvidas direta e passivamente pela sociedade está desacreditada. Diversos estudos procuraram mostrar como as mensagens da mídia são filtradas e percebidas (decodificadas e interpretadas) pelas pessoas e/ou grupos sociais: Katz e Lazarsfeld, 1955; Klapper, 1960; Gerbner, 1969; McCombs e Shaw, 1972. Não se pode dizer que a influência da mídia obedece a um modelo simples de estímulo-resposta, nem que o usuário seja passivamente manipulado. A audiência dos veículos de mídia é diversificada (variando em função de idade, sexo, cor, classe social, contexto cultural etc.) e muito menos passiva do que aparenta ser. Em que pesem a complexidade da relação entre mídia e audiência e a variedade de estudos sobre a questão, não se pode descuidar o papel relevante desempenhado pela mídia na apresentação de questões relevantes para a sociedade e na contribuição para a formação do entendimento do público sobre a realidade (Cf. Oliver Boyd-Barrett e Chris Newbold (ed.): *Approaches to media: a reader*. Londres: Arnold, 1995, cap. 15; e Adam Briggs e Paul Cobley (ed.): *The media: an introduction*. 2ª ed. Essex: Pearson/Longman, 2002, cap. 19).

²⁵ Segundo o modelo de *agenda-setting*, proposto por McCombs e Shaw em 1972, a mídia não teria a capacidade de modelar diretamente as atitudes e opiniões das pessoas, mas seria capaz de definir o assunto sobre o qual as pessoas devem pensar. Nesse sentido, a mídia influencia a sociedade de forma significativa na medida em que define a agenda política, ou melhor, as questões centrais e relevantes do debate político.

específica a imprensa, o rádio e a televisão. Por fim, concluindo a primeira parte, propomos identificar no capítulo terceiro as formas de concentração de mercado presentes no setor de comunicação social brasileiro, bem como as práticas pouco republicanas que permitiram o controle de canais de radiodifusão por oligarquias políticas regionais e locais.

A segunda parte do trabalho será dedicada ao estabelecimento de alicerces que permitam criticar a realidade existente no setor de comunicação social brasileiro. Para essa tarefa, partiremos de algumas hipóteses de caráter axiológico-normativo sobre a organização do setor de comunicação social. Almejamos, então, verificar a robustez de tais premissas para, com isso, respaldar nossa crítica da realidade existente no Brasil. Para a verificação das premissas avançadas, avaliaremos, em primeiro lugar, o papel do pluralismo de informação na teoria da democracia. Nossa análise ambiciona ainda recuperar e atualizar a noção Habermasiana de esfera pública, destacando sua importância no debate de assuntos de interesse da coletividade, bem como ressaltar a posição dos meios de comunicação social como principal elemento da esfera pública em uma sociedade de massas. Em seguida, depois de alguns esclarecimentos sobre a noção de desenvolvimento, abordaremos o papel da difusão da informação e do conhecimento, orientada pelo princípio do pluralismo, na promoção do desenvolvimento. Na sequência, centralizaremos nossa atenção nas normas jurídicas de ordem constitucional, orientadoras da organização do setor de comunicação social. Nesse contexto, intentaremos analisar os princípios jurídicos, as liberdades fundamentais e as regras de organização, relativos ao setor de comunicação social, estabelecidos pela Constituição Federal de 1988. A verificação da robustez das hipóteses axiológico-normativas inicialmente propugnadas nessa segunda parte permitirá identificar valores democraticamente estabelecidos e socialmente aceitos, bem como princípios jurídicos de ordem constitucional, que devem servir de base para a crítica de estruturas concentradas e concentradoras de poder no setor de comunicação social.

Por fim, dedicaremos a terceira parte do trabalho à proposição e análise de mecanismos jurídicos voltados para a transformação da realidade (concentração de poder no setor de comunicação social), sempre em linha com os valores éticos socialmente aceitos e os princípios da Constituição Federal relativos ao setor de comunicação social. Nessa parte, nossa pretensão será a de elaborar construções jurídicas voltadas para a atuação do direito concorrencial e da regulação no sentido de combater o poder econômico

e promover a diluição de poder no setor de comunicação social. Essa terceira parte do trabalho possui nítido caráter normativo, na medida em que procura sugerir propostas regulatórias e de modificação do paradigma interpretativo do direito concorrencial, voltadas para a promoção do pluralismo no setor de comunicação social. Vale ressaltar que buscamos amparar as propostas regulatórias elencadas em exemplos e modelos concretos praticados por outros países ocidentais com tradição e raízes democráticas muito mais arraigadas que as brasileiras. Inicialmente, ambicionamos esboçar as principais linhas do que podemos denominar de uma teoria geral do pluralismo no setor de mídia. Para tanto, no primeiro capítulo, procuraremos aprofundar a noção de pluralismo. Em seguida, abordaremos alguns aspectos decorrentes da configuração estrutural do setor de mídia traçada pelo texto constitucional, assim como exploraremos as possibilidades e limites das ferramentas jurídicas voltadas para a diluição dos centros de poder econômico. Além disso, aprofundaremos alguns conceitos ligados à identificação de estruturas concentradas de mercado no setor de mídia. No segundo capítulo, pretendemos avaliar os principais elementos do paradigma dominante na teoria da regulação e no direito concorrencial que dificultam o reconhecimento do pluralismo e da diversidade como princípios norteadores do setor de comunicação social. Discutiremos o paradigma da eficiência econômica e sua influência no controle de estruturas de mercado, na interpretação da Lei nº 8.884, de 1994, e na teoria da regulação. Nosso objetivo primeiro é superar o entendimento socialmente preponderante que legitima a concentração de poder econômico, definindo que a atuação do direito concorrencial e da regulação, no tocante ao setor de comunicação social, deve ser pautada pela proteção do pluralismo e da diversidade – até mesmo em detrimento de preocupações com a eficiência econômica – e pela busca da diluição dos centros de poder, se necessário com a aplicação de medidas de desconcentração estrutural. No terceiro capítulo, procuraremos discutir a crença – a nosso ver equivocada – segundo a qual o avanço tecnológico provocaria a dispersão de poder e a democratização do setor de comunicação social. Analisaremos o impacto das inovações tecnológicas no setor de mídia e suas limitações como fator de promoção do pluralismo. Como é sabido, ao longo das últimas duas décadas, foram inúmeras as inovações tecnológicas no setor de comunicação social (TV a cabo, sistema MMDS, televisão via satélite DTH, e, mais recentemente, Internet e televisão digital). Além disso, impulsionado pelo advento da tecnologia digital, estamos assistindo a um processo de convergência dos setores de comunicação de massa, telecomunicações e informática. No entanto, a introdução de inovações tecnológicas no setor de comunicação social parece não ter sido capaz, por si só, de gerar mais competição

entre os agentes e promover a pluralidade. Nos dois últimos capítulos da terceira parte, procuraremos apresentar algumas propostas para a promoção do pluralismo no setor de comunicação social. No capítulo quarto, sugerimos, de um lado, a revisão da forma de aplicação do direito concorrencial ao setor de mídia, a qual deveria privilegiar o valor pluralismo. De outro lado, aventamos algumas medidas regulatórias destinadas a promover o pluralismo externo na mídia. Finalmente, no quinto capítulo da terceira parte, procuramos discutir um conjunto de mecanismo regulatórios voltados para a promoção do pluralismo interno nos veículos de comunicação social.

Pretendemos com o presente trabalho realizar um estudo interdisciplinar e crítico do fenômeno da concentração de poder econômico e político no setor de comunicação social. Embora nosso foco seja jurídico, há que se reconhecer que o sistema jurídico não é auto-suficiente, bem como não pode ser considerado o único legitimado para lidar com o fenômeno da concentração dos meios de comunicação. É necessário, para uma reflexão mais abrangente sobre o problema, incorporar elementos políticos e econômicos, bem como valores e princípios éticos.

Mesmo sem a pretensão de esgotar a matéria, acreditamos que nosso trabalho poderá contribuir para aperfeiçoar o conhecimento do setor da comunicação social, sob um ponto de vista jurídico, e para instigar a reflexão no meio jurídico, assim como em outras áreas das ciências sociais, sobre o problema da concentração da mídia no Brasil e seu impacto na promoção do desenvolvimento e na construção de uma sociedade democrática.

PARTE 1 – A CONCENTRAÇÃO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL NO BRASIL

A primeira parte de nosso trabalho tem caráter mais descritivo e busca identificar as estruturas fundamentais existentes no setor de comunicação social brasileiro, bem como seus problemas particulares. Nosso propósito será o de produzir uma análise voltada para o conhecimento da realidade. O foco da primeira parte é, portanto, eminentemente analítico.

Almejamos apresentar um retrato do problema da concentração de poder nos meios de comunicação social tal como ele se apresenta na realidade brasileira. Para essa tarefa analítica, adotaremos um enfoque interdisciplinar, mediante o recurso a estudos realizados no âmbito de outras ciências sociais. Esse processo analítico inicial nos parece essencial para, posteriormente, desenvolvermos uma reflexão crítica sobre a realidade brasileira e, em seguida, propormos construções jurídicas voltadas para a sua transformação.

Nossa preocupação inicial será a de identificar e avaliar as estruturas concentradas de mercado existentes no setor de mídia de massa, partindo de dois enfoques: a concentração das estruturas econômicas (concentração vertical, horizontal, multimídia e multissetorial) e o controle dos canais de radiodifusão por oligarquias regionais.

Antes de procedermos a uma “fotografia” das formas de concentração de poder existentes no setor de mídia, entendemos ser pertinente colacionar os elementos históricos, de natureza econômica e política, que podem contribuir para explicar a concentração de poder econômico e político verificada no setor de comunicação social brasileiro. Para tanto, propomos uma breve análise da formação da economia brasileira, a partir do estudo da contribuição da escola histórico-estruturalista ligada à CEPAL, bem como a identificação dos traços que julgamos ser marcantes para a estruturação do sistema político brasileiro, a saber: herança patrimonialista e o clientelismo. Em seguida, de forma

complementar, parece-nos pertinente traçar um breve panorama histórico da concentração da imprensa e da radiodifusão no Brasil.

Capítulo 1 – Traços essenciais da estrutura econômica e política da sociedade brasileira

Para a apreensão dos traços fundamentais da estrutura econômica brasileira recorreremos à análise histórico-estrutural feita por economistas ligados à tradição estruturalista da CEPAL – Comissão Econômica para a América Latina, órgão ligado à Organização das Nações Unidas. Como se sabe, a Escola histórico-estruturalista da CEPAL forneceu substantiva contribuição para a análise das economias subdesenvolvidas dos países da América Latina e de seus problemas estruturais específicos²⁶.

Já no tocante aos aspectos políticos, utilizaremos como material de análise dois textos clássicos sobre a formação do Estado e do sistema político brasileiro: *Os donos do poder* (1958) de Raymundo Faoro e *Coronelismo, enxada e voto* (1949) de Victor Nunes Leal.

Não cabe, nos limites deste trabalho, realizar um estudo profundo sobre a evolução econômica e política do Brasil, mas apenas realçar seus traços essenciais. Não será objeto deste trabalho a exposição das extensas e, por vezes, intermináveis discussões sobre as diversas interpretações sobre a formação das estruturas econômicas ou as formas de Estado (sistema político e administração) ocorridas na evolução histórica brasileira. Com certo prejuízo da sistematicidade, limitar-nos-emos a realçar alguns traços que julgamos fundamentais e esclarecedores no âmbito econômico e político para a análise do problema da concentração dos meios de comunicação social no Brasil.

²⁶ Ver a propósito, Calixto Salomão Filho: “Direito como instrumento de transformação social e econômica”. *Revista de Direito Público da Economia*, vol.1, 2003, pp. 15-44. Cumpre esclarecer que as análises econômicas da Escola histórico-estruturalista serão utilizadas apenas para conhecimento da realidade. Não se advoga o emprego do pensamento e das concepções do estruturalismo cepalino para a propositura de construções jurídicas voltadas para o combate do problema da concentração dos meios de comunicação social brasileiros. Portanto, não se pretende com o recurso à análise histórica feita pela Escola histórico-estrutural corroborar suas propostas para o desenvolvimento e a industrialização dos países latino-americanos.

1.1 – Concentração das estruturas econômicas

A análise da história da formação econômica do Brasil será feita a partir das obras clássicas de Celso Furtado *Formação Econômica do Brasil* (1959) e *Formação Econômica da América Latina* (1969). Em referidas obras, Celso Furtado procura descrever a evolução histórica da economia brasileira e de outros países da América Latina por meio da análise da estrutura produtiva de cada período histórico (daí a denominação de método “histórico-estrutural”).

A exposição das sucessivas estruturas produtivas existentes na evolução da formação da economia brasileira, desde o período colonial até as sucessivas fases de industrialização do País, procurará demonstrar que a concentração econômica, ou seja, o poder econômico, foi sempre um elemento central de nossa economia.

1.1.1 – O ciclo do açúcar e a formação do modelo primário-exportador

A concentração do poder como elemento central da estrutura econômica remonta ao modelo de exploração colonial implantado por Portugal em terras americanas.

Celso Furtado identifica o desenvolvimento tradicional do Brasil, como de resto dos demais países da América Latina, como apoiado na expansão de exportações de matérias-primas (produtos primários decorrentes de atividade extrativa ou agrícola) e na importação de produtos manufaturados²⁷. Para ele, “as atividades agrícolas e a exportação de um excedente de produtos agrícolas foram a própria razão de ser da Colônia”²⁸. Esse modelo de desenvolvimento tradicional da economia dos países latino-americanos, implementado a partir do período colonial, é comumente denominado “modelo primário-exportador”, pois está baseado na produção de produtos primários (alimentos e matérias-primas), voltados para a venda no mercado externo²⁹.

²⁷ *Formação econômica da América Latina*. Rio de Janeiro: Lia Editor, 1969, p. 20.

²⁸ *Formação econômica da América Latina*, p. 49. No mesmo sentido, observa Ladislau Dowbor: “na parte portuguesa da América Latina, o fato de as riquezas minerais terem permanecido durante longo tempo desconhecidas orientou desde o início os colonos para atividades produtivas. A economia brasileira vê-se, pois, desde logo organizada para a produção em função de necessidades externas” (*A formação do capitalismo dependente no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1982, p. 46).

²⁹ Alguns autores caracterizam tal modelo de desenvolvimento como de “crescimento para fora”, dado que o setor dinâmico da economia é aquele voltado para a produção de bens destinados à venda no mercado externo. Embora não caiba nos limites de nossa análise trabalhar com tamanho nível de sofisticação, vale

O cultivo agrícola da cana-de-açúcar foi a primeira atividade econômica relevante implantada pela Coroa portuguesa nas terras brasileiras. Ela se concentrou inicialmente na faixa litorânea do Nordeste brasileiro. O produto dessa atividade agrícola era destinado a abastecer o mercado europeu, ávido por especiarias. Com o ciclo da cana-de-açúcar, implantam-se na Colônia os elementos básicos do modelo primário-exportador. A produção de açúcar era incompatível com o sistema de pequenas propriedades. Para a produção açucareira eram necessárias grandes plantações e o uso intensivo de mão-de-obra³⁰. Embora a terra fosse abundante na Colônia, sua propriedade estava extremamente concentrada. “O sistema de sesmarias concorrera para que a propriedade da terra, antes monopólio real, passasse às mãos de número limitado de indivíduos que tinham acesso aos favores reais”³¹.

Assim, desde o início da ocupação do território brasileiro pelos portugueses, as estruturas sociais e econômicas que se criaram eram fundadas no cultivo de produtos tropicais voltados para a exportação, na grande propriedade rural e no uso de mão-de-obra escrava, atividades que exigiam significativos investimentos dos agentes privados que se aventuraram a ocupar as terras brasileiras³².

A economia açucareira assistiu a um período de expansão, impulsionada pelo mercado externo, até a metade do século XVII. Depois disso, com o declínio dos

menção que J. M. Cardoso de Mello não aceita a identificação de economia primário-exportadora com economia colonial. Segundo ele, “a diferença fundamental entre economia colonial e economia primário-exportadora encontra-se, exatamente, nas distintas relações sociais básicas que lhes estão subjacentes: trabalho compulsório, servil ou escravo, de um lado, e trabalho assalariado de outro” (*O capitalismo tardio: contribuição à revisão crítica da formação e desenvolvimento da economia brasileira*. São Paulo: Brasiliense, 1982, p. 31).

³⁰ Nesse sentido, afirma Celso Furtado que “o empresário açucareiro teve, no Brasil, desde o começo, que operar em escala relativamente grande. As condições do meio não permitiam pensar em pequenos engenhos, como fora o caso nas Ilhas do Atlântico” (*Formação econômica do Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1964, p. 62).

³¹ *Formação econômica do Brasil*, p. 144. Ao tratar da concessão de sesmarias pela Coroa portuguesa, Raymundo Faoro assevera que “o pretendente à sesmaria deveria provar ser homem de posses, capaz de ajustar o destino da terra aos produtos exportáveis”. A terra entregue pela Coroa somente valeria “com grossos investimentos, sobretudo com a compra do escravo africano” (*Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. Vol. 1. 9ª ed. São Paulo: Globo, 1991, pp. 124-125).

³² Observa Celso Furtado que “os portugueses, que nos primeiros dois séculos do período colonial não encontraram metais preciosos nas terras que ocuparam, tentaram romper esse impasse implantando uma agricultura tropical, com base na experiência que haviam obtido nas ilhas do Atlântico a partir de meados do século XV. Havendo encontrado uma população rarefeita e inapta para o árduo trabalho das plantações de cana-de-açúcar, os portugueses decidiram-se pela transplantação de mão-de-obra africana o que exigiu importantes inversões e limitou a ação privada a grupos capazes de mobilizar recursos financeiros relativamente vultosos” (*Formação Econômica da América Latina*, p. 32).

preços do açúcar no mercado mundial, a produção de cana-de-açúcar na Colônia entra em decadência³³. Encerrado o ciclo da cana-de-açúcar, pela perda de mercados externos para a produção das Antilhas francesa e inglesa, a Colônia enfrentou um período de profunda recessão econômica, que só foi superado no século XVIII com a descoberta do ouro em Minas Gerais.

1.1.2 – O ciclo do ouro e a dependência da Coroa portuguesa vis-à-vis da Inglaterra

“No início do século XVIII a busca de metais preciosos, que não havia deixado de estimular a imaginação de numerosos grupos de aventureiros – os ‘bandeirantes’ –, deu os seus primeiros resultados com a descoberta do ouro em 1696, na região de Ouro Preto (Minas Gerais), e logo do diamante, no mesmo Estado, mas em quantidades menos importantes, em torno de 1730”³⁴.

O novo ciclo econômico que se iniciava possuía características distintas do ciclo da cana-de-açúcar. Salientando essa diferença, afirma Celso Furtado que “ao contrário da produção de açúcar, somente acessível a quem estivesse em condições de mobilizar vultosos recursos financeiros, o ouro de aluvião podia ser explorado tanto ao nível artesanal como no da grande unidade. A emigração portuguesa para a região realizou-se em escala muito superior à que tivera lugar nos dois séculos anteriores. Desenvolveu-se, assim, a vida urbana e formou-se um mercado de alimentos, que veio somar-se ao ainda mais importante mercado de animais de tração destinados ao extenso sistema de transportes que articulava a vasta região aurífera ao Porto do Rio de Janeiro”³⁵.

³³ Ladislau Dowbor lembra que “se o açúcar foi indiscutivelmente o produto mais importante do período colonial, não foi o único. Mais ao sul, na Bahia, desenvolveu-se a produção do tabaco. (...) A produção do tabaco exigia também, se bem que em menor medida que a do açúcar, uma série de etapas intermediárias para transformar a folha em produto embalado e pronto para a exportação. A cultura desenvolveu-se pois em grandes propriedades, com uma mão-de-obra escrava numerosa, sem diferenças essenciais relativamente às estruturas criadas pela produção do açúcar” (*A formação do capitalismo dependente no Brasil*, pp. 50-51).

³⁴ Ladislau Dowbor: *A formação do capitalismo dependente no Brasil*, p. 55.

³⁵ *Formação econômica da América Latina*, p. 38. No mesmo sentido, Ladislau Dowbor salienta o seguinte: “do ponto de vista das atividades econômicas induzidas encontramos alterações importantes: em torno da população que aflui em busca do ouro – trata-se não somente dos grandes proprietários que recebiam as concessões proporcionalmente ao número de escravos que podiam apresentar, mas também de pequenos exploradores semiclandestinos – organiza-se um embrião de desenvolvimento introvertido” (*A formação do capitalismo dependente no Brasil*, p. 56).

O ciclo do ouro ao longo do século XVIII foi responsável por um incremento no povoamento do território e no crescimento de atividades comerciais realizadas no âmbito da Colônia, notadamente o comércio de mulas e alimentos. Ademais, com o ciclo do ouro, o eixo econômico da Colônia desloca-se do Nordeste para o Sudeste. Ao contrário da economia açucareira, que se estruturou a partir de um reduzido número de grandes proprietários de terra (senhores de engenho), que operavam grandes empresas (engenhos de açúcar), na economia mineira não predominou a exploração de grandes minas, como ocorreu na América espanhola, mas a extração do ouro de aluvião, encontrado no fundo dos rios.

Entretanto, o resultado da produção mineira não ficou no território da Colônia. O ouro e pedras preciosas, extraídos na Colônia, eram, na sua quase totalidade, exportados para a Europa. Historiadores identificam o período de 1750 a 1760 como o auge das exportações da economia mineira. Mesmo no seu apogeu, a economia mineira não foi capaz de favorecer o desenvolvimento de atividades manufatureiras na Colônia. A incapacidade da economia mineira para criar as bases para o desenvolvimento de atividades manufatureiras na Colônia explica-se em função da complementaridade das atividades da Colônia em relação à Metrópole³⁶ e da situação de extrema dependência da Coroa portuguesa *vis-à-vis* da Inglaterra.

No correr do século XVIII, a Revolução Industrial estava em pleno progresso na Inglaterra. O desenvolvimento da indústria e da marinha inglesas no período foi espantoso. Ademais, com o intuito de preservar sua independência face à Coroa espanhola e assegurar seus domínios sobre as colônias na América, Portugal celebra no final do século XVII e início do século XVIII diferentes acordos com a Inglaterra, pelos quais esta ofereceu sua proteção à Coroa portuguesa³⁷. Em 1703, Portugal e Inglaterra celebraram o famoso acordo comercial de Methuen (assim denominado a partir do nome

³⁶ Explica J. M. Cardoso de Mello que “a economia colonial define-se, portanto, como altamente especializada e complementar à economia metropolitana. Esta complementaridade se traduz num determinado padrão de comércio: exportam-se produtos coloniais e se importam produtos manufaturados e, no caso de economias fundadas na escravidão negra, escravos” (*O capitalismo tardio: contribuição à revisão crítica da formação e desenvolvimento da economia brasileira*, p. 37).

³⁷ Para Raymundo Faoro, “diversos tratados, que culminam na convenção de Methuen (1703), preparados desde 1642, entregam a metrópole à tutela inglesa e, por via daquela, a colônia” (*Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*, p. 226).

do agente inglês que negociou o acordo, John Methuen), pelo qual, em termos práticos, Portugal renuncia ao desenvolvimento manufatureiro em seu território³⁸.

Portanto, o ouro brasileiro, embora tenha ampliado a renda da população livre da Colônia e criado uma demanda crescente por bens de consumo corrente, foi responsável, em grande medida, pelo abandono por parte de Portugal de qualquer pretensão ao desenvolvimento de uma indústria manufatureira³⁹. O ouro extraído no Brasil serviu para pagar as manufaturas inglesas que abasteciam não só Portugal, mas também o mercado de bens de consumo corrente da Colônia.

A subordinação da economia luso-portuguesa ao capitalismo inglês se completa com a vinda da Família Real para o Brasil em 1808, sob a proteção inglesa; com a abertura dos portos brasileiros às “nações amigas” (ou talvez de forma mais apropriada, ao comércio com os ingleses), que quebra o exclusivismo comercial colônia-metrópole; e, por fim, mas não menos importante, com a conferência de tarifas preferenciais, em 1810, aos produtos manufaturados de origem inglesa⁴⁰.

³⁸ Explica Celso Furtado que “o acordo de Methuen, firmado em 1703, dera à Inglaterra uma situação privilegiada no comércio brasileiro. Por esse acordo, Portugal, em troca de alguns favores no mercado inglês para seus vinhos, abriu o próprio mercado e das colônias, de forma irreversível, às manufaturas inglesas. A produção brasileira de ouro, que começou no segundo decênio do século XVIII, imprimiu um grande dinamismo à demanda luso-brasileira de manufaturas, criando possibilidades extraordinárias para os produtos ingleses. Desta forma, o ouro do Brasil encaminhou-se em sua totalidade para a Inglaterra, permitindo que este país acumulasse vultosas reservas internacionais, sem as quais não lhe teria sido fácil enfrentar as guerras napoleônicas” (*Formação econômica da América Latina*, p. 43). No mesmo sentido, veja-se a abordagem de Raymundo Faoro sobre o tratado de Methuen: “o tratado se reduz a garantir a exportação de vinhos portugueses, mediante redução de direitos, e a, em contrapartida, permitir a entrada dos lanifícios ingleses. O aparente singelo ajuste – discutido, na sua conveniência, pelos dois países, obra de trapaçaria, de traição e de astúcia, ou de sabedoria – desestimula a agricultura portuguesa de cereais, comprimida aos vinhos, e abre o mercado português às indústrias inglesas quebrando a nascente manufatura de estufa do reino. Com o mecanismo diplomático, o ouro do Brasil correrá para a Inglaterra, em pagamento da diferença do comércio, ouro que verterá no mundo a supremacia da era industrial, sob o comando do Tâmesis” (*Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*, p. 226).

³⁹ Na visão de Celso Furtado, coube “ao ouro do Brasil uma boa parte da responsabilidade pelo grande atraso relativo que, no processo de desenvolvimento econômico da Europa, teve Portugal naquele século. Em realidade, se o ouro criou condições favoráveis ao desenvolvimento endógeno da colônia, não é menos verdade que dificultou o aproveitamento dessas condições ao entorpecer o desenvolvimento manufatureiro da Metrópole” (*Formação econômica do Brasil*, p. 99).

⁴⁰ Segundo Raymundo Faoro, “a Inglaterra, como de hábito, sempre que auxiliava Portugal a sair das dificuldades européias, cobrava alto preço pela solidariedade: pelo tratado de 1810, os direitos alfandegários passaram a 15% para as mercadorias inglesas, taxa menor que a dos produtos portugueses, ou vindos de Portugal, com o ônus de 16% até 1818” (*Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*, p. 255).

Com o ciclo do ouro, pode-se afirmar que a economia luso-brasileira completa seu processo de inserção na divisão internacional do trabalho proposta pelo capitalismo mundial existente à época.

1.1.3 – O modelo de trocas desiguais no comércio internacional

Com o avanço da Revolução Industrial, formou-se na Inglaterra, de forma pioneira, um núcleo industrial importante. A partir desse núcleo industrial, a burguesia inglesa logo compreendeu que seria extremamente interessante para o desenvolvimento de suas atividades se a Inglaterra se colocasse como fornecedora de produtos industrializados para o mundo e compradora de matérias-primas.

Impulsionada pela Revolução Industrial inglesa, implantou-se no mercado mundial, ao longo do século XIX, um sistema de divisão internacional do trabalho, fundado nas vantagens relativas de cada economia. Por força do sistema de divisão internacional do trabalho, alguns países, como a Inglaterra, figuravam como produtores e fornecedores de produtos industrializados e outros, como os países latino-americanos, como fornecedores de matérias-primas e alimentos. J. M. Cardoso de Mello, ao tratar da divisão internacional do trabalho, a partir da qual se estrutura a economia mundial, separa “de um lado, o centro, que compreende o conjunto das economias industrializadas, estruturas produtivas diversificadas e tecnicamente homogêneas; e outro, a periferia, integrada por economias exportadoras de produtos primários, alimentos e matérias-primas, aos países centrais, estruturas altamente especializadas e duais”⁴¹.

O Brasil se enquadra no grupo de países exportadores de produtos agrícolas tropicais, tais como o açúcar, o algodão, o fumo, o cacau e o café. O modelo primário-exportador, combinado com a divisão internacional do trabalho implantada pelo capitalismo inglês, faz com que os países periféricos ficassem subordinados à demanda

⁴¹ *O capitalismo tardio: contribuição à revisão crítica da formação e desenvolvimento da economia brasileira*, p. 14. Observa Celso Furtado, de forma similar, que “a inserção dos países latino-americanos nas novas linhas em expansão do comércio internacional realizou-se a partir dos anos quarenta do século passado [século XIX]. Nesse processo de inserção tendem a configurar-se três grupos de países exportadores de produtos primários: a) países exportadores de produtos agrícolas de clima temperado, b) países exportadores de produtos agrícolas tropicais, e c) países exportadores de produtos minerais. Em cada um desses casos, o comércio exterior contribuiu para configurar uma estrutura econômica particular, cujas características devem ser tidas em conta no estudo de sua evolução subsequente” (*Formação econômica da América Latina*, pp. 61-62).

mundial de produtos primários⁴². Embora a subordinação à demanda externa signifique elevado grau de risco para o setor agrícola exportador⁴³, esse setor constitui o pólo dinâmico da economia nacional, apresentando elevada taxa de rentabilidade.

Outra característica relevante do modelo primário-exportador era a desigualdade na distribuição pessoal de renda. Nas palavras de Maria da Conceição Tavares, “a alta concentração de propriedade dos recursos naturais e do capital sobretudo no setor mais produtivo, o exportador, dava lugar a uma distribuição de renda extremamente desigual”⁴⁴.

A primeira metade do século XIX é marcada pela ruptura com Portugal e a independência do Brasil, mas também por sérias dificuldades econômicas. A economia mineira estava em plena decadência. Os preços dos produtos agrícolas exportados pelo Brasil, tais como o açúcar e o algodão, estavam em acentuada queda no mercado mundial. É nesse contexto de estagnação econômica que, em meados do século XIX, o Brasil volta a integrar-se no comércio mundial por intermédio de novo ciclo econômico: o ciclo do café.

1.1.4 – O ciclo do café e o renascimento do modelo primário-exportador

A agricultura cafeeira, voltada para a exportação, também se organizou sob a forma de grande lavoura, inicialmente baseada no trabalho de mão-de-obra escrava. Pela natureza do ciclo de produção do café, a lavoura cafeeira exigia investimento de longo prazo com grande imobilização de capital⁴⁵.

⁴² “Sendo uma grande plantação de produtos tropicais, a colônia estava intimamente integrada nas economias européias, das quais dependia. Não constituía, portanto, um sistema autônomo, sendo simples prolongamento de outros maiores” (Celso Furtado: *Formação econômica do Brasil*, p. 116).

⁴³ “As economias periféricas enquanto exportadoras de produtos primários (mais tarde se diria: na etapa do desenvolvimento para fora) não dispõem, assim, de comando sobre seu próprio crescimento, que, ao contrário, depende, em última instância, do vigor da demanda cêntrica” (J. M. Cardoso de Mello: *O capitalismo tardio: contribuição à revisão crítica da formação e desenvolvimento da economia brasileira*, p. 15).

⁴⁴ “Auge e declínio do processo de substituição de importações no Brasil”. In *Da substituição de importações ao capitalismo financeiro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974, p. 32.

⁴⁵ Nesse sentido, afirma Raymundo Faoro que “a fazenda cafeeira adotou, desde o começo de sua expansão, o modelo do estabelecimento do engenho do açúcar, calcada sobre a grande propriedade e a escravidão. (...) Na marcha progressiva do café, (...) avulta a necessidade de capitais, para adquirir e manter a escravidão e suportar o investimento, só produtivo volvidos cinco anos” (*Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*, pp. 411-412). J. M. Cardoso de Mello explica por que a empresa cafeeira surge como latifúndio escravista nos seguintes termos: “Como latifúndio, não somente porque existisse uma determinada repartição de terras prévia à sua constituição. Surge como latifúndio também e principalmente porque, dados os preços dos recursos produtivos e se definindo a produção cada vez mais como produção em massa, as

Com o aumento do preço do café nos mercados internacionais, a produção, anteriormente estabelecida nos arredores do Rio de Janeiro e vale do Paraíba, baseada na mão-de-obra escrava, expande-se para o planalto paulista. Para fazer face à necessidade de mais mão-de-obra para a lavoura cafeeira, o governo brasileiro passa a incentivar e subsidiar a imigração de trabalhadores europeus, principalmente italianos⁴⁶.

É interessante observar que o ciclo do café conjuga de forma bastante clara o modelo primário-exportador, no qual se baseava a economia brasileira, com o modelo de trocas desiguais no comércio internacional.

O setor cafeeiro implantado no eixo Rio-São Paulo, organizado, no auge de seu desenvolvimento, na base do trabalho assalariado, permitiu o surgimento de inúmeras indústrias leves, com destaque para a indústria têxtil de algodão – que foi a primeira indústria a desenvolver-se a ponto de permitir a substituição de importações pela produção nacional – e a indústria de alimentos. Observa Avelãs Nunes que “esta coincidência geográfica do desenvolvimento do complexo exportador cafeeiro (incluindo neste as actividades produtivas e as actividades comerciais, financeiras, serviços de transporte, etc.) e das actividades industriais logo indicará uma forte conexão entre a sorte

margens de lucro eram reduzidas, o que impunha uma escala mínima de produção lucrativa e, reversivamente, determinava investimentos vultosos, que funcionavam como barreiras à entrada. Como latifúndio escravista, não somente porque escravos estivessem disponíveis. Surge como latifúndio escravista também e principalmente porque, tendo em vista, novamente, o caráter da demanda externa e o investimento exigido, o trabalho escravo, superexplorado, mostrou-se mais rentável” (*O capitalismo tardio: contribuição à revisão crítica da formação e desenvolvimento da economia brasileira*, p. 57).

⁴⁶ É interessante a observação de J. M. Cardoso de Mello sobre o processo de concentração de capitais gerado pela economia cafeeira: “de um lado, os investimentos para a formação do cafezal eram vultosos e seu prazo de maturação bastante longo; de outro lado, a estrutura de comercialização e financiamento, por causa do maciço investimento inicial, revelava-se altamente concentrada, ao contrário da estrutura da oferta de café. Esta é, apenas, uma das faces da moeda. Também o capital mercantil estava preso num círculo de ferro: apropriando-se da quase totalidade dos lucros, era compulsório fazê-los retornar à empresa cafeeira (não havendo nenhuma outra oportunidade de inversão), única maneira de proceder à sua valorização. Com isto se esclarece, também de que maneira se procedia ao financiamento da expansão cafeeira, desde que comissários e bancos, uma vez que se apropriavam dos lucros, se encarregavam de sua concentração e canalização para novos investimentos. Desaparecera o monopólio do comércio colonial, que conseguia reduzir os lucros retidos pelo setor produtor a quase nada, fixando os preços de compra dos produtos coloniais e os preços de venda dos produtos metropolitanos. Surgira em seu lugar o oligopsônio comercial e o oligopólio financeiro, que, manipulando os preços de compra e fixando exorbitantes taxas de juros, terminaram por conduzir ao mesmo resultado, à dominação do capital mercantil” (*O capitalismo tardio: contribuição à revisão crítica da formação e desenvolvimento da economia brasileira*, pp. 68-69).

do sector exportador primário e o incremento da indústria”⁴⁷. “A burguesia cafeeira foi a matriz social da burguesia industrial” lembra J. M. Cardoso de Mello⁴⁸.

1.1.5 – O processo de industrialização brasileiro

O processo de industrialização típico dos países latino-americanos inicia-se no final do século XIX e início do século XX como reflexo da elevação da exportação de produtos primários, em função da expansão da demanda global. A expansão da exportação de produtos primários traduziu-se em crescimento da renda disponível e em maior demanda do mercado interno por bens de consumo corrente (como tecidos, calçados, alimentos elaborados, móveis, etc.), que não pôde ser suprida por artigos importados⁴⁹.

A industrialização inicial dos países latino-americanos se apresenta como uma decorrência do processo de expansão do setor primário-exportador⁵⁰. Essa expansão gerou um incremento dos rendimentos e uma demanda por bens manufaturados capaz de alimentar o mercado interno. Avelãs Nunes, ao analisar o surgimento da indústria no Brasil, conclui que “foi a expansão da economia cafeeira capitalista voltada para a

⁴⁷ *Industrialização e desenvolvimento: economia política do modelo de desenvolvimento brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 195. Em outra passagem, Avelãs Nunes afirma que “(...) não há dúvida de que a expansão do sector primário exportador gerou lucros de tal forma elevados que não só cobriram as necessidades de acumulação de capital do próprio sector cafeeiro como forneceram recursos financeiros susceptíveis de ser investidos na indústria” (*Ibidem*, p. 197). Segundo J. M. Cardoso de Mello, “o capital industrial nasceu como desdobramento do capital cafeeiro empregado, tanto no núcleo produtivo do complexo exportador (produção e beneficiamento do café), quanto em seu setor urbano (atividades comerciais, inclusive as de importação, serviços financeiros e de transportes)” (*O capitalismo tardio: contribuição à revisão crítica da formação e desenvolvimento da economia brasileira*, p. 100). No mesmo sentido, afirma ainda Ladislau Dowbor: “o desenvolvimento da cultura do café reforça o deslocamento do centro da economia para o Centro-sul, Rio de Janeiro e depois, sobretudo, São Paulo, onde a acumulação ligada ao café está na base do desenvolvimento industrial ulterior” (*A formação do capitalismo dependente no Brasil*, p. 79).

⁴⁸ *O capitalismo tardio: contribuição à revisão crítica da formação e desenvolvimento da economia brasileira*, p. 100.

⁴⁹ Maria da Conceição Tavares afirma que “o desenvolvimento do setor exportador deu lugar a um processo de urbanização mais ou menos intenso ao longo do qual se iam estabelecendo as chamadas indústrias de bens de consumo interno tais como as de tecido, calçado, vestuário, móveis etc. Estas, como se sabe, são indústrias tradicionais, de baixo nível de produtividade, presentes em quase toda a América Latina, que surgiram no bojo do próprio modelo exportador” (“Auge e declínio do processo de substituição de importações no Brasil”. In *Da substituição de importações ao capitalismo financeiro*, p. 30).

⁵⁰ De acordo com Celso Furtado, nesse primeiro momento do processo de industrialização, “a especialização na produção permitiu a elevação da produtividade e da renda, abrindo caminho para a formação de um núcleo de mercado interno de produtos manufaturados e para a construção de uma infra-estrutura. Enquanto na experiência clássica a industrialização resultou da introdução de inovações no processo produtivo, as quais, através da redução dos preços, permitiu a substituição dos produtos artesanais e a formação do próprio mercado, no caso latino-americano o mercado formou-se como decorrência da elevação da produtividade causada pela especialização externa, sendo inicialmente abastecido mediante importações” (*Formação econômica da América Latina*, p. 124).

exportação que criou as condições essenciais para o aparecimento do capital industrial no período que decorre entre os dois últimos decênios do século XIX e a 1ª GM. O crescimento industrial, particularmente acelerado entre 1905 e 1912, aparece claramente como um ‘subproduto das exportações do café’ (Celso Furtado), podendo concluir-se que o capital industrial surgiu como um desdobramento do capital cafeeiro e que ‘a burguesia cafeeira foi a matriz social da burguesia industrial’⁵¹.

Contudo, com a crise de 1929 e a depressão econômica que se seguiu (depressão de 1929 a 1932), o processo de industrialização nos países latino-americanos recebe um novo impulso, que muda sua natureza. A crise de 1929 provocou uma desorganização do comércio internacional, fato que, de um lado, reduziu a demanda mundial por produtos primários e, de outro lado, dificultou o abastecimento de produtos manufaturados e de bens de consumo corrente para os países periféricos⁵². A Segunda Guerra Mundial aporta também contribuição significativa para tornar ainda mais aguda a dificuldade de obtenção, pelos países latino-americanos, de produtos manufaturados junto a mercados tradicionalmente fornecedores de tais produtos como os Estados Unidos e os

⁵¹ *Industrialização e desenvolvimento: economia política do modelo de desenvolvimento brasileiro*, p. 198. Em outra passagem, o Autor enfatiza que “o crescimento para fora no sector primário exportador capitalista criou, nos países da América Latina, as condições que tornaram possível o aparecimento do capital industrial: concentração de lucros consideráveis nas mãos da classe capitalista ligada ao sector exportador; obtenção das divisas necessárias à transformação do dinheiro em capital produtivo através da importação de bens de capital; conversão da força de trabalho em mercadoria; criação de um mercado interno viabilizador da actividade industrial” (*Ibidem*, p. 213). No mesmo sentido, J. M. Cardoso de Mello assevera: “não pode subsistir qualquer dúvida de que a economia cafeeira assentada em relações capitalistas de produção engendrou os pré-requisitos fundamentais ao surgimento do capital industrial e da grande indústria. (...) A economia cafeeira capitalista cria, portanto, as condições básicas ao nascimento do capital industrial e da grande indústria ao: 1) gerar, previamente, uma massa de capital monetário, concentrada nas mãos de determinada classe social, passível de se transformar em capital produtivo industrial; 2) transformar a própria força de trabalho em mercadoria; e, finalmente, 3) promover a criação de um mercado interno de proporções consideráveis” (*O capitalismo tardio: contribuição à revisão crítica da formação e desenvolvimento da economia brasileira*, pp. 98-99).

⁵² Segundo Avelãs Nunes, “para os países da América Latina, a Grande Depressão [1929-1932] significou a quebra abrupta e espectacular dos mercados de seus produtos tradicionais de exportação. Ficaram então às claras os inconvenientes da extrema dependência em que se encontravam as economias latino-americanas relativamente às exportações de bens primários e às importações provenientes dos países capitalistas industrializados” (*Industrialização e desenvolvimento: economia política do modelo de desenvolvimento brasileiro*, p. 49). No caso da economia brasileira, a política de proteção dos produtores de café, adotada pelo governo federal durante a Grande Depressão, embora sem a pretensão específica, tem consequências diretas sobre o incremento da produção industrial. Segundo Celso Furtado, “a decisão de continuar financiando, sem recursos externos, a acumulação de estoques, qualquer que fosse a repercussão sobre a balança de pagamentos, foi de consequências que na época não se podiam suspeitar. Mantinha-se, assim, a procura monetária em nível relativamente elevado no setor exportador. Esse fato, combinado ao encarecimento brusco das importações (consequência da depreciação cambial), à existência de capacidade ociosa em algumas indústrias que trabalhavam para o mercado interno e ao fato de que já existia no país um pequeno núcleo de indústrias de bens de capital, explica a rápida ascensão da produção industrial, que passa a ser o fator dinâmico principal no processo de criação de renda” (*Formação econômica do Brasil*, p. 233).

países Europeus. Diante desses acontecimentos, a indústria nacional conhece um período de crescimento, pois os produtos manufaturados nacionais passaram a ocupar o lugar dos produtos anteriormente adquiridos no exterior.

Essa expansão do uso da capacidade produtiva da indústria nacional, em decorrência do incremento da dificuldade para a importação de produtos manufaturados, é denominada industrialização por “substituição de importações”⁵³. Segundo J. M. Cardoso de Mello, “numa palavra, a industrialização por substituição de importações está assentada numa dinâmica contraditória em que sucessivos estrangulamentos externos promovem e, ao mesmo tempo, são promovidos pelo crescimento industrial interno”⁵⁴. Cumpre observar, no entanto, que o processo de industrialização “substitutiva de importação” permitiu o desenvolvimento da indústria produtora de bens não-duráveis de consumo final, mas não chegou a implicar na implantação no País de uma indústria voltada para a produção de bens de capital (máquinas e equipamentos, siderurgia etc.)⁵⁵.

Dada a dimensão reduzida dos mercados nacionais, no início do processo de industrialização, a concentração das atividades econômicas foi uma tendência

⁵³ A propósito, afirma Avelãs Nunes que “na sequência da Grande Depressão, os anos 30 traduziram-se, efectivamente, num intenso processo de substituição de importações, verificando-se uma baixa significativa do coeficiente de importação, particularmente clara no que se refere a certos produtos intermédios e bens de capital, o que indicia uma alteração assinalável das estruturas produtivas industriais” (*Industrialização e desenvolvimento: economia política do modelo de desenvolvimento brasileiro*, p. 208). Contudo, como bem lembrado por Wilson Cano, “(a) a contração da capacidade para importar reduziu as importações de bens de consumo; (b) isto, junto com a política de sustentação do nível da renda, permitiu à indústria utilizar mais sua capacidade produtiva, ampliando sua produção; (c) o maior nível de atividade industrial reclama maior uso de matérias-primas, combustíveis e bens de capital; (d) esta demanda derivada pressionará ainda mais a capacidade para importar e o balanço de pagamentos”; portanto, conclui o autor, “a industrialização, para prosseguir – isto é, para ampliar a sua capacidade produtiva e diversificar-se – requeria capacidade para importar compatível com suas necessidades básicas, sem o que estaria obstada” (*Desequilíbrios regionais e concentração industrial no Brasil: 1930-1970*. Campinas: Ed. da Universidade Estadual de Campinas, 1985, pp. 182-183).

⁵⁴ *O capitalismo tardio: contribuição à revisão crítica da formação e desenvolvimento da economia brasileira*, p. 93.

⁵⁵ Por essa razão, alguns economistas qualificam o processo de industrialização ocorrido no período de 1933 a 1955 como “industrialização restringida”. Nesse sentido, explica J. M. Cardoso de Mello: “penso que em 1933 se inicia uma nova fase do período de transição, porque a acumulação se move de acordo com um novo padrão. Nesta fase, que se estende até 1955, há um processo de industrialização restringida. Há industrialização, porque a dinâmica da acumulação passa a se assentar na expansão industrial, ou melhor, porque existe um movimento endógeno de acumulação, em que se reproduzem, conjuntamente, a força de trabalho e parte crescente do capital constante industriais; mas a industrialização se encontra restringida porque as bases técnicas e financeiras da acumulação são insuficientes para que se implante, num golpe, o núcleo fundamental da indústria de bens de produção, que permitiria à capacidade produtiva crescer adiante da demanda, autodeterminando o processo de desenvolvimento industrial” (*O capitalismo tardio: contribuição à revisão crítica da formação e desenvolvimento da economia brasileira*, p. 110).

inevitável⁵⁶. A industrialização brasileira, baseada na substituição de importações, apresentou elevado grau de monopolização em alguns setores⁵⁷.

A partir dos anos 1950, no entanto, o processo de industrialização dos países latino-americanos, que havia se beneficiado das dificuldades de importação de produtos manufaturados em função da Grande Depressão e da Segunda Guerra Mundial, vive nova fase, impulsionada pela ação estatal⁵⁸. Por suas diferenças estruturais, costuma-se dividir a industrialização brasileira em dois períodos: uma primeira fase, iniciada com a Grande Depressão de 1929 e que se estende até a década de 1950, caracterizada pela produção de bens de consumo para substituição de importações, inicialmente de bens de consumo finais e posteriormente também de bens de consumo duráveis (tais como eletrodomésticos), e uma segunda fase, iniciada em meados da década de 1950 e que se prolonga por cerca de 10 a 15 anos, marcada pelo crescimento acentuado da produção de bens de capital e de bens de consumo durável⁵⁹.

⁵⁶ Maria da Conceição Tavares observa, por outro lado, que “dada a distribuição de renda existente quando se iniciou o processo de substituições, a nova orientação do sistema produtivo estava de antemão dirigida ao atendimento da demanda insatisfeita por importações das classes da mais alta renda. Esse fator, se por um lado era favorável a uma correspondente diversificação industrial, considerada a correspondente variedade da demanda naquelas classes, por outro apresentava inconvenientes óbvios do ponto de vista da estrutura de custos da concentração econômica em termos setoriais ou regionais. Com efeito, se as dimensões absolutas do mercado interno já eram relativamente reduzidas, fácil é imaginar o que representa, do ponto de vista do que se poderia chamar escalas econômicas, ter que satisfazer uma grande demanda de bens e serviços onde cada um, separadamente, representava uma diminuta fração do mercado global. Devirá, então, desta mesma realidade, a tendência a uma inevitável concentração das atividades econômicas, uma vez que não se poderia esperar um número grande de empresas que, num afã competitivo, se estabelecessem com condições de rentabilidade para disputar mercados específicos tão débeis, salvo em certas áreas de bens de consumo” “Auge e declínio do processo de substituição de importações no Brasil”. In *Da substituição de importações ao capitalismo financeiro*, pp. 48-49).

⁵⁷ Cf. Avelãs Nunes: *Industrialização e desenvolvimento: economia política do modelo de desenvolvimento brasileiro*, p. 334.

⁵⁸ Em realidade, observa Avelãs Nunes que “a política econômica, nos anos posteriores à grande crise capitalista, se tenha orientado no sentido de romper com o modelo de crescimento determinado pelas exportações e orientado para o exterior, procurando atingir um ritmo de desenvolvimento que não fosse tão apertadamente limitado pelo volume das importações e pela capacidade de importar que delas derivava. Manteve-se o nível dos rendimentos acima do que teria sido exigido para reduzir as importações ao montante permitido pelas receitas das exportações, lançou-se mão de medidas de nacionalismo econômico (direitos alfandegários protectores, desvalorização da moeda, controlo dos câmbios, restrições quantitativas à importação, etc.) e estimulou-se o crescimento das indústrias voltadas para o mercado interno e orientadas para a substituição de importações de bens de consumo corrente” (*Industrialização e desenvolvimento: economia política do modelo de desenvolvimento brasileiro*, p. 60).

⁵⁹ Cf. Avelãs Nunes: *Industrialização e desenvolvimento: economia política do modelo de desenvolvimento brasileiro*, p. 217. Autores, como Avelãs Nunes, distinguem três etapas sucessivas e diferenciadas do processo de industrialização por substituição de importações: 1ª fase: chamada de *substituição fácil de importações*, que se estende entre o início dos anos 1930 e os anos seguintes ao final da Segunda Guerra Mundial, marcada pela ampliação da capacidade produtiva das indústrias tradicionais de bens de consumo corrente já existentes no País, em virtude das restrições verificadas no comércio internacional decorrentes da Grande Depressão e do conflito armado mundial; 2ª fase: ocorrida entre finais dos anos 1940 e meados dos anos 1950, caracterizada pelo incremento da importação de bens de capital e a implantação de indústrias de

Conforme assinala Avelãs Nunes, “a subida ao poder de Getúlio Vargas, no início de 1951, marca, verdadeiramente, segundo a generalidade dos autores, o arranque de uma política sistemática de industrialização, sob a liderança do estado e da burguesia industrial, comercial e financeira, em coligação com os grandes proprietários rurais que produziam alimentos e matérias-primas para o mercado interno, com as novas camadas da classe média e os sectores populares urbanos incorporados no processo de industrialização”⁶⁰. A ação estatal foi responsável pela implantação no País de indústria de bens de produção, tais como siderurgia (instalação do complexo siderúrgico em Volta Redonda em meados da década de 1940), indústria química pesada e petróleo (criação da Petrobrás em 1954). O impulso estatal ao processo de industrialização se faz sentir por meio da concessão de financiamentos, do controle de importações, da adoção de política cambial favorecedora da indústria nacional, assim como no investimento em infra-estrutura e na implantação de indústrias de base.

Por volta do início dos anos 1960, com o esgotamento do dinamismo do modelo de industrialização baseado na substituição de importações, os capitais estrangeiros vão passar a exercer um papel relevante na continuidade do processo de desenvolvimento da indústria brasileira, como de resto em toda a economia nacional.

1.1.6 – Incremento da participação das multinacionais na economia brasileira

Se a economia brasileira enfrentava uma crise de acumulação de capital da indústria no início dos anos 1960, em razão da retração das receitas do setor exportador, a economia mundial vivia uma época de liquidez de capitais, notadamente norte-

base (cimento, siderurgia) e de indústrias de bens de consumo duradouro (eletrodomésticos); e 3ª fase: iniciando-se em meados dos anos 1950 e terminando em princípios da década de 1960, na qual a produção de bens de consumo duradouro, como automóveis, ganha relevância (*Ibidem*, p. 291 e seguintes). Para J. M. Cardoso de Mello, por sua vez, “poder-se-iam distinguir duas fases no processo de substituição de importações: na primeira, a de industrialização extensiva, a substituição ocorre na faixa dos bens de consumo corrente, de alguns produtos intermediários e de bens de capital, cuja tecnologia exige baixa densidade de capital, e, mesmo, de bens de consumo duráveis ‘leves’, produzindo-se um ‘alargamento de capital’, com uso abundante de mão-de-obra e expansão horizontal do mercado; na segunda, a de industrialização intensiva, a substituição envereda pelos bens de produção ‘pesados’ e pelos bens duráveis de consumo de alto valor unitário, quando, então, a utilização de técnicas intensivas de capital diminuiria o ritmo de crescimento do emprego industrial, dando lugar a uma expansão vertical do mercado, por meio do aumento da concentração de renda” (*O capitalismo tardio: contribuição à revisão crítica da formação e desenvolvimento da economia brasileira*, p. 93).

⁶⁰ *Industrialização e desenvolvimento: economia política do modelo de desenvolvimento brasileiro*, p. 227.

americanos, em função do término do esforço de reconstrução da Europa pós-Segunda Guerra Mundial.

Nesse cenário, o País assiste a um grande afluxo de investimentos estrangeiros no final dos anos 1950 e início dos anos 1960⁶¹. “Nesse período teve lugar a instalação de algumas indústrias dinâmicas como a automobilística, de construção naval, de material elétrico pesado e outras indústrias mecânicas de bens de capital. Expandiram-se também várias indústrias básicas como a siderúrgica, petrolífera, metalúrgica dos não-ferrosos, celulose e papel, química pesada etc.”⁶². O capital estrangeiro que ingressa no Brasil é basicamente representado pelas grandes empresas oligopolistas dos países industrializados, notadamente norte-americanas e européias. De acordo com Avelãs Nunes, o capital estrangeiro, ao se implantar no Brasil, “reserva para si o controlo do novo *sector dinâmico* da economia brasileira, concentrando seus investimentos nas indústrias estratégicas produtoras de bens intermédios e de bens de consumo duradouros”⁶³. Após um período de depressão econômica entre os anos de 1962 e 1967, a dependência da economia brasileira de capitais externos, nos anos subseqüentes, veio somente a se agravar⁶⁴.

⁶¹ “No tripé em que se baseou a industrialização brasileira desde meados dos anos 50, formado pelas empresas do Estado, do capital privado e do capital estrangeiro, a estas últimas coube compartilhar com as empresas estatais o papel de principal protagonista. Sua participação direta na produção manufatureira não constitui por certo uma novidade histórica, mas intensificou-se notavelmente a partir da mencionada época” (José Serra: “Ciclo e mudanças estruturais na economia brasileira no pós-guerra”. In Luiz Gonzaga M. Belluzzo e Renata Coutinho (org.): *Desenvolvimento capitalista no Brasil: ensaios sobre a crise*. Vol. 1. 3ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1984, p. 70).

⁶² Maria da Conceição Tavares: “Auge e declínio do processo de substituição de importações no Brasil”. In *Da substituição de importações ao capitalismo financeiro*, p. 72. Mário Luiz Possas ressalta que “a diversificação da estrutura industrial que se verifica desde a Guerra se deu paralelamente a uma importante onda de novos investimentos diretos estrangeiros. (...) A maior parte dessas firmas internacionais não entraram em competição direta com o capital nacional, uma vez que sua especialização técnica e de mercado tornavam em geral desnecessário repartir mercados com as empresas locais. Em alguns casos, no entanto, grupos estrangeiros iniciaram suas atividades por meio da aquisição de companhias brasileiras, como nas indústrias de fumo, fósforo, aço e moagem de cereais. Nas duas últimas, além disso, concorreram com firmas nacionais. Acrescente-se que os aspectos de concentração industrial e oligopólio não foram exclusividade dos mercados dominados por empresas estrangeiras: há claras indicações apontando um quadro generalizado de elevada concentração a nível dos estabelecimentos industriais, entre outras razões devido às restrições técnicas ‘modernas’ de mínima escala de produção, independentemente da origem do capital da empresa” (“Empresas multinacionais e industrialização do Brasil”. In Luiz Gonzaga M. Belluzzo e Renata Coutinho (org.): *Desenvolvimento capitalista no Brasil: ensaios sobre a crise*. Vol. 2. São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 15).

⁶³ *Industrialização e desenvolvimento: economia política do modelo de desenvolvimento brasileiro*, p. 239. “Os investimentos estrangeiros”, ainda segundo Avelãs Nunes, “marcam o *estilo de desenvolvimento* (naturalmente ao sabor de seus interesses), impondo as suas escolhas em matéria de tecnologia, de estruturas produtivas e de estrutura da procura. Reflexamente, acabam por ‘impor’ a própria estrutura da distribuição do rendimento, altamente regressiva, como convém a empresas orientadas para a produção de bens só acessíveis, em países como o Brasil, à pequena franja de ricos” (*Ibidem*, p. 239).

⁶⁴ Ao comentar a participação das empresas multinacionais na indústria brasileira, Mário Luiz Possas afirma que “a presença dessas empresas é um componente inseparável da fase de industrialização iniciada na década de 50. Ao mesmo tempo, instalaram-se algumas das grandes empresas nacionais, públicas e privadas, de tal

A atuação estatal, deve-se salientar, contribui de forma significativa para a acumulação de capital privado, inclusive por parte das empresas multinacionais. A propósito, explica Avelãs Nunes: “os investimentos do estado actuaram, neste período, como verdadeiro motor do crescimento económico, estimulando os investimentos privados, proporcionando-lhes economias externas baratas e uma procura acrescida. Assim se lançavam as bases da *solidariedade orgânica* entre o estado e as grandes empresas multinacionais estrangeiras, no quadro do que alguns chamam *modelo de desenvolvimento associado dependente*, ao mesmo tempo em que se ampliavam as possibilidades de desenvolvimento dos sectores de implantação do capital privado nacional”⁶⁵. Nesse período nasce a aliança para manutenção do sistema de acumulação capitalista que se convencionou chamar de *solidariedade Estado - empresas multinacionais - grande capital privado nacional*⁶⁶.

Nesse contexto, o golpe militar de 1964 apresenta-se como um movimento centralizador que, por meio da tomada do aparelho estatal, busca “libertar” o capitalismo brasileiro de suas amarras “nacional-populistas” e recuperar a “confiança” do grande capital internacional⁶⁷. Durante o regime militar, o Estado brasileiro promoveu uma

forma que data destes anos a conformação definitiva de uma indústria moderna e altamente concentrada, contendo tanto empresas nacionais como multinacionais liderando os principais setores” (“Empresas multinacionais e industrialização do Brasil”. In Luiz Gonzaga M. Belluzzo e Renata Coutinho (org.): *Desenvolvimento capitalista no Brasil: ensaios sobre a crise*, p. 22).

⁶⁵ *Industrialização e desenvolvimento: economia política do modelo de desenvolvimento brasileiro*, p. 213. No mesmo sentido, afirma Barjas Negri: “é importante compreender que a conjuntura pós-1956 diferencia-se do período anterior exatamente pela presença do *novo* capital estrangeiro e pela ação do Estado, que estabelece as bases de associação entre capital estrangeiro e nacional e investe pesadamente em infra-estrutura” (*Concentração e desconcentração industrial em São Paulo (1880-1990)*. Campinas: Editora da UNICAMP, 1996, p. 102). Sobre a atuação do Estado, J. M. Cardoso de Mello salienta que ela foi “decisiva, em primeiro lugar, porque se mostrou capaz de investir maciçamente em infra-estrutura e nas indústrias de base sob sua responsabilidade, o que estimulou o investimento privado não só por lhe oferecer economias externas baratas, mas, também, por lhe gerar demanda. (...) Coube-lhe, ademais, uma tarefa essencial: estabelecer as bases da associação com a grande empresa oligopólica estrangeira, definindo, claramente, um esquema de acumulação e lhe concedendo generosos favores” (*O capitalismo tardio: contribuição à revisão crítica da formação e desenvolvimento da economia brasileira*, p. 118).

⁶⁶ Cf. J. M. Cardoso de Mello: *O capitalismo tardio: contribuição à revisão crítica da formação e desenvolvimento da economia brasileira*, pp. 118-121.

⁶⁷ Avelãs Nunes: *Industrialização e desenvolvimento: economia política do modelo de desenvolvimento brasileiro*, p. 352. A política econômica implantada após o golpe de 1964, segundo Avelãs Nunes, era orientada para objetivos estratégicos que se traduziriam “a) no reforço das condições próprias de uma ‘economia de mercado’, em que seja reconhecido ao sector capitalista privado (sem distinção entre empresas nacionais e estrangeiras) o papel de motor do desenvolvimento económico e em que o estado se assumia (quer enquanto entidade política quer enquanto titular de um considerável sector empresarial) como instância de enquadramento, estímulo e apoio ao (grande) capital privado e como garante das condições políticas e sociais indispensáveis à acumulação capitalista nos moldes que derivam da presença ‘dinamizadora’ das empresas multinacionais; b) na abertura da economia ao mercado externo e conseqüente prioridade e estímulo à

significativa expansão do setor público da economia, sendo certo que parte significativa do investimento estatal foi direcionada para a criação de infra-estrutura e setores básicos necessários para propiciar “as economias externas exigidas pela acumulação do capital no quadro do ‘modelo de desenvolvimento’ veiculado pelas multinacionais, baseado nas indústrias de bens de consumo duradouros”⁶⁸.

No ciclo expansivo da economia conhecido como “milagre brasileiro”, o setor dinâmico passou a ser o de bens duráveis de consumo (notadamente automóveis e construção civil)⁶⁹. A solidariedade orgânica entre o Estado e a grande empresa multinacional se manteve. No início dos anos 1970, porém, o regime militar adota uma política de incentivo à concentração empresarial, visando ao fortalecimento da empresa privada nacional para fazer frente às empresas multinacionais⁷⁰. A política concentracionista estava delineada no I Plano Nacional de Desenvolvimento (1972-1974) e no II Plano Nacional de Desenvolvimento de (1975-1979). Ela se baseava no incentivo aos processos de fusão e incorporação de empresas, na formação de grandes grupos de empresas ou conglomerados e no estímulo à abertura de capital de empresas⁷¹. Tratando da

exportação (quer de produtos agrícolas e de matérias-primas industriais, quer de produtos manufacturados) (...); c) no recurso sistemático ao capital estrangeiro para financiar o crescimento económico, quer através de atractivos concedidos aos investimentos directos das empresas multinacionais, quer através do recurso ao crédito externo por parte do estado brasileiro e das grandes empresas privadas” (*Ibidem*, pp. 354-355).

⁶⁸ Avelãs Nunes: *Industrialização e desenvolvimento: economia política do modelo de desenvolvimento brasileiro*, p. 440. Na mesma linha, destaca Maria da Conceição Tavares que, a partir da segunda metade da década de 1960, observa-se no Brasil “uma maior solidariedade orgânica entre o Estado e o capitalismo internacional, visto que ambos participam de modo predominante no investimento e produção dos principais setores dinâmicos sem que haja entre eles contradições importantes no plano da tomada de decisões” (“Além da estagnação”. In *Da substituição de importações ao capitalismo financeiro*, p. 177).

⁶⁹ Cf. J. M. Cardoso de Mello e Luiz Gonzaga M. Belluzzo: “Reflexões sobre a crise atual”. In Luiz Gonzaga M. Belluzzo e Renata Coutinho (org.): *Desenvolvimento capitalista no Brasil: ensaios sobre a crise*, pp. 148 e seguintes.

⁷⁰ Sobre o assunto, pondera Avelãs Nunes: “a ‘monopolização’ da economia brasileira foi favorecida, de resto, a partir de 1964, não só através de um conjunto de medidas que dificultaram a vida às pequenas empresas (a política de crédito, a política de preços, o aumento da carga fiscal, a exigência de requisitos contabilísticos dificilmente praticáveis por elas, etc.), mas também através de medidas expressamente orientadas para encorajar a fusão de empresas e a formação de grandes conglomerados financeiros destinados a liderar *conglomerados financeiro-industriais*, que passaram a ser uma forma muito corrente de concentração do capital no Brasil depois de 1964” (*Industrialização e desenvolvimento: economia política do modelo de desenvolvimento brasileiro*, p. 411).

⁷¹ Cf. Waldirio Bulgarelli: *O direito dos grupos e a concentração de empresas*. São Paulo: Leud, 1975, pp. 39 e seguintes. Observa Modesto Carvalhosa que “na esteira da política de concentrações iniciada com o I PND (Plano Nacional de Desenvolvimento de 1971) o governo prosseguiu, em 1974, sob a égide do II PND, sua política de concentração, fundada na preocupação de fortalecimento da empresa privada nacional diante das estatais e das multinacionais. (...) Entendia-se, assim, que o fortalecimento da empresa privada nacional, à frente dos dois outros segmentos (estatais e multinacionais), deveria fundar-se em dois pilares: de um lado, na liderança dos grandes bancos, eles próprios também sujeitos à política de forte concentração dos fins dos anos 60 e início dos 70, em consequência da política do então Ministro da Economia, Delfim Neto. De outro lado, propugnava o II PND a criação de um forte mercado de capitais para participação minoritária nas

concentração econômica no processo de industrialização brasileiro, Calixto Salomão Filho assevera que “essa tendência só faz se acentuar após os planos de desenvolvimentistas brasileiros, destinados a proporcionar nosso salto industrial. Sua política-mestra é o incentivo da grande empresa brasileira, de modo a proporcionar-lhe poderio econômico e escala suficiente para competir com empresas estrangeiras. Reforçam-se, portanto, ainda mais, as estruturas de poder econômico no mercado”⁷².

Durante os anos 1980, como se sabe, o Brasil passa por um longo período de recessão, que faz com que se denomine o decênio como “década perdida”⁷³. Na década de 1990 e primeiros anos do século XXI, a economia brasileira assiste a transformações significativas marcadas por processos de: a) abertura da economia para fora (abertura comercial), na esteira do processo de globalização, com incremento das exportações e das importações; b) privatização de empresas públicas; c) mudança das funções do Estado, com a redução de sua atuação como fornecedor de bens e serviços e incremento da atividade reguladora; d) crescimento econômico dependente do capital estrangeiro; e) diversificação da atividade econômica, com crescente participação do setor de serviços e de atividades tecnológicas e de conhecimento; e f) incremento do volume de operações de concentração empresarial, por meio da aquisição e incorporação de empresas. Calixto Salomão Filho afirma que “nos anos 90 o país se abre ao capital internacional através, sobretudo, das privatizações. A partir desse momento passam a ocorrer dois fenômenos, ambos relacionados à concentração econômica. Em primeiro lugar, o país passa a ser influenciado pela oligopolização dos mercados, decorrente, em geral, da nova forma de aplicação política (ou desaplicação) do direito antitruste nos países desenvolvidos. Em segundo lugar, as autoridades governamentais, em particular o BNDES, passam a perseguir com afincos a concentração de mercados e das empresas nacionais”⁷⁴.

emissões primárias de capitais e nas negociações em bolsa” (*Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. Vol. 4. Tomo I (artigos 206 a 242). 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 210).

⁷² *Direito concorrencial: as estruturas*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 52.

⁷³ Segundo Barjas Negri, “durante a década de 1980 a indústria brasileira teve um desempenho considerado sofrível, resultado das políticas de ajuste macroeconômicos do início da década e da trajetória da inflação crônica no seu final. A taxa de crescimento do período foi bem inferior à da década anterior, mas houve decréscimo absoluto do produto industrial, com crescimento única e exclusivamente na indústria extrativa, basicamente devido ao petróleo. A estrutura industrial pouco se modificou, mas se assistiu a uma pequena redução dos pesos relativos dos setores afetados pela crise – bens intermediários e de bens de capital – e aumento dos setores que conseguiram conquistar mercados internacionais para seus produtos, como a agroindústria, siderurgia, calçados, etc.” (*Concentração e desconcentração industrial em São Paulo (1880-1990)*. Campinas: Editora da UNICAMP, 1996, p. 154).

⁷⁴ *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 130.

A evolução ocorrida nos últimos anos, sobretudo durante a década de 1990, não parece ter eliminado algumas das principais estruturas sobre as quais se assenta a economia brasileira: (i) setor exportador de produtos agropecuários e minérios caracterizado por alta concentração de propriedade dos recursos naturais e do capital; (ii) modelo de trocas desiguais no comércio internacional; (iii) solidariedade orgânica entre Estado, empresas multinacionais e grande capital nacional; (iv) estruturas de mercado oligopolizadas em diversos setores da economia nacional; e (v) incentivos jurídicos à concentração de empresas e à formação de conglomerados econômicos.

Por outro lado, o advento de legislações antitruste na segunda metade do século passado (Lei nº 4.137, de 1962 e Lei nº 8.884, de 1994), infelizmente, não pode ser citado como exemplo de combate ou contestação à presença do poder econômico na vida econômica brasileira. A Lei nº 4.137, de 1962, careceu de eficácia material durante todo o seu período de vigência. De acordo com Paula Forgioni, “ao que tudo indica, em seu período de vigência, sem embargo de alguns breves ‘surto’ ou ‘ondas’ de aplicabilidade, a Lei Antitruste de 1962 não encontrou uma maior efetividade na realidade brasileira, não sendo possível identificar qualquer atuação linear e constante de uma política econômica que se tenha corporificado em uma política de concorrência”⁷⁵. Com relação à Lei nº 8.884, de 1994, a assertiva de Calixto Salomão Filho é contundente: “a partir de 1994, o poder econômico ganha legitimidade de uma fonte no mínimo surpreendente: a própria lei de defesa da concorrência (lei n.º 8.884), editada naquele ano. Promissora em seus objetivos, teve efeito exatamente contrário ao esperado. A não-aplicação efetiva do controle estrutural pelos órgãos de defesa da concorrência – salvo raras exceções (a enorme maioria das concentrações entre empresas foi aprovada sem restrições) – fez com que o resultado da lei fosse, paradoxalmente, uma chancela estatal inexistente até sua promulgação, de situações de elevadíssima concentração de poder”⁷⁶.

Como visto, a concentração econômica apresenta-se como uma tônica no processo de industrialização brasileiro. Tudo se passa como se a concentração de poder fosse um fenômeno natural no Brasil, sendo aceita como um dado da realidade. Nessa medida, o poder econômico parece se apresentar como uma realidade objetiva, imutável,

⁷⁵ *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 131.

⁷⁶ Poder econômico. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 20.08.2007, p. A-3.

sendo incorporado sem questionamento à experiência de vida de cada um. Tal situação, como não poderia deixar de ser, dificulta sobremaneira a crítica da realidade e a formulação de alternativas para o combate à concentração de poder econômico.

1.2 – Traços marcantes do sistema político brasileiro

Em complemento à formação da economia brasileira, na qual o poder econômico é elemento constante, parece-nos apropriado para os propósitos deste trabalho identificar também alguns traços fundamentais da esfera política brasileira.

Sem grande preocupação de sistematização da matéria, podemos identificar pelo menos dois elementos característicos da evolução histórica do sistema político brasileiro: a) uma herança patrimonialista, e b) o clientelismo como prática reiterada. Sem nos atermos às discussões sobre a mudança da natureza do Estado (sistema político) atual, importa analisar como elementos como patrimonialismo e clientelismo, entram na vida política nacional. É necessário reconhecer também que, apesar das mudanças por que passa o Estado brasileiro, esses traços, em menor ou maior grau, ainda continuam presentes na vida política de nossos dias.

Examinaremos, a partir das obras clássicas de Raymundo Faoro (*Os donos do poder*) e de Victor Nunes Leal (*Coronelismo, enxada e voto*), cada um dos referidos traços.

1.2.1 – Herança patrimonialista

Na sua obra clássica, *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*, Raymundo Faoro sustenta a tese de que o Estado português, formado no final da Idade Média, seria de natureza patrimonial e não feudal. “O sistema patrimonial, ao contrário dos direitos, privilégios e obrigações fixamente determinados do feudalismo, prende os servidores numa rede patriarcal, na qual eles representam a extensão da casa do soberano”⁷⁷. Na visão patrimonialista, o rei é o dono das terras, das minas e do comércio.

⁷⁷ *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. Vol. 1. 9ª ed. São Paulo: Globo, 1991, p. 20.

O desenvolvimento dessas atividades por particulares é feito sob controle do soberano, mediante figuras como o monopólio e as concessões.

O Reino de Portugal nasceu das lutas travadas contra os mouros e os espanhóis durante os séculos XI ao XIII. As vitórias portuguesas permitiram que o rei, chefe dos exércitos portugueses, conquistasse terras aos inimigos e as incorporasse aos territórios da Coroa. Assim, afirma Raymundo Faoro “a coroa conseguiu formar, desde os primeiros golpes da reconquista, imenso patrimônio rural (...), cuja propriedade se confundia com o domínio da casa real, aplicado o produto nas necessidades coletivas ou pessoais, sob as circunstâncias que distinguiram mal o bem público do bem particular, privativo do príncipe”⁷⁸. Portanto, nos primórdios da história da Coroa portuguesa já se esboça a confusão entre os propósitos públicos (serviços de utilidade para a coletividade) e privados (despesas da família real) da aplicação das rendas oriundas das terras da Coroa. A confusão entre o público e o privado é o traço característico do patrimonialismo, a sua marca indelével.

A Coroa portuguesa, com o advento das grandes navegações, no decorrer dos séculos XV e XVI, passa a ser uma atora central no desenvolvimento da atividade comercial. O florescimento do comércio ultramarino implica o crescimento da burguesia comercial portuguesa, mas também da Coroa, detentora do monopólio da atividade mercantil. Com a instauração da Dinastia de Avis (1385-1580), aliada da burguesia comercial, forma-se em torno da Coroa um grupo de conselheiros e executores dedicados à administração do reino, à elaboração das leis e à administração da justiça, sob a supremacia do soberano. Esse círculo de pessoas, estruturado como uma comunidade, forma uma corporação de poder, que é denominada por Raymundo Faoro de “estamento”⁷⁹.

O estamento controla a economia (atividade mercantil), o que acaba por conferir aos seus membros fidalguia e riqueza. Forma-se, assim, uma nobreza burocrática – e não fundiária, esclareça-se – que vive à custa do tesouro real. “O patrimonialismo, organização política básica, fecha-se sobre si próprio com o estamento, de caráter marcadamente burocrático. Burocracia não no sentido moderno, como aparelhamento racional, mas da apropriação do cargo – o cargo carregado de poder próprio, articulado

⁷⁸ *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*, p. 4.

⁷⁹ Cf. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*, p. 45.

com o príncipe, sem a anulação da esfera própria de competência”⁸⁰, explica Faoro. O estamento tem como instrumento maior o controle patrimonialista do Estado. Nesse sentido, o Estado é utilizado em benefício da camada sócio-política, como sua fonte de renda e riqueza, diluindo a diferenciação entre esferas pública e privada.

Ao longo do século XVI, esclarece Faoro, “o patrimônio do soberano se converte, gradativamente, no Estado, gerido por um estamento, cada vez mais burocrático”⁸¹. Estado esse voltado para a exploração da economia em proveito de uma minoria que o dirige, controla e explora. A economia, controlada pelo Estado, dá lugar a um tipo de capitalismo particular, que foi denominado de capitalismo politicamente orientado.

Essa herança política e administrativa portuguesa é transferida para a Colônia situada no além-Atlântico. Aliás, a colonização do território brasileiro nasce como um grande empreendimento *paraestatal* – ou, em outras palavras, uma empresa “pública no desígnio e particular na execução”⁸² – pelo qual a Coroa portuguesa, privada de recursos, doava terras (capitanias hereditárias e “sesmarias”) a grandes agentes privados ligados ao trono, os quais tinham como missão implantar nas novas terras a estrutura administrativa definida pela Coroa e realizar as atividades exploratórias e comerciais permitidas e outorgadas pela Coroa.

Como o sistema de capitanias hereditárias não apresentou os resultados desejados, além de gerar riscos autonomistas e de desagregação territorial, tratou a Coroa portuguesa, com a instituição do Governo Geral em 1548, de reincorporar as atividades administrativas, judiciais e financeiras, que passaram a ser desenvolvidas por agentes diretos do trono situados em território americano. Transpunha-se, assim, para a Colônia o regime administrativo e político metropolitano. A reprodução na Colônia do regime administrativo existente em Portugal se completa com a vinda da Família Real para o Brasil em 1808⁸³.

⁸⁰ *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*, p. 84.

⁸¹ *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*, p. 171.

⁸² *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*, p. 125.

⁸³ Com a chegada da Corte ao território colonial, tratou-se imediatamente de se organizar a estrutura administrativa. A propósito, Raymundo Faoro esclarece que “organizar o império (...) seria reproduzir a estrutura administrativa portuguesa no Brasil e colocar os desempregados. O eixo da política era o mesmo,

A Independência do Brasil em 1822 provoca apenas uma ruptura na superfície do edifício político-administrativo. A continuidade do estamento burocrático seria a marca do Império. Após um período de estagnação econômica, iniciado com o declínio da produção mineira, a economia do Império assiste a uma nova fase de expansão, impulsionada pelo café. O café dá novo sopro de vida ao modelo agrário-exportador. Tendo por pano de fundo as mudanças econômicas provocadas pelo ciclo do café, Raymundo Faoro comenta: “o Estado volta às suas origens e fundamentos patrimonialistas, alimentado pelo comércio, colhendo, na longa caminhada, cores renovadoras, sem enfraquecer a sua linha central, que a especulação vela e conduz, ao estilo do mercantilismo. Ele se reequipa para as funções de condutor da economia, com um quadro de atribuições concentradas no estamento burocrático, armado em torno do senado, dos partidos, do Conselho de Estado e da política centralizadora”⁸⁴. A presença marcante do Estado na economia, como o fornecedor de recursos e provedor de oportunidades, o domínio da máquina estatal por uma ordem burocrática, aristocratizada no ápice, a importância do cargo público como fonte de poder e status, tudo isso contribui para operar uma profunda confusão entre o setor privado e o público.

A ruptura com o regime monárquico e a proclamação da República, em 1889, colocam em xeque o estamento português-colonial e imperial. Inspirada pelo liberalismo e pela descentralização (federalismo), a República Velha (1889-1930) assiste a uma progressiva transferência de poder político para as unidades federadas. Durante a Primeira República, estrutura-se a *política dos governadores* (política dos Estados, na versão oficial), com predomínio dos Estados de São Paulo e Minas Gerais. “O velho estamento imperial se dissolve, desta sorte, num elitismo de cúpula, regredindo a estrutura patrimonialista para o âmbito local, local no sentido de entrelaçamento de interesses estaduais e municipais”⁸⁵, aponta Faoro. A República Velha é marcada, portanto, pelo predomínio dos Estados-membros, controlados pelas oligarquias das unidades federadas. O

secularmente fundido: o reino deveria servir à camada dominante, ao seu desfrute e gozo” (*Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*, p. 251).

⁸⁴ *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*, p. 329.

⁸⁵ *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*, p. 562.

poder das oligarquias estaduais, por outro lado, estava intimamente ligado ao “coronelismo”, forma de controle do poder político no plano municipal⁸⁶.

A Revolução de 1930, sob a liderança de Getúlio Vargas, imprime nova mudança ao sistema político brasileiro. O federalismo, do qual se aproveitaram as oligarquias estaduais para consolidar seu domínio político, é substituído por um viés marcadamente centralizador. No lugar do liberalismo da República Velha, o governo Getúlio Vargas se caracteriza por impor crescente intervenção estatal na economia. A atuação do Estado na economia tinha como objetivo promover o desenvolvimento do País, o que significava não só recuperar o setor agrícola (café), mas principalmente, a partir de então, incentivar a industrialização e a produção voltada para o mercado interno. Nesse contexto, sustenta Raymundo Faoro com relação ao governo de Getúlio Vargas que “o poder estatal já se sentia em condições de comandar a economia – num regresso patrimonialista, insista-se –, com a formação de uma comunidade burocrática, agora mais marcadamente burocrática que aristocrática, mas de caráter estamental, superior e árbitro das classes”⁸⁷.

Na visão de Raymundo Faoro, “de D. João I a Getúlio Vargas, numa viagem de seis séculos, uma estrutura político-social resistiu a todas as transformações fundamentais, aos desafios mais profundos, à travessia do oceano largo”⁸⁸. Trata-se da estrutura patrimonial oriunda da Coroa portuguesa e transferida para o Brasil.

Raymundo Faoro admite que a noção de patrimonialismo por ele empregada é inspirada nos trabalhos de Max Weber⁸⁹; no entanto, deixa claro o autor que

⁸⁶ Com o advento da República e a transferência do poder político para as oligarquias estaduais, Raymundo Faoro observa o seguinte: “quebrada a armadura estamental, de tendência burocrática, do Império, não emergiram, na superfície social, os elementos autônomos, sempre evocados pelos liberais. A supremacia tuteladora do poder público, agora seccionado nos principados e ducados estaduais, continuou a operar, num molde próximo ao regime colonial, no qual o particular exercia, por investidura ou reconhecimento oficial, funções públicas. Obviamente a linha entre o interesse particular e o público, como outrora, seria fluida, não raro indistinta, freqüentemente utilizado o poder estatal para o cumprimento de fins privados” (*Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*, p. 631).

⁸⁷ *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*, pp. 717-718.

⁸⁸ *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*, p. 733.

⁸⁹ Max Weber, ao tratar das formas pelas quais a dominação (autoridade) se justifica, distingue três princípios básicos de legitimidade: a racional, a tradicional e a carismática. Segundo Weber, “existen tres tipos puros de dominación legítima. El fundamento primario de su legitimidad puede ser: 1. De carácter *racional*: que descansa en la creencia en la legalidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad (autoridad legal). 2. De carácter *tradicional*: que descansa en la creencia cotidiana en la santidad de las tradiciones que rigieron desde lejanos tiempos y en la

sua conceituação de patrimonialismo não coincide com a de Weber⁹⁰. Para Faoro, o patrimonialismo é uma forma de dominação que assenta sua legitimidade no tradicionalismo: assim é porque sempre foi⁹¹. No patrimonialismo, a posição de elite política é ocupada pelo estamento, que se forma quando ao foco superior de poder agrega-se um quadro administrativo, estruturado com base em competências fixas e divisão de poderes, o qual se apropria da direção da economia e do comando e coordenação de grande número de negócios “públicos”. No patrimonialismo, a distinção entre o público e o privado é fluida, sem limites precisos⁹².

Sobre a análise de Raymundo Faoro, avalia Luiz Carlos Bresser Pereira: “entendo que esta análise revela bem o Brasil do período imperial e ainda é esclarecedora para o período da Primeira República. O papel dominante no Império de um estamento burocrático muito semelhante àquele que dominava em Portugal, de origem aristocrática, ligado aqui por laços de família ao patriciado rural, está hoje muito claro. Enquanto os senhores de terra e os grandes comerciantes e traficantes de escravos se ocupavam da economia, este estamento dominava com relativa autonomia o Estado e a política. Havia ali, acrescentaria eu, uma nova classe média, uma classe burocrática, em formação, mas naquele momento tratava-se antes de um estamento de políticos e burocratas patrimonialistas, apropriando-se do excedente econômico no seio do próprio Estado e não diretamente através da atividade econômica”⁹³.

legitimidad de los señalados por esa tradición para ejercer la autoridad (autoridad tradicional). 3. De carácter carismático: que descansa en la entrega extracotidiana a la santidad, heroísmo o ejemplaridad de una persona y a las ordenaciones por ellas creadas o reveladas (llamada) (autoridad carismática)” (*Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. 2ª ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 172). Ainda segundo Weber, quando a dominação tradicional é acrescida de um quadro administrativo e militar, ela tende ao “patrimonialismo”, ou em casos extremos de poder de mando ao “sultanato”. Na dominação patrimonial, a legitimidade fundada na tradição é exercida em função de um direito próprio. Weber qualifica ainda a dominação estamental como “aquella forma de dominación patrimonial en la que determinados poderes de mando y sus correspondientes probabilidades económicas están *apropiados* por el *cuadro administrativo*” (*Ibidem*, p. 185). Por fim, vale sembrar que Max Weber destaca que “la dominación patrimonial y especialmente la patrimonial-estamental trata – en caso del tipo puro – a todos los poderes de mando y derechos señoriales económicos a la manera de probabilidades económicas apropiadas de un modo privado” (*Ibidem*, p. 189).

⁹⁰ Cf. Prefácio à segunda edição. In *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*.

⁹¹ Cf. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*, p. 733.

⁹² Sérgio Buarque de Holanda foi quem utilizou de forma pioneira o conceito de patrimonialismo para referir-se à elite política brasileira. Após esclarecer que o modelo de família patriarcal imperava desde tempos remotos no Brasil, afirma o autor que “não era fácil aos detentores das posições públicas de responsabilidades, formados por tal ambiente [família patriarcal], compreenderem a distinção fundamental entre os domínios do privado e do público” (*Raízes do Brasil*. 25ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1993, p. 105).

⁹³ *Desenvolvimento e crise no Brasil: história, economia e política de Getúlio Vargas a Lula*. São Paulo: Ed. 34, 2003, p. 304.

No correr do século XX, não há dúvida de que o perfil e a composição da elite política brasileira e da burocracia administrativa mudam significativamente⁹⁴. Contudo, importa ressaltar que a herança patrimonialista ainda é bem presente na vida política nacional. A confusão entre bem particular e coisa pública ainda é marcante na política brasileira. Ainda permanece atual a famosa frase de Frei Vicente do Salvador: “nem um homem nesta terra é republico, nem zela ou trata do bem comum, senão cada um do bem particular”.

Pode-se dizer sem medo de errar que o patrimonialismo típico da política brasileira do século XIX tem como legado: a) confusão do patrimônio pessoal (privado) com o estatal; b) apropriação de oportunidades econômicas de desfrute de bens e de monopólios e/ou concessões; e c) a existência de complexa rede de agregados de toda ordem (parentes, compadres e amigos) e interesses privados em torno do agente público, todos sustentados pelo Estado⁹⁵. Legado esse que ainda se faz presente na vida social e política brasileira de nossos dias.

1.2.2 – Clientelismo

No livro clássico *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo, no Brasil*, publicado em 1949, Victor Nunes Leal observa que a vida política do interior do Brasil era marcada pelo “coronelismo”.

O “coronel” como fenômeno político e social surge no Segundo Império, quando os quadros da Guarda Nacional, criada em 1831 para a defesa das instituições monárquicas, passaram a ser nomeados em decorrência de influência política ou em troca

⁹⁴ Nesse sentido, afirma Luiz Carlos Bresser Pereira: “o novo Estado fundado pela Revolução de 1930, ainda que conserve elementos da velha aristocracia, será um Estado fruto de um Pacto Popular-Nacional, presidindo sobre uma sociedade em que o capitalismo industrial se torna afinal dominante. Vargas tinha origem nos criadores de gado do Sul, fazia parte da ‘oligarquia substituidora de importações’, na expressão de Ignácio Rangel, mas as duas classes que ele vai presidir são classes novas: a burguesia industrial e a nova classe média tecnoburocrática. Ambas eram originárias de classes ou estamentos antigos: a burguesia industrial originava-se da burguesia mercantil; a moderna burocracia evoluiu do estamento burocrático patrimonialista” (*Desenvolvimento e crise no Brasil: história, economia e política de Getúlio Vargas a Lula*, p. 310).

⁹⁵ Cf. Luiz Carlos Bresser Pereira: *Desenvolvimento e crise no Brasil: história, economia e política de Getúlio Vargas a Lula*, p. 306.

de dinheiro⁹⁶. A patente de “coronel” da Guarda Nacional, passou a ser equivalente a um título nobiliárquico, concedida de preferência a líderes políticos locais, normalmente grandes proprietários de terras.

O “coronelismo” ganha força como fenômeno político após a proclamação da República e a implantação de um regime político representativo, fundado em uma maior autonomia dos Estados membros (federalismo). Nas palavras de Raymundo Faoro, “a dinâmica do regime, eletivo os cargos, sobretudo o cargo de governador, leva a deslocar o eixo decisório para os Estados, incólumes os grandes, cada dia mais, à interferência do centro, garantindo-se e fortalecendo-se este com o aliciamento dos pequenos, num movimento que culmina com a política dos governadores. Dentro de tal seqüência é que se afirma o *coronelismo*, num casamento, cujo regime de bens e relações pessoais será necessário determinar, com as oligarquias estaduais”⁹⁷.

Victor Nunes Leal entende o “coronelismo” como o produto, de um lado, de uma estrutura local de poder controlada pelo chefe local, normalmente o grande proprietário de terras ou latifundiário⁹⁸, e, de outro lado, da necessidade do poder público (estadual e federal) de angariar a maior quantidade de votos, em razão do regime representativo que, progressivamente, vai alargando a amplitude do sufrágio e do corpo eleitoral. O “coronel” controla o eleitorado local, por intermédio do que se convencionou chamar de “votos de cabresto”, isto é, o controle de eleitores pobres que habitavam áreas rurais e que somente compareciam aos pleitos por força da intervenção do “coronel” que arcava com os custos de alistamento, transporte, hospedagem, refeição etc. Nessas condições, a obediência à orientação do “coronel”, no tocante ao sentido do voto, era

⁹⁶ Esclarece Barbosa Lima Sobrinho, em Prefácio à segunda edição do livro, que “a Guarda Nacional, criada em 1831, para substituição das milícias e ordenanças do período colonial, estabeleceu uma hierarquia, em que a patente de Coronel correspondia a um comando municipal ou regional, por sua vez dependente do prestígio econômico ou social de seu titular, que raramente deixaria de figurar entre os proprietários rurais. De começo, a patente coincidia com um comando efetivo ou uma direção, que a Regência reconhecia, para a defesa das instituições. Mas, pouco a pouco, as patentes passaram a ser avaliadas em dinheiro e concedidas a quem se dispusesse a pagar o preço exigido ou estipulado pelo poder público, o que não chegava a alterar coisa alguma, quando essa faculdade de comprar a patente não deixava de corresponder a um poder econômico, que estava na origem das investidas anteriores” (“Prefácio”. In *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo, no Brasil*. 6ª ed. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 1993, p. XIII). A explicação de Barbosa Lima Sobrinho tem por base a nota do historiador e filólogo Basílio de Magalhães inserida no início do livro de Victor Nunes Leal.

⁹⁷ *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*, p. 621.

⁹⁸ A ascensão do “coronel” decorre de sua privilegiada situação econômica (grande proprietário de terras) e social (exercício oficial ou extra-oficialmente de diversas funções de Estado como, por exemplo, a de

natural. O controle do voto também era facilitado por um sistema de sufrágio não-secreto, que permitia em grande medida observar, no momento do voto, em quem o eleitor votava. Essa força eleitoral, numa sociedade majoritariamente rural à época, confere ao “coronel” significativo prestígio político. É ele o elo de ligação entre uma parcela substancial do eleitorado, que habitava a área rural, e os partidos que controlavam os governos estaduais⁹⁹.

Afirma Victor Nunes Leal: “assim nos aparece este aspecto importantíssimo do ‘coronelismo’, que é o sistema de reciprocidade: de um lado, os chefes municipais e os ‘coronéis’, que conduzem magotes de eleitores como quem toca tropa de burros; de outro lado, a situação política dominante no Estado, que dispõe do erário, dos empregos, dos favores e da força policial, que possui, em suma, o cofre das graças e o poder da desgraça”¹⁰⁰. Ressalta Victor Nunes Leal que, “desse compromisso fundamental resultam as características secundárias do sistema ‘coronelistas’, como sejam, entre outras, o mandonismo, o filhotismo, o falseamento do voto, a desorganização dos serviços públicos locais”¹⁰¹.

Para os propósitos deste trabalho, o fenômeno observado por Victor Nunes Leal que mais de perto nos interessa é o “filhotismo”. Ele se caracteriza por um regime de troca de favores entre amigos e perseguição aos adversários. Para assegurar a posição de liderança do “coronel” no âmbito municipal, observa Victor Nunes Leal que contribuem “os favores pessoais de toda ordem, desde arranjar emprego público até os mínimos obséquios. É neste capítulo que se manifesta o paternalismo, com sua recíproca: negar pão e água ao adversário. Para favorecer os amigos, o chefe local resvala muitas

policciamento local e solução de conflitos). Ver nesse sentido Victor Nunes Leal: *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo, no Brasil*, pp. 23 e seguintes.

⁹⁹ Retratando a realidade da época em que o livro *Coronelismo, enxada e voto* foi escrito, afirma Vitor Nunes Leal que “o município é, no Brasil, a peça básica das campanhas eleitorais. De uma parte, os habitantes do interior, que somam para cima de 80% da população nacional, estão muito mais efetivamente subordinados ao município do que ao Estado ou à União, dada a vinculação política das autoridades estaduais e federais com os dirigentes municipais; de outra, nenhuma parcela do eleitorado do interior está subtraída ao regime municipal, que cobre todo o território do país” (*Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo, no Brasil*, p. 132).

¹⁰⁰ *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo, no Brasil*, p. 43. Em outra passagem, afirma Victor Nunes Leal o seguinte: “a essência, portanto, do compromisso ‘coronelistas’ – salvo situações especiais que não constituem a regra – consiste no seguinte: da parte dos chefes locais, incondicional apoio aos candidatos do oficialismo nas eleições estaduais e federais; da parte da situação estadual, carta-branca ao chefe local governista (de preferência líder da facção local majoritária) em todos os assuntos relativos ao município, inclusive na nomeação de funcionários estaduais do lugar” (*Ibidem*, pp. 49-50).

¹⁰¹ *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo, no Brasil*, p. 20.

vezes para a zona confusa que medeia entre o legal e o ilícito, ou penetra em cheio no domínio da delinquência, mas a solidariedade partidária passa sobre todos os pecados uma esponja regeneradora. A definitiva reabilitação virá com a vitória eleitoral, porque, em política, no seu critério: ‘só há uma vergonha: perder’”¹⁰².

Por essa prática conhecida por “filhotismo”, as administrações municipais são inchadas com funcionários indicados por aliados políticos. A utilização do dinheiro, dos bens e dos serviços do governo municipal nas batalhas eleitorais é também prática corrente¹⁰³. No sistema coronelista, a conquista de apoio político é feita mediante a cessão de cargos públicos. Delegados de polícia, coletores de impostos, professores primários, e muitos outros cargos são utilizados para a troca de favores entre o coronel e seu grupo político e o governo estadual.

Embora o fenômeno coronelista possa ser circunscrito a determinado período histórico (Segundo Império e, sobretudo, República Velha), não há como negar que ele deixa como herança para o sistema político um conjunto de práticas “clientelistas”, baseadas em última análise na indistinção entre as esferas pública e privada¹⁰⁴.

Contemporaneamente, é mais comum falar-se em “clientelismo” ou “fisiologismo”, ao invés de “filhotismo”, para se referir a esse tipo de prática política. Ainda que o nome tenha variado, o conteúdo continua o mesmo. Tanto o “filhotismo”, outrora, como o “clientelismo”, atualmente, significam a concessão de favores ou presentes por um agente político para seus amigos ou correligionários visando à busca de apoio político. Segundo Maria Victoria de Mesquita Benevides, “o clientelismo (...) perpetua o privatismo e aquelas ‘lealdades’ exigidas dos coronéis. Não se trata de uma representação *republicana*, pois não se orienta pelo interesse da coisa pública. Nos órgãos legislativos, os representantes desse ‘clientelismo’ tornam-se meros intermediários de favores, de

¹⁰² *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo, no Brasil*, pp. 38-39.

¹⁰³ Ver Victor Nunes Leal: *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo, no Brasil*, p. 39.

¹⁰⁴ Raymundo Faoro ressalta que o “coronelismo” é também uma forma de patrimonialismo, caracterizado pelo aproveitamento privado da coisa pública. Nesse sentido, afirma o autor que “o coronel utiliza seus poderes públicos para fins particulares, mistura, não raro, a organização estatal e seu erário com os bens próprios” (*Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*, p. 637).

proteções, de exigências frente ao grande poder dispensador de recursos e nomeações – o Executivo”¹⁰⁵.

É inegável que o desenvolvimento da sociedade brasileira, notadamente a introdução dos meios de comunicação (rádio e televisão), a melhora dos sistemas de transporte e o fenômeno da urbanização, bem como o declínio da importância econômica da agricultura, modificaram a estrutura de poder político no país. Não obstante as mudanças havidas, parece-nos que algumas características secundárias do “coronelismo”, como o “clientelismo”, continuam a ser prática típica na política brasileira.

Capítulo 2 – Concentração dos meios de comunicação social no Brasil: notas sobre sua evolução histórica

O processo histórico de concentração dos meios de comunicação social no Brasil carece de estudos mais aprofundados. Em que pese a falta de estudos específicos, procuraremos apresentar neste capítulo algumas notas sobre a concentração da imprensa e da radiodifusão de sons (rádio) e de sons e imagens (televisão).

2.1 – Concentração da imprensa

A imprensa viu a luz no Brasil em 1808, com a vinda de D. João VI e da Corte Portuguesa para a Colônia¹⁰⁶. Com a transferência do poder real para o Rio de Janeiro, instalou-se na capital a oficina tipográfica da Impressão Régia, que passou a publicar a *Gazeta do Rio de Janeiro*, jornal marcado pelo oficialismo¹⁰⁷. Anteriormente, a Metrópole encarregara-se de proibir as tentativas de publicação de livros e periódicos na Colônia. Também em 1808, começou a ser publicado em Londres, por Hipólito da Costa, o *Correio Braziliense ou Armazém Literário*, periódico mensal caracterizado por sua postura

¹⁰⁵ *A cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular*. São Paulo: Editora Ática, 1991, p. 29.

¹⁰⁶ Para uma visão aprofundada do desenvolvimento da imprensa no Brasil, ver Nelson Werneck Sodré: *História da imprensa no Brasil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1977.

¹⁰⁷ Cf. Juarez Bahia: *Jornal, história e técnica: história da imprensa brasileira*. 4ª ed. São Paulo: Editora Ática, 1990, p. 9. Ver também Juliana Gesuelli Meirelles: “A Gazeta do Rio de Janeiro: o jornal oficial da

crítica com relação a fatos sociais, políticos e econômicos pertinentes ao Brasil¹⁰⁸. Se comparada com a Europa ou outros países americanos, pode-se afirmar que a imprensa surgiu tardiamente em terras brasileiras.

Até 1821, a Impressão Régia permaneceu como a única tipografia instalada no Brasil¹⁰⁹. Nesse ano, com o retorno de D. João VI para Portugal, o Príncipe-regente D. Pedro determinou o fim da censura prévia com relação à palavra impressa¹¹⁰. Lentamente, outros jornais foram surgindo pelo país afora: *Aurora Pernambucana* (1821), *O Conciliador do Maranhão* (1821), *O Compilador Mineiro* em Vila Rica (1823), o *Diário de Pernambuco* (1823), o *Farol Paulistano* (1827), a *Aurora Fluminense* (1827), *Diário de Porto Alegre* (1827), o *Jornal do Commercio* no Rio de Janeiro (1828), o *Precursor das Eleições* em Ouro Preto (1828), o *Observador Constitucional* em São Paulo (1829), entre outros¹¹¹.

A primeira fase da imprensa brasileira, que se estendeu de 1808 até a Proclamação da República em 1889, foi marcada por jornais pequenos, com tipografia artesanal, estruturados em torno de um indivíduo (como, por exemplo: José da Silva Lisboa, o Visconde de Cairu; Evaristo da Veiga; Antonio Borges da Fonseca; Ezequiel Correa dos Santos; frei Joaquim do Amor Divino Caneca; Januário da Cunha Barbosa e Joaquim Gonçalves Ledo; Libero Badaró), e, não raras vezes, de caráter panfletário e origens político-partidárias¹¹². Afirma, a propósito, Marco Morel que “o que então se conhecia por imprensa periódica é bem diferente do que hoje se compreende como tal, inclusive em seu suporte físico: apesar de algumas iniciativas estáveis, havia grande

corte de D. João VI no Brasil (1808-1821)”. *Comunicação e Sociedade*, ano 29, nº 49, 1º semestre de 2008 (200 anos de imprensa brasileira), pp. 27-41.

¹⁰⁸ Cf. Juarez Bahia: *Jornal, história e técnica: história da imprensa brasileira*, p. 9.

¹⁰⁹ Alguns autores lembram, porém, que circulou na Bahia entre 1811 e 1823, com tipografia própria, o periódico *A Idade d'Ouro do Brasil* (Cf. Marco Morel: “Os primeiros passos da palavra impressa”. In Ana Luíza Martins e Tania Regina de Luca (orgs.): *História da imprensa no Brasil*. São Paulo: Editora Contexto, 2008, p. 32).

¹¹⁰ Cf. Juarez Bahia: *Jornal, história e técnica: história da imprensa brasileira*, p. 17.

¹¹¹ Cf. Juarez Bahia: *Jornal, história e técnica: história da imprensa brasileira*, pp. 37-51; e Marco Morel: “Os primeiros passos da palavra impressa”. In Ana Luíza Martins e Tania Regina de Luca (orgs.): *História da imprensa no Brasil*, p. 41.

¹¹² Destaca Ilka Stern Cohen que “uma radiografia rápida da imprensa brasileira desde suas primeiras publicações evidencia as raízes políticas da atividade jornalística; constituíram-se sempre a partir de grupos de interesse que viam na imprensa um meio de propagação de suas idéias e aspirações. Juntamente com as publicações oficiais, nasciam as folhas de oposição nas pequenas cidades, na capital da província ou na própria Corte. (...) Esse movimento alcançou grande amplitude por ocasião das campanhas pela abolição da escravidão e pela República, que resultaram no nascimento de inúmeras folhas esporádicas, de periodicidade

número de títulos efêmeros. Mesmo demandando alguns recursos financeiros, não era preciso ser muito rico para fazer circular um jornal, que tinha formato pequeno e poucas páginas, com anúncios escassos”¹¹³.

A partir de fins do século XIX, a imprensa começou a ganhar contornos de negócio, sob a forma de empresa industrial, ainda que organizada em base familiar¹¹⁴. Segundo Tania Regina de Luca, “os especialistas costumam apontar os anos compreendidos entre o último quartel do século XIX e o início do seguinte como um período de inflexão na trajetória da imprensa brasileira (...). Naquele momento, a produção artesanal dos impressos, graças à incorporação dos avanços técnicos, começou a ser substituída por processos de caráter industrial, marcados pela especialização e divisão do trabalho no interior da oficina gráfica e a conseqüente diminuição da dependência de habilidades manuais. Máquinas modernas de composição mecânica, clichês em zinco, rotativas cada vez mais velozes, enfim, um equipamento que exigia considerável inversão de capital e alterava o processo de compor e reproduzir textos e imagens passou a ser utilizado pelos diários de algumas das principais capitais brasileiras”¹¹⁵.

Essa transformação foi bem retratada pela trajetória do jornal *A Província de S. Paulo*, fundado em 1875 por um grupo de proprietários rurais propugnadores do ideário republicano. Após a Proclamação da República, o jornal passou a denominar-se *O Estado de S. Paulo* e foi progressivamente assumindo estruturas de uma empresa industrial tanto no tocante à parte gráfica quanto no que tange ao aspecto editorial. Na mesma linha, cumpre citar o exemplo do *Jornal do Brasil*, fundado em 1891, que procurou ainda liberar-se de vínculos partidários e características panfletárias na busca por um jornalismo de cunho informativo.

Com a passagem do século XIX para o XX, o jornalismo brasileiro tomou consciência de que sua prioridade deveria ser a cobertura dos fatos do dia. A notícia

incerta e longevidade improvável (...)” (“Diversificação e segmentação dos impressos”. In Ana Luiza Martins e Tania Regina de Luca (orgs.): *História da imprensa no Brasil*, p. 104).

¹¹³ “Os primeiros passos da palavra impressa”. In Ana Luiza Martins e Tania Regina de Luca (orgs.): *História da imprensa no Brasil*, p. 36.

¹¹⁴ Esclarece Marco Morel que “na verdade, não ocorre uma transformação repentina de uma imprensa artesanal e política para uma empresarial: trata-se de uma mudança gradativa e não linear que se deu ao longo de todo o século XIX, durante o qual as duas características conviveram” (“Os primeiros passos da palavra impressa”. In Ana Luiza Martins e Tania Regina de Luca (orgs.): *História da imprensa no Brasil*, p. 41).

passou então a prevalecer sobre a opinião. O Brasil se modificava: a escravidão fora abolida; a república foi proclamada, trazendo junto com ela o ideal de redução do analfabetismo; a urbanização se intensificava; a malha ferroviária se estendia; chegavam imigrantes europeus para trabalhar nas lavouras de café¹¹⁶. Nessa época, segundo Juarez Bahia, “há uma nítida expansão do jornalismo regional e, nos principais centros, como Rio de Janeiro e São Paulo, uma decisiva adesão das maiores empresas às regras do capitalismo industrial”¹¹⁷. Para Ilka Stern Cohen, “o crescimento e a diversificação do mercado editorial assentaram-se no tripé da florescente economia urbano-industrial, em combinação com a modernização técnica e a ampliação do mercado leitor”¹¹⁸.

No século XX, o jornalismo tornou-se definitivamente uma atividade empresarial, exigindo organização e capital, e regendo-se pelas regras do sistema capitalista¹¹⁹. Data dos anos 1920 a fundação de importantes veículos de imprensa brasileiros, como o jornal *O Globo* no Rio de Janeiro (1924) e o jornal *A Folha da Manhã* (1925), posteriormente continuada pela *Folha de S. Paulo*, assim como a aquisição da revista *O Cruzeiro* por Assis Chateaubriand (1928). Dentro da lógica capitalista, as empresas de comunicação passaram a acumular veículos de comunicação social, concentrando poder econômico e político. Esse movimento concentracionista foi facilitado pela ausência, no Brasil, de limites legais à concentração de veículos de mídia por um mesmo grupo econômico. Por aqui, nunca houve lei proibindo que uma mesma empresa ou

¹¹⁵ “A grande imprensa na primeira metade do século XX”. In Ana Luiza Martins e Tania Regina de Luca (orgs.): *História da imprensa no Brasil*, p. 149.

¹¹⁶ Maria de Lourdes Eleutério registra que “nesse período de transformações, a imprensa conheceu múltiplos processos de inovação tecnológica que permitiram o uso de ilustração diversificada – charge, caricatura, fotografia –, assim como aumento das tiragens, melhor qualidade de impressão, menor custo do impresso, propiciando o ensaio da comunicação de massa. (...) A imprensa tornava-se grande empresa, otimizada pela conjuntura favorável, que encontrou no periodismo o ensaio ideal para novas relações de mercado do setor” (“Imprensa a serviço do progresso”. In Ana Luiza Martins e Tania Regina de Luca (orgs.): *História da imprensa no Brasil*, p. 83).

¹¹⁷ *Jornal, história e técnica: história da imprensa brasileira*, p. 150. O autor destaca também o surgimento, no final do século XIX, de jornais populares voltados para a divulgação de idéias socialistas e a propaganda sindical e anarquista (*Ibidem*, p. 151).

¹¹⁸ “Diversificação e segmentação dos impressos”. In Ana Luiza Martins e Tania Regina de Luca (orgs.): *História da imprensa no Brasil*, p. 104.

¹¹⁹ A propósito, afirma Nelson Werneck Sodré que “a passagem do século (...) assinala, no Brasil, a transição da pequena à grande imprensa. Os pequenos jornais, de estrutura simples, as folhas tipográficas, cedem lugar às empresas jornalísticas, com estrutura específica, dotadas de equipamento gráfico necessário ao exercício de sua função. (...) Essa transição começara antes do fim do século, naturalmente, quando se esboçara, mas fica bem marcada quando se abre a nova centúria. Está naturalmente ligada às transformações do país, em seu conjunto, e, nele, à ascensão burguesa, ao avanço das relações capitalistas: a transformação na imprensa é um dos aspectos desse avanço; o jornal será, daí por diante, empresa capitalista, de maior ou menor porte. O jornal como empreendimento individual, como aventura isolada, desaparece, nas grandes cidades. Será relegado ao interior, onde sobreviverá como tal, até nossos dias” (*História da imprensa no Brasil*, p. 315).

família fosse proprietária ou controlasse, na mesma localidade, jornais diários, rádios, emissoras de televisão e empresas prestadoras de serviços de televisão por assinatura.

A primeira experiência vitoriosa no Brasil de formação de uma cadeia de veículos de comunicação social foi concretizada pelo controverso Assis Chateaubriand. Ela se iniciou com a aquisição d'*O Jornal* em 1924 e se prolongou por quase cinquenta anos. Segundo Juarez Bahia, “é Assis Chateaubriand (...) que abre caminho no Brasil para o sistema de empresas de comunicação, na forma de cadeia ou rede agrupando sob um só controle acionário jornais, emissoras de rádio e de TV, revistas, agência noticiosa, e até empreendimentos estranhos à área”¹²⁰.

O fenômeno representado pelo conglomerado de veículos de mídia dos Diários e Emissoras Associados não foi isolado. Assevera Juarez Bahia que “dos anos 70 [1970] em diante é notável a evolução da grande empresa nacional ou regional de jornalismo para um sistema de comunicação que conjuga jornais, revistas, rádio, TV, livro, disco, indústria gráfica etc., sem excluir outros gêneros de investimento. Uma diversificação facilitada pela legislação que atribui facilidades fiscais às corporações”¹²¹.

A pequena imprensa praticamente desaparece das capitais e grandes cidades brasileiras. Ela sobrevive apenas nas cidades médias e pequenas do país. A indústria do jornal ou da revista atingiu grandes dimensões. No Brasil, um marco relevante do processo de concentração na área de editoras de jornais e revistas é o surgimento da Editora Abril (controlada pela família Civita), cujas atividades se iniciaram com a publicação das revistas *Pato Donald* (1950) e *Capricho* (1952). Em 1968, a Editora Abril lançou a revista *Veja*, que se tornaria a mais importante revista brasileira, em termos de tiragem¹²².

¹²⁰ *Jornal, história e técnica: história da imprensa brasileira*, p. 264. O autor ressalta também que “em quase quarenta anos de atuação como jornalista, político, diplomata e empresário, o chefe da cadeia associada se beneficia das relações de confiança com presidentes, ministros, generais e magnatas (*Ibidem*, p. 260).

¹²¹ *Jornal, história e técnica: história da imprensa brasileira*, p. 267.

¹²² Thomaz Souto Corrêa afirma que em junho de 2007, a Editora Abril era responsável pela publicação de mais de cem revistas entre títulos periódicos e edições especiais, tinha mais de 41% do mercado de venda de revistas em bancas e assinaturas e abocanhava cerca de 55% da verba publicitária destinada a revistas (“A era das revistas de consumo”. In Ana Luiza Martins e Tania Regina de Luca (orgs.): *História da imprensa no Brasil*, p. 207).

Tratando da concentração da imprensa na segunda metade do século XX, pondera Nelson Werneck Sodré que ela “tomaria aspectos ainda mais acentuados com o desenvolvimento do rádio e da televisão: a tendência às grandes corporações, de que os *Diários Associados* constituem o primeiro exemplo, agravar-se-ia com a constituição de corporações complexas, reunindo jornais e revistas, emissoras de rádio e de televisão”¹²³.

2.2 – Concentração na radiodifusão

A história da radiodifusão no Brasil se inicia na década de 1920, com a introdução do rádio. A televisão somente aparece no Brasil na década de 1950. O advento tanto do rádio quanto da televisão não abala o modelo concentrador de poder existente no setor de comunicação social brasileiro.

2.2.1 – O rádio

As primeiras transmissões de rádio no Brasil ocorreram, de forma experimental, em 1919 no Recife, e, de forma oficial, em 1922 no Rio de Janeiro, para comemorar o Centenário da Independência¹²⁴. Em 1923, foi fundada por Roquette Pinto e Henry Morize a primeira rádio brasileira: a Rádio Sociedade do Rio de Janeiro¹²⁵. Nos anos seguintes, outras rádios surgiram nas principais cidades brasileiras¹²⁶.

As primeiras emissoras de rádio foram organizadas sob a forma de clubes de ouvintes ou sociedades sem fins lucrativos. Elas eram mantidas por mensalidades pagas pelos ouvintes e por doações de entidades privadas e públicas. A legislação da época proibia a veiculação de publicidade comercial durante a programação.

Durante as décadas de 1920 e 1930, assistiu-se a uma progressiva popularização do rádio na medida em que o preço do aparelho receptor ficava mais barato. Penetrando cada vez mais no dia-a-dia da sociedade brasileira, o rádio se tornou um

¹²³ *História da imprensa no Brasil*, pp. 446-447.

¹²⁴ Cf. Gisela Swetlana: *A informação no rádio: os grupos de poder e a determinação dos conteúdos*. São Paulo: Summus, 1985, p. 13.

¹²⁵ Cf. Gisela Swetlana: *A informação no rádio: os grupos de poder e a determinação dos conteúdos*, p. 13.

¹²⁶ Ver a propósito Maria Elvira Bonavita Federico: *História da comunicação: rádio e TV no Brasil*. Petrópolis: Vozes, 1982, pp. 38 e seguintes.

fenômeno de massa. A popularização do rádio caminhou de mãos dadas com a introdução e disseminação da publicidade comercial, que passou a ser a principal fonte de receitas das emissoras¹²⁷. O rádio, por meio da veiculação da publicidade comercial, exercia a função de estímulo ao consumo de produtos da nascente indústria nacional. Destaca, a propósito, Sonia Virgínia Moreira que “nessa mesma época, o Brasil adotava o modelo de radiodifusão norte-americano e passava a distribuir concessões de canais a particulares, fato que ajudava a reforçar a exploração comercial do veículo”¹²⁸.

A década de 1940 foi conhecida como a “época de ouro” do rádio. O período foi marcado (i) por uma acirrada disputa entre emissoras de rádio por audiência e receitas publicitárias, e (ii) pela significativa influência social e cultural da Rádio Nacional do Rio de Janeiro, emissora inaugurada em 1936¹²⁹ e estatizada pelo Governo federal em 1940, por decisão de Getúlio Vargas¹³⁰.

Tratando dessa nova fase da história do rádio brasileiro, Maria Elvira Bonavita Federico pondera que “o sistema de propriedade vigente na fase anterior, ou seja, associações e agremiações em rádio-sociedades e rádio-clubes, passou, por força dos condicionantes econômicos e políticos, a ter feição empresarial, levada a efeito por empresários ligados a conglomerados ou grupos econômicos e políticos, mormente os ligados ao jornalismo”¹³¹. Nesse sentido, assiste-se à aquisição de emissoras de rádio por grupos de grandes jornais, fenômeno cujo exemplo mais contundente é o do grupo Diários

¹²⁷ O Regulamento para execução dos serviços de radiocomunicação no território nacional, aprovado pelo Decreto nº 21.111, de 1932, autorizou a veiculação de propaganda comercial durante a execução dos programas de rádio, limitando o tempo destinado à propaganda a 10% do tempo total de irradiação de cada programa. O Decreto nº 24.655, de 1934, que dispunha sobre a concessão e a execução dos serviços de radiodifusão, ampliou o limite de tempo de propaganda comercial para 20% do tempo total de irradiação de cada programa de radiodifusão.

¹²⁸ *O rádio no Brasil*. Rio de Janeiro: Rio Fundo Editora, 1991, p. 23.

¹²⁹ Abordando o início das transmissões da Rádio Nacional, em 1936, Juarez Bahia observa o seguinte: “o acontecimento tem significado histórico, não só por se tratar de emissora que dominará o meio radiofônico, mas também por abrir caminho para o radiojornalismo. Além do mais, assinala uma formal associação de veículos impressos e falados, sem precedente no país. A Nacional, PRE-8, é do grupo proprietário de *A Manhã*, revistas, e *A Noite*, então o vespertino brasileiro de maior circulação, e que já detém a Rádio Mayrink Veiga, formando o maior complexo de comunicação da época – num total de 17 empresas” (*Jornal, história e técnica: história da imprensa brasileira*, p. 200). O autor refere-se à rede de jornais e rádios criada por Geraldo Rocha, da qual fazia parte a Rádio Nacional, e que foi desfeita em função da desapropriação de veículos promovida pelo governo de Getúlio Vargas.

¹³⁰ Sobre a história da Rádio Nacional, ver Luiz Carlos Saroldi e Sonia Virgínia Moreira: *Rádio Nacional: o Brasil em sintonia*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005.

¹³¹ *História da comunicação: rádio e TV no Brasil*, p. 62.

Associados de Assis Chateaubriand, que à época concentrava veículos de imprensa (jornais e revistas) e emissoras de rádio¹³².

Ressalta, porém, Sonia Virgínia Moreira que “a partir da metade da década de 1950, o rádio brasileiro começa a registrar uma queda significativa de audiência, em decorrência da veloz popularização da TV”¹³³. A televisão retirou do rádio não só verbas de publicidade e audiência, mas também profissionais e artistas. Com o advento da televisão, o rádio passou a concentrar seus esforços na prestação de serviços, na informação (jornalismo) e na execução de músicas.

Duas características do rádio acentuaram-se progressivamente: a regionalização e a segmentação da programação. Por sua simplicidade e baixo custo, o rádio é um veículo de comunicação acessível tanto para emissoras, no que toca à produção, quanto para ouvintes, no que tange à recepção. Essas características facilitam a existência de emissoras de rádio em praticamente todas as localidades do país, o que contribui para a regionalização da programação. Demais disso, na busca por parcelas de audiência, as rádios procuram apresentar programações destinadas a públicos específicos. Nas cidades grandes e médias brasileiras, as rádios são conhecidas pelo tipo de programas ou músicas que veiculam: temos assim rádios de notícias, de programas religiosos, e de gêneros musicais diversos (música popular brasileira, rock, *flashbacks* internacionais, etc.).

No final da década de 1960, começaram a funcionar as primeiras emissoras de rádio FM, fornecendo “música ambiente” para assinantes interessados¹³⁴. Com o passar do tempo, as rádios FM reforçaram sua vocação para o lado musical, em razão da melhor qualidade de som; mais recentemente, porém, verifica-se a incorporação de notícias e prestação de serviços na programação das emissoras de rádio FM. Na rádio AM, por sua vez, predominam programas de comunicadores populares, de esportes e de jornalismo.

¹³² Cf. Fernando Morais: *Chatô: o rei do Brasil, a vida de Assis Chateaubriand*. São Paulo: Companhia das Letras, 1994, pp. 364 e seguintes.

¹³³ *O rádio no Brasil*, p. 35.

¹³⁴ Cf. André Barbosa Filho: *Gêneros radiofônicos: os formatos e os programas em áudio*. São Paulo: Paulinas, 2003, p. 44.

Embora o rádio seja um veículo de comunicação local, em função da abrangência do sinal transmitido pelas emissoras, existem no Brasil diversos exemplos de redes de emissoras de rádio¹³⁵. Segundo Gisela Ortriwano, a primeira rede brasileira de FM foi a Transamérica, que contava, em meados da década de 1980, com 28 emissoras, em quatro modalidades: seis emissoras próprias, 16 afiliadas que recebiam programação e eram comercializadas pela Rede, três afiliadas que apenas recebiam programação e três afiliadas que eram apenas comercializadas¹³⁶. Outros exemplos, são a rede da Bandeirantes (Band FM), que transmite seus sinais via satélite para diversas emissoras de rádio em todo o Brasil; a rede de emissoras de rádio afiliadas à Jovem Pan 2; a Rede Antena 1, voltada para a música internacional; e a Rede CBN, dedicada ao jornalismo¹³⁷. Ao lado da formação de redes, a evolução histórica do setor radiofônico no Brasil também mostrou a integração de emissoras de rádio a grandes conglomerados multimídia nacionais e regionais. Exemplos não faltam, como o sistema Globo de rádio e a divisão de rádio da RBS – Rede Brasil Sul de comunicações¹³⁸.

Na década de 1980, num contexto de ausência de regulamentação legal, proliferam rádios livres (chamadas por alguns de rádios “piratas”) nas grandes cidades brasileiras. A regulamentação das rádios livres somente ocorreu em fevereiro de 1998, com a promulgação da Lei nº 9.612, que instituiu o serviço de radiodifusão comunitária. Apesar de representar um avanço no sentido de regular e abrir as portas para a democratização do segmento, diversos autores apontam que a lei impõe uma série de restrições e obstáculos à regularização de rádios comunitárias que praticamente inviabilizam a atuação das emissoras¹³⁹.

¹³⁵ Sonia Maria Avallone Jorge afirma que “atualmente, no Brasil, cerca de 30% do mercado radiofônico já opera no sistema de redes, embora ainda se identifique uma tendência da superioridade da audiência da rádio regional sobre a rádio em rede” (“Rádios FM: um contraponto entre as redes e as emissoras regionais paulistanas”. In André Barbosa Filho, Ângelo Pedro Piovesan e Rosana Beneton (orgs.): *Rádio: sintonia do futuro*. São Paulo: Paulinas, 2004, p. 237).

¹³⁶ *A informação no rádio: os grupos de poder e a determinação dos conteúdos*, p. 33. Destaca a autora também o exemplo da Rede L&C de rádio, “fundada em 1969, mas apresentada como rede apenas em 1982, (...) considerada a pioneira na produção de programação integrada, atendendo cerca de 80 emissoras (AM e FM)” (*Ibidem*, p. 25).

¹³⁷ Cf. Sonia Maria Avallone Jorge: “Rádios FM: um contraponto entre as redes e as emissoras regionais paulistanas”. In André Barbosa Filho, Ângelo Pedro Piovesan e Rosana Beneton (orgs.): *Rádio: sintonia do futuro*, pp. 239 e seguintes.

¹³⁸ Cf. Gisela Swetlana Ortriwano: *A informação no rádio: os grupos de poder e a determinação dos conteúdos*, pp. 32-33.

¹³⁹ Cf. Márcia Detoni: “Rádios comunitárias: revolução no ar” In André Barbosa Filho, Ângelo Pedro Piovesan e Rosana Beneton (orgs.): *Rádio: sintonia do futuro*, pp. 286-287.

Por fim, vale destacar que a década de 1990 assiste ao avanço de igrejas evangélicas sobre as ondas de rádio. A partir de então, entidades religiosas, aí incluídas igrejas evangélicas e a Igreja Católica, passam a concentrar grande número de emissoras de rádio AM e até FM. Segundo Doris Fagundes Haussen, em 1999, dados de “uma estimativa realizada junto ao setor privado, indicavam que do total das 3.083 emissoras radiofônicas brasileiras, 45% pertenciam a políticos, 25% a seitas evangélicas, 10% à Igreja Católica e 20% a emissoras comerciais independentes”¹⁴⁰. Com relação às igrejas evangélicas, estima-se que somente a Igreja Universal do Reino de Deus, do bispo Edir Macedo, seja controladora de, nada menos que, 40 emissoras de rádio e arrendatária de outras 36 rádios espalhadas pelo país¹⁴¹.

2.2.2 – A televisão aberta

A televisão aberta apareceu no Brasil em 1950 em razão do pioneirismo de Assis Chateaubriand, proprietário do grupo Diário e Emissoras Associados¹⁴². Chateaubriand importou equipamentos transmissores e aparelhos receptores que foram instalados em lojas e bares da cidade de São Paulo, além de na sede do grupo¹⁴³. A TV Tupi Difusora, emissora fundada por Chateaubriand, realizou a primeira transmissão de televisão no Brasil na noite de 18.09.1950¹⁴⁴.

Ao longo da década de 1950, outras emissoras surgiram no eixo São Paulo – Rio de Janeiro e, posteriormente, em outras capitais brasileiras: TV Tupi Rio (1951), Rádio Televisão Paulista (1952), TV Record São Paulo (1953), TV Rio (1955), TV

¹⁴⁰ “Rádio brasileiro: uma história de cultura, política e integração”. In André Barbosa Filho, Ângelo Pedro Piovesan e Rosana Beneton (orgs.): *Rádio: sintonia do futuro*, p. 57.

¹⁴¹ Igreja controla maior parte de TVs do país. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 15.12.2007, Especial p. A-4.

¹⁴² Observa Mario Fanucchi que “semelhantes às principais corporações de rádio e televisão norte-americanas, as Emissoras Associadas apresentavam, em 1950, o perfil ideal para receber a tevê. Suas rádios se espalhavam por quase todos os estados; os Diários Associados constituíam uma força política e econômica considerável, enquanto sua revista de circulação nacional – *O Cruzeiro* – despontava entre as publicações semanais. A todos esses fatores positivos somava-se, ainda, a excelência das duas emissoras da empresa em operação na capital paulistana: a PGR-2, Rádio Tupi e a PRF-3, Rádio Difusora São Paulo. Esse núcleo de idéias, rico em recursos artísticos e técnicos, possuía todos os fundamentos dos quais o novo meio poderia se valer para dar seus primeiros passos” (“A tevê e o rádio”. In André Barbosa Filho, Ângelo Pedro Piovesan e Rosana Beneton (orgs.): *Rádio: sintonia do futuro*, pp. 87-88).

¹⁴³ Para um relato pormenorizado do processo de implantação da televisão no Brasil, ver Fernando Moraes: *Chatô: o rei do Brasil, a vida de Assis Chateaubriand*, pp. 496 e seguintes.

¹⁴⁴ Sérgio Caparelli observa que “a primeira televisão a entrar em funcionamento no Brasil, a TV Tupi-Difusora, pertencia aos Diários Associados. A seu proprietário, Assis Chateaubriand, pertencia uma grande fatia do mercado brasileiro dos meios de comunicação, chegando, na sua fase áurea, a 36 emissoras de rádio,

Itacolomi de Belo Horizonte (1956), TV Cultura de São Paulo (1958), e TV Excelsior (1959). No final da década de 1950, havia dez emissoras de televisão espalhadas pelas principais capitais do país, a maioria delas pertencentes ao grupo Diários e Emissoras Associados de Assis Chateaubriand.

O surgimento da televisão no Brasil ocorreu sem o estabelecimento de uma política pública ou mesmo um marco legal específico. A iniciativa de empresários privados como Assis Chateaubriand fez com que o sistema inicialmente implantado no Brasil fosse marcado pela exploração do serviço de televisão por empresas privadas, financiadas pela publicidade comercial. Lembra Sandra Reimão que “a TV Tupi de São Paulo e, portanto, a TV brasileira surgiu como uma ‘aventura comercial do capital privado brasileiro’ – uma atividade privada dependente de renda publicitária”¹⁴⁵. Da mesma forma, destaca Sérgio Mattos que “desde o seu início, a televisão brasileira se caracterizou como veículo publicitário, seguindo o modelo comercial norte-americano. Como prova, pode-se salientar a garantia do primeiro ano de faturamento publicitário da TV Tupi Difusora por quatro grandes patrocinadores: a Seguradora Sul América, a Antártica, a Laminação Pignatari e o Moinho Santista”¹⁴⁶.

Nos seus primórdios, a produção da televisão brasileira era regionalizada. Como a tecnologia do *video-tape* ainda não tinha sido introduzida e não havia um sistema de rede de transmissão terrestre de sinais, a programação audiovisual era produzida localmente e transmitida ao vivo pelas emissoras para uma determinada cidade ou região.

Durante as décadas de 1950 e 1960, a televisão brasileira foi caracterizada pelo predomínio do conglomerado de empresas de comunicação Diários e Emissoras Associados de Assis Chateaubriand. Segundo Inimá Simões, “na primeira fase da televisão brasileira, que vai do discurso de Assis Chateaubriand até a metade dos anos 1960, os Diários e Emissoras Associados mantêm posição hegemônica: em 1959 somam 58 empresas, entre jornais, emissoras de rádio e TV, revistas (entre elas, *O Cruzeiro*, a de

34 jornais e 18 canais de televisão” (*Televisão e capitalismo no Brasil*. Porto Alegre: L&PM, 1982, pp. 21-22).

¹⁴⁵ “Anos 60: a chegada do video tape”. In Sandra Reimão (coord.): *Em instantes: notas sobre a programação na TV brasileira (1965-1995)*. São Paulo: Faculdades Salesianas / Cabral Editora Universitária, 1997, p. 21.

¹⁴⁶ *A televisão no Brasil: 50 anos de história (1950-2000)*. Salvador: Editora PAS – Edições Ianamá, 2000, p. 81.

maior tiragem no país), editoras, agências de notícias, agência de publicidade, fazendas e gráficas, configurando um conglomerado que permite a manutenção das TVs do grupo sem maiores sobressaltos”¹⁴⁷. Na mesma linha, destaca Sérgio Mattos que “nessa primeira fase, a televisão caracterizou-se, principalmente, pela formação do oligopólio dos Diários Associados e pelo fato de, até 1959, todos os programas veiculados serem produzidos, exclusivamente, nas regiões onde estavam instaladas as emissoras”¹⁴⁸.

O ano de 1965 marca um importante acontecimento para a televisão brasileira: o surgimento da TV Globo, produto de uma associação nebulosa entre o jornal *O Globo* de Roberto Marinho e o capital estrangeiro do grupo norte-americano Time-Life¹⁴⁹. Com o apoio operacional e financeiro da Time-Life, a TV Globo injeta uma dose de profissionalismo no ambiente televisual brasileiro. A evolução da televisão brasileira assiste a uma grande inflexão em 1969, com a formação da Rede Globo de Televisão, primeira rede nacional de televisão. Na mesma época, o poderio do grupo Diários e Emissoras Associados entra em declínio, impulsionado pelo falecimento, em 1968, de Assis Chateaubriand.

A TV Globo, beneficiária de concessões de canais no Rio de Janeiro, São Paulo, Belo Horizonte, Brasília e Recife, utilizando, além da tecnologia do *video-tape* – introduzida na primeira metade dos anos 1960 –, do sistema de transmissão via satélite e do sistema nacional de transmissão terrestre de sinais por microondas da Embratel (Empresa Brasileira de Telecomunicações) passa a transmitir sua programação em rede, inicialmente regional (Rio de Janeiro, São Paulo e Minas Gerais) e, posteriormente, nacional.

A formação da rede nacional de televisão permite a concentração da produção dos programas em um único local e a distribuição nacional do conteúdo audiovisual. Na década de 1970, explica César Bolaños, “o que houve foi uma expansão

¹⁴⁷ *A nossa TV brasileira: por um controle social da televisão*. São Paulo: Editora SENAC, 2004, p. 20. Ver também Fernando Morais: *Chatô: o rei do Brasil, a vida de Assis Chateaubriand*, p. 16. Destaca Juarez Bahia que nos anos de apogeu, o grupo Diários e Emissoras Associados de Assis Chateaubriand era composto por 31 jornais diários, 3 revistas, 23 emissoras de rádio, 13 estações de televisão e uma agência noticiosa (*Jornal, história e técnica: história da imprensa brasileira*, p. 260).

¹⁴⁸ *A televisão no Brasil: 50 anos de história (1950-2000)*, p. 101.

¹⁴⁹ Ver a propósito o estudo de Daniel Herz: *A história secreta da Rede Globo*. Porto Alegre: Tchê! Editora, [s. d.].

das redes, lideradas pela Globo, através da integração de emissoras independentes e da implantação de estações retransmissoras por todo o território nacional”¹⁵⁰.

A Rede Globo passa a ser a líder de audiência no final dos anos 1960 e consolida sua posição ao longo dos anos 1970, mesmo período em que o aparelho de televisão se torna um bem popular, presente cada vez mais nos lares brasileiros¹⁵¹. Para César Bolaño, “é só a partir de 1965, sobretudo a partir dos anos 70, que a indústria de televisão brasileira assume um caráter monopolista. Na verdade entre 1965 e 1970 temos a passagem de um mercado relativamente competitivo para outro de característica oligopólica, bastante concentrado e centralizado”¹⁵². Com a expansão do alcance do seu sinal para todo o território nacional e a liderança na audiência, a Rede Globo passou a receber a maior fatia do bolo de verbas publicitárias destinadas à televisão.

Sobre a evolução histórica da televisão no Brasil, Sérgio Caparelli afirma que ela é marcada por dois períodos: “o primeiro período se manifesta com o oligopólio dos Associados; o segundo, pelo oligopólio da Rede Globo. Naquele desponta a figura do capitão de indústria (Chateaubriand), dono de uma empresa administrada ao velho estilo. Neste, a corporação, manobrada por executivos profissionais que se esforçam por incrementar o poder econômico e político de suas empresas”¹⁵³.

Em 1980, assiste-se a uma tentativa de diversificação do panorama da televisão aberta brasileira. O Governo federal cassa as concessões de radiodifusão outorgadas aos Diários e Emissoras Associados, em razão do descalabro financeiro no qual o grupo se encontrava, e distribui os canais da TV Tupi para o grupo editorial Bloch (Manchete)¹⁵⁴ e para o empresário Silvio Santos (SBT)¹⁵⁵. A propósito, relata César

¹⁵⁰ *Mercado brasileiro de televisão*. 2ª ed. São Paulo/Aracaju: Editora da PUC-SP, 2004, p. 48. Em outra passagem, o autor esclarece que “a expansão da Rede Globo de Televisão, dada a proibição legal à posse de mais de cinco emissoras em território nacional por um mesmo grupo, far-se-á com base na criação de uma vasta rede de afiliadas” (*Ibidem*, p. 131).

¹⁵¹ Diversos autores destacam a relação entre a popularização do aparelho de televisão, a política de crédito ao consumidor, o crescimento da produção de bens duráveis e semi-duráveis, e a utilização da televisão como veículo de publicidade comercial. Ver a propósito: Sérgio Caparelli: *Televisão e capitalismo no Brasil*, pp. 59 e seguintes; e Sérgio Mattos: *A televisão no Brasil: 50 anos de história (1950-2000)*, pp. 102 e seguintes.

¹⁵² *Mercado brasileiro de televisão*, p. 33.

¹⁵³ *Televisão e capitalismo no Brasil*, p. 21.

¹⁵⁴ A TV Manchete passou por dificuldades financeiras no final dos anos 1990 e foi vendida ao grupo Tele TV dos empresários Amilcare Dallevo Júnior e Marcelo de Carvalho Fragali, passando a rede de televisão a operar sob o nome de Rede TV! (Cf. Ministério Público pede cassação da Rede TV! *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 08.06.2000, p. E-1).

Bolaño que “no dia 16 de julho, o então presidente João Figueiredo declara peremptas as concessões de sete canais de televisão pertencentes à rede (São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife, Fortaleza e Belém), com o que fica definitivamente selado o seu destino, abrindo caminho para a entrada de novos capitais no mercado. (...) Em 23 de julho, o governo anuncia que será aberta a concorrência para a exploração de duas redes, e não apenas de uma, como se esperava. (...) Ao final do processo, os grupos favorecidos foram o SBT – que, de fato, já se constituía em rede após a aquisição de parte da Record e os contratos celebrados com as antigas afiliadas da Tupi depois de seu fechamento – e o grupo Bloch”¹⁵⁶.

Essa iniciativa do Governo federal, assim como o surgimento de emissoras educativas a partir de 1969 e de novas redes de televisão (Rede Bandeirantes¹⁵⁷ e Rede Record¹⁵⁸) não alteram a paisagem televisual brasileira, marcada pelo domínio da Rede Globo tanto no tocante à audiência como no que tange à apropriação do bolo de receitas publicitárias.

Capítulo 3 – Retrato da concentração dos meios de comunicação social no Brasil

Neste capítulo, procuraremos apresentar um panorama da concentração de poder no setor de comunicação social brasileiro. Essa realidade ficará evidenciada pela identificação das formas de concentração existentes na mídia brasileira.

Não é nossa proposta – é importante que fique claro – definir mercado relevante ou conduzir uma medição do poder de mercado no tocante ao setor de comunicação social. Nosso intuito é apenas de identificar e registrar elementos da

¹⁵⁵ O SBT – Sistema Brasileiro de Televisão foi formado a partir da TV Studios do Rio de Janeiro, primeira concessão de canal de televisão obtida pelo grupo Silvio Santos em 1974.

¹⁵⁶ *Mercado brasileiro de televisão*, p. 156.

¹⁵⁷ Formada no final dos anos 1970 a partir da TV Bandeirantes de São Paulo, fundada em 1967 por João Saad.

¹⁵⁸ As emissoras da TV Record, fundada em 1953 por Paulo Machado de Carvalho, foram vendidas em 1989 para o bispo Edir Macedo, líder da Igreja Universal do Reino de Deus. Financiada pela Igreja Universal do Reino de Deus, a Record se expandiu e tornou-se uma rede nacional de televisão.

realidade (mundo do ser) que nos auxiliem a caracterizar as formas de concentração de poder no setor de comunicação social.

Para tanto, faremos uso de dados e análises oriundos de pesquisas empíricas realizadas na área de comunicação social e de investigações jornalísticas ocorridas ao longo dos últimos anos. A utilização desse ferramental interdisciplinar, não necessariamente acadêmico, é necessária para tentar captar com a maior fidedignidade possível a situação existente no setor de mídia. É notória a escassez de estudos sobre a concentração da propriedade dos veículos de mídia no Brasil, resultado, em grande medida, da dificuldade para se obter dados confiáveis sobre a identificação dos verdadeiros proprietários dos veículos¹⁵⁹. Nesse contexto, o trabalho investigativo jornalístico surge como um aliado sem igual para tentar identificar a propriedade e o controle de certos veículos de comunicação social, tendo em vista a opacidade que reina em muitas áreas do setor.

Dividiremos a apresentação das formas de concentração dos veículos de mídia em econômica e política. Essa divisão, no entanto, é feita apenas com finalidade de facilitar a exposição, pois, a concentração de poder no setor de comunicação social é fenômeno indivisível, ao mesmo tempo, econômico e político. Em outras palavras, no setor de mídia, o poder econômico de determinados grupos empresariais ou familiares reforça o poder político de certas elites locais e regionais e vice-versa. Os grupos econômicos mais poderosos usam organizações políticas em seu benefício e elites políticas regionais e locais se beneficiam de organizações econômicas proeminentes para manutenção de seu domínio político.

3.1 – Concentração do poder econômico na mídia

Historicamente, a exploração dos veículos de comunicação social no Brasil, inclusive das emissoras de rádio e de televisão aberta (radiodifusão), tem sido feita segundo os moldes do sistema capitalista, isto é, por empresas privadas sob o regime de livre mercado, com reduzidos entraves à concentração empresarial.

¹⁵⁹ Cf. Venício A. de Lima: “Comunicações no Brasil: novos e velhos atores”. In *Mídia: teoria e política*. São Paulo: Ed. Fundação Perseu Abramo, 2001, p. 97 (nota 4).

O capitalismo, lembra Fábio Konder Comparato, “pela sua própria natureza, é um sistema oligárquico (governo da minoria), ou, se se preferir, *timeocrático* (do étimo grego *timê* = avaliação, preço, pagamento), pois o funcionamento do sistema supõe a soberania dos detentores do capital na empresa e no mercado e a livre concorrência entre eles, o que conduz, necessariamente, à concentração ilimitada de capital e à centralização de seu controle”¹⁶⁰.

Não é surpresa, portanto, que se encontre também no setor de comunicação social brasileiro um cenário de concentração. Como visto, a concentração econômica é um traço marcante da evolução histórica da economia brasileira. Aparentemente, ela é percebida como um fenômeno inexorável, um traço de evolução do capitalismo brasileiro. A aceitação generalizada do fenômeno faz com que a concentração de poder também no setor de mídia de massa seja vista como algo natural. Assim é porque assim sempre foi.

Como se sabe, as concentrações econômicas são classificadas, tradicionalmente, em três categorias: concentração horizontal, concentração vertical e conglomerados¹⁶¹. No tocante ao setor de comunicação social, porém, é preciso acrescentar uma quarta forma específica de concentração, a concentração multimídia ou propriedade cruzada dos veículos (*cross-media ownership*)¹⁶².

Veremos a seguir como essas quatro formas de concentração econômica se apresentam no setor de comunicação social brasileiro.

¹⁶⁰ “A democratização dos meios de comunicação de massa”. In Eugênio Bucci (org.): *A TV aos 50: criticando a televisão brasileira no seu cinquentenário*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2000, pp.193-194.

¹⁶¹ Nesse sentido, ver Calixto Salomão Filho: *Direito concorrencial: as estruturas*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 278.

¹⁶² É interessante observar que boa parte dos autores não identifica quatro formas de concentração econômica no setor de comunicação social, mas apenas três: a concentração vertical, a horizontal e a multimídia (*cross-ownership*). Outros autores, falam de uma quarta modalidade de concentração da mídia que seria o monopólio em cruz, que ocorreria quando, no plano local e regional, se reproduzisse a situação de oligopólio característica da propriedade cruzada (Ver a propósito Denis de Moraes: *Planeta mídia: tendências da comunicação na era global*. Letra Livre, 1998, p. 70).

3.1.1 - Concentração vertical

A concentração vertical pode ser caracterizada como aquela que ocorre entre pessoas ou empresas situadas em diferentes níveis da cadeia de produção de um determinado produto ou serviço¹⁶³.

Os serviços de comunicação social são divididos em diversas atividades. Normalmente, costuma-se decompor a cadeia produtiva da indústria de mídia em três fases: (i) produção de conteúdo, (ii) empacotamento ou programação e (iii) distribuição¹⁶⁴. Cada uma das fases da cadeia pode ser organizada de diferentes formas: (a) mediante operações no mercado (por exemplo, quando uma emissora de televisão adquire o direito de exibir um documentário produzido de forma independente), (b) por meio da celebração de contratos de longo prazo (por exemplo, quando uma emissora de televisão adquire o direito de transmitir os jogos de diversas temporadas de um campeonato de futebol), e (c) por intermédio da integração das atividades na mesma estrutura organizacional (por exemplo, quando uma emissora de televisão produz internamente a novela que transmitirá aos telespectadores)¹⁶⁵.

¹⁶³ Gillian Doyle afirma que “vertical growth involves expanding either ‘forward’ into succeeding stages or ‘backward’ into preceding stages of the supply chain. Vertically integrated media firms may have activities that span from creation of media output (which brings ownership of copyright) through distribution or retail of that output in various guises. Vertical expansion generally results in reduced transaction costs for the enlarged firm. Another benefit, which may be of great significance for media players, is that vertical integration gives firms some more control over their operating environment and it can help them to avoid losing market access in important ‘upstream’ or downstream’ phases” (*Media ownership: the economics and politics of convergence and concentration in the UK and European media*. Londres: Sage Publications, 2002, p. 4).

¹⁶⁴ Gillian Doyle explica que “essentially, the media industry is about supplying content to consumers. (...). The first stage in this process is usually ‘production’. The creation of media content is carried out by filmmakers, writers, journalists, musicians, television and radio production companies. Producers may sometimes supply content directly to consumers but, more generally, their output (e.g. television programmes) takes the form of inputs for a succeeding ‘packaging stage’. This is when content is collected together and assembled into a marketable media product or service and it is carried out by, for example, newspaper publishers, television networks and magazine publishers. Finally, there is ‘distribution’, which means delivering a media product to its final destination – the audience. Distribution of media output takes place in several different ways and, for some products, is a quite complex phase. Television and radio services are generally transmitted over the airwaves or conveyed via broadband communication infrastructures. Distribution of pay-television services, however, involves encryption and subscriber management activities as well as transmission of signals. Newspapers and periodicals are usually conveyed to the consumer via another intermediary – newsagents – or they may be delivered directly to the home or to places of employment on a subscription basis. Electronic distribution over the Internet is another possibility for most types of media content” (*Understanding media economics*. Londres: Sage Publications, 2002, p. 18).

¹⁶⁵ Cf. Massimo Motta e Michele Polo: “Concentration and public policies in the broadcasting industry: the future of television”. *Economic Policy*, vol. 25, out./1997, p. 297.

No caso da imprensa, a produção de conteúdo jornalístico (artigos, reportagens, entrevistas etc.) não se confunde com as atividades de edição de um jornal ou revista (empacotamento) ou de distribuição ou venda da publicação ao consumidor (por meio de bancas de jornais e livrarias). Na televisão, por sua vez, distinguem-se as atividades de criação e produção de conteúdo audiovisual (produção), organização de diversos programas dentro de uma grade de programação (programação) e, por fim, difusão da programação (distribuição)¹⁶⁶.

A legislação brasileira sobre os diversos serviços de TV por assinatura diferencia claramente os serviços de produção de programas (conteúdo audiovisual), da programação e da difusão. Nesse sentido, a Lei nº 8.977, de 06.01.1995, que dispõe sobre o serviço de TV a cabo, define, de um lado, *operadora de TV a cabo* (pessoa jurídica de direito privado que atua mediante concessão, por meio de um conjunto de equipamentos e instalações que possibilitam a recepção, processamento e a geração de programação e de sinais próprios ou de terceiros, e sua distribuição por meio de redes de sua propriedade ou não, a assinantes localizados dentro de uma área determinada) e, de outro, *programadora* (pessoa jurídica produtora ou fornecedora de programas ou programações audiovisuais)¹⁶⁷.

Na Internet, podemos identificar, grosso modo, quatro atividades: produção de conteúdo (texto, vídeo, música etc.); sítio ou página na web (que agrupa um universo de conteúdos – equivalente ao empacotamento); provimento de acesso (provedor de acesso a Internet) e infra-estrutura de conexão (banda larga ou linha telefônica para *dial up*).

¹⁶⁶ Ver a propósito Moacir Giasante *et al.*: *Cadeia de valor*. Campinas: CPqD, 2004, pp. 11 e seguintes. O relatório encontra-se disponível no sítio da Internet: <http://www.fndc.org.br/arquivos/MapeamentoCadeiadeValor-CPQD.pdf>, último acesso em 26.11.2008. Sobre o serviço de televisão, esclarece Ruy Santacruz que “a oferta desse tipo de serviço envolve uma cadeia de produção na qual duas atividades principais podem ser destacadas: 1. Produção de conteúdo, e 2. Distribuição. Essas atividades podem ser executadas por empresas diferentes. Muitas emissoras são verticalmente integradas e executam ambas as atividades. Pode haver, no entanto, emissoras que adquiram integralmente seu conteúdo de terceiros (produtoras). (...) A primeira atividade na cadeia de oferta de serviços é a produção de programas e a venda dos direitos de transmissão desses programas (filmes, novelas, seriados, shows, esporte, jornalismo). (...) Os direitos de programação podem então ser vendidos para outra empresa que opera a distribuição, incluindo a venda dos direitos específicos de distribuição. Os meios utilizados para transportar a programação para os consumidores são o tradicional (TV Aberta), tecnologia a cabo, MMDS e via satélite” (“Mercados de TV aberta e fechada. Segmento de distribuição de programação de TV fechada via satélite – Direct to home (DTH). Fatores determinantes de competitividade”. *Revista do IBRAC – Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo*, vol. 8, nº 7, 2001, pp. 131-132).

No caso dos jornais, é comum a integração vertical das atividades de produção de conteúdo (reportagens e artigos), edição, impressão e distribuição do jornal. No Brasil, não há qualquer dispositivo legal específico que impeça essa integração. Da mesma forma, a integração vertical de empresas situadas na cadeia de produção e distribuição de programas de televisão e, de modo geral, de produtos audiovisuais não sofre qualquer restrição jurídica particular no Brasil. Aliás, vale esclarecer que no Brasil, as atividades de produção e difusão de programas de radiodifusão normalmente são feitas pela mesma empresa. A participação de produtores independentes na quantidade total de programas veiculados pelos principais canais de televisão aberta, por exemplo, é muito pequena¹⁶⁷.

Quanto à integração vertical na atividade de TV por assinatura, temos que, de acordo com a Lei da TV a cabo, a operadora de TV a cabo pode transmitir programas produzidos por terceiros, bem como programas de geração própria (art. 30). No mesmo sentido, a Norma nº 008/97, aprovada pela Portaria do Ministério das Comunicações nº 321, de 21.05.1997, que regula o funcionamento do serviço de distribuição de sinais de televisão e de áudio por assinatura via satélite (DTH), prevê que a permissionária do serviço de DTH poderá transmitir sinais ou programas originados por terceiros, programas originados por terceiros e editados pela permissionária e sinais ou programas gerados pela própria permissionária (item 7.1). Idêntica previsão é encontrada na Norma nº 002/94 – REV/97, aprovada pela Portaria do Ministério das Comunicações nº 254, de 16.04.1997, que regula o serviço de distribuição de sinais multiponto multicanal (MMDS). Na prática, as atividades de operadora de TV a cabo e de programadora são exercidas por empresas distintas, embora possa existir vínculo de subordinação entre elas.

No tocante à Internet, a legislação brasileira distingue claramente entre infra-estrutura de telecomunicações e serviço de provimento de conexão à Internet,

¹⁶⁷ César Bolaños observa, no entanto, que “a função tanto dos canais como das programadoras e das operadoras é programar. Nesse sentido, todos são programadores, e a diferença entre programadora e operadora não é de fácil apreensão” (*Mercado brasileiro de televisão*, p. 94).

¹⁶⁸ A Constituição Federal de 1988, no entanto, determina que a produção e a programação das emissoras de rádio e de televisão deverão promover a cultura nacional e regional e estimular a produção independente que objetive a sua divulgação (art. 221, II). Cumpre observar que, atualmente, a maioria da programação independente veiculada na TV aberta brasileira é formada por programas de proselitismo religioso, notadamente evangélicos, e programas de venda de produtos.

considerado um serviço de valor adicionado e não um serviço de telecomunicações¹⁶⁹. No entanto, não existe dispositivo legal que proíba uma empresa de telecomunicações, detentora de infra-estrutura de telecomunicações, de também prestar serviço de valor adicionado como o serviço de provimento de conexão à Internet. Pelo contrário, é muito comum as empresas de telefonia também oferecerem o serviço de provimento de conexão à Internet.

3.1.2 - Concentração horizontal

A concentração horizontal é aquela que ocorre entre empresas ou entidades situadas na mesma posição na cadeia produtiva. Em outras palavras, é a concentração entre concorrentes¹⁷⁰.

¹⁶⁹ A Lei nº 9.295, de 19.07.1996, que dispunha sobre os serviços de telecomunicações e sua organização, definia serviço de valor adicionado como a atividade caracterizada pelo acréscimo de recursos a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, criando novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação e recuperação de informações, não caracterizando exploração de serviço de telecomunicações. A Lei nº 9.295, de 1996, estabelecia que qualquer interessado na prestação de serviços de valor adicionado poderia utilizar a rede pública de telecomunicações (art. 10). Com base em referida lei, foi editada pelo Ministério das Comunicações e pelo Ministério da Ciência e Tecnologia a Norma nº 04, de 1997, que objetivava estabelecer os requisitos e as condições para a prestação de serviços de valor adicionado, através da rede pública de telecomunicações com a utilização de códigos de acesso específicos. Referida Norma determinava que (i) as condições de prestação do serviço telefônico público aos provedores de serviço de valor adicionado deveriam ser as mesmas aplicáveis aos demais assinantes, (ii) as operadoras de serviço telefônico público deveriam conferir tratamento equânime e não discriminatório aos provedores de serviço de valor adicionado e praticar preços e condições razoáveis, e (iii) aos assinantes do serviço telefônico público ficava assegurado o livre acesso aos serviços de valor adicionado. A Lei nº 9.472, de 16.07.1997 (Lei Geral de Telecomunicações) revogou a Lei nº 9.295, de 1996, mas manteve, em grandes linhas, as mesmas disposições sobre serviços de valor adicionado. Nesse sentido, a Lei nº 9.472, de 1997, estabeleceu que: (i) serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações; (ii) serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição; e (iii) é assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado.

¹⁷⁰ Sobre a concentração horizontal, Gillian Doyle esclarece que “a ‘horizontal’ merger occurs when two firms of the same stage in the supply chain or who are engaged in the same activity combine forces. Horizontal expansion is a common strategy in many sectors and it allows firms to expand their market share and, usually, to rationalize resources and gain economies of scale. (...) In the media industry, the prevalence of economies of scale makes horizontal expansion a very attractive strategy” (*Media ownership: the economics and politics of convergence and concentration in the UK and European media*, p. 4). No mesmo sentido, afirma Eric M. Barendt, “another type of concentration is *horizontal integration*, where there are links between companies in the same business. These are now particularly common in the press, where one company may control several daily and Sunday newspapers, but they also occur in the broadcasting media. Examples are the links between the national networks and local stations affiliated to them in the United States and those between the three national networks controlled in Italy by Berlusconi” (*Broadcasting law: a comparative study*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 123).

Para evidenciar a concentração no setor de radiodifusão brasileiro, Venício A. de Lima apresenta a seguinte tabela comparativa das redes de TV aberta (dados de 2000)¹⁷¹:

Tabela 1 – Comparação entre as redes de TV aberta

<i>Redes</i>	<i>Emissoras participação societária</i>	<i>Geradoras e afiliadas</i>	<i>Retransmissoras</i>	<i>Alcance total aparelhos TV</i>	<i>Audiência média todos horários</i>	<i>Destinação verbas publicitárias</i>
Rede Globo	32	113	1.276	99,96%	58%**	75%
SBT	10	97	542	78,60%	21%	--
Band	12	68	--	61,70%	5%	--
Record*	21	47	--	44,20%	10%	--
Rede TV	--	--	--	37,90%	--	--
CNT	--	24	--	5,50%	5%	--
Outras	--		--	--	1%	--

* inclui as redes Record, Mulher e Família.

** no horário nobre (18 às 22h) a Rede Globo alcança a média de 61% da audiência.

A tabela mostra com clareza que as principais redes de televisão brasileiras possuem não só grande quantidade de emissoras cabeças-de-rede, mas também elevado número de emissoras afiliadas e retransmissoras. Essa estrutura é necessária para a formação de redes nacionais de televisão.

Vale esclarecer que a concentração horizontal da propriedade de veículos de radiodifusão (rádio e televisão aberta) foi regulada pelo Decreto-lei nº 236, de 28.02.1967, que complementou e modificou o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117, de 27.08.1962). Em seu art. 12, o Decreto-lei nº 236, de 1967, determinou que cada entidade só poderia ter concessão ou permissão para executar serviços de radiodifusão, em todo país, dentro dos seguintes limites: I - Estações radiodifusoras de som: (a) Locais: 4 em ondas médias (OM) e 6 em frequência modulada (FM), (b) Regionais: 3 em ondas médias (OM), 3 em ondas tropicais (OT), sendo no máximo 2 por

¹⁷¹ “Comunicações no Brasil: novos e velhos atores”. In *Mídia: teoria e política*, p. 100.

Estado, e (c) Nacionais: 2 em ondas médias (OM) e 2 em ondas curtas (OC); e II - Estações radiodifusoras de som e imagem (televisão aberta): 10 em todo território nacional, sendo no máximo 5 em VHF e 2 por Estado.

Entretanto, o próprio art. 12 do Decreto-lei nº 236, de 1967, se encarrega de reduzir a amplitude de seu campo de aplicação ao esclarecer que não serão computadas para os efeitos da limitação à propriedade de canais de radiodifusão, as estações repetidoras e retransmissoras de televisão, pertencentes às estações geradoras (art. 12, § 2º)¹⁷².

Além disso, a capacidade do art. 12 do Decreto-lei nº 236, de 1967, para coibir a concentração da propriedade de emissoras de radiodifusão foi substancialmente reduzida por duas razões fundamentais. Em primeiro lugar, o Ministério das Comunicações, órgão fiscalizador do setor de radiodifusão, entende que o limite de concessões ou permissões de canais de radiodifusão é aplicável a cada pessoa física e não a um determinado grupo empresarial ou família. Assim, por meio de artifícios como o registro de concessões de canais em nome de outros membros da mesma família (pais, filhos, irmãos, cônjuges, cunhados) e até do uso de “testas-de-ferro”, as redes brasileiras de televisão conseguiram contornar os limites do Decreto-lei nº 236, de 1967¹⁷³. Embora formalmente em vigor, o art. 12 do Decreto-lei nº 236, de 1967, praticamente a única regra legal que impõe limite à concentração de canais de radiodifusão, pode ser considerada letra-morta¹⁷⁴.

¹⁷² De acordo com o Decreto nº 5.371, de 17.02.2005, que aprova o Regulamento do serviço de retransmissão de televisão e do serviço de repetição de televisão, anulares ao serviço de radiodifusão de sons e imagens, o serviço de retransmissão de televisão (RTV) é aquele que se destina a retransmitir, de forma simultânea ou não simultânea, os sinais de estação geradora de televisão para a recepção livre e gratuita pelo público em geral (art. 1º) ao passo que serviço de repetição de televisão (RpTV) é aquele que se destina ao transporte de sinais de sons e imagens oriundos de uma estação geradora de televisão para estações repetidoras ou retransmissoras ou, ainda, para outra estação geradora de televisão, cuja programação pertence à mesma rede (art. 2º). Os serviços de retransmissão e de repetição de televisão têm por finalidade possibilitar que os sinais das estações geradoras sejam recebidos em locais por eles não atingidos diretamente ou atingidos em condições técnicas inadequadas (art. 7º).

¹⁷³ Cf. Elvira Lobato: “Raio X das telecomunicações: oito grupos dominam as TVs no Brasil”. *Comunicação e Educação*, São Paulo, nº 3, mai./ago. 1995, pp. 36-42.

¹⁷⁴ No final do ano de 2002, após a promulgação da Emenda Constitucional nº 36, de 28.05.2002, que alterou a redação do art. 222 da Constituição Federal, passando a admitir a participação de capital estrangeiro em empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, o Governo federal tentou reduzir ainda mais a amplitude da limitação de concessões e permissões para execução dos serviços de radiodifusão por entidade com a edição da Medida Provisória nº 70, de 01.10.2002, que dispôs sobre a participação de capital estrangeiro em empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens. Referida Medida Provisória modificou a redação do § 3º do art. 12 do Decreto-lei nº 236, de 1967, para finalidade de restringir a aplicação dos limites de propriedade de empresas de radiodifusão apenas a sócio, acionista ou cotista que,

Por outro lado, o Decreto nº 2.108, de 24.12.1996, que altera dispositivos do Regulamento dos Serviços de Radiodifusão, aprovado pelo Decreto nº 52.795, de 31.10.1963, estabeleceu que a mesma entidade ou as pessoas que integram o seu quadro societário e diretivo não poderiam ser contempladas com mais de uma outorga do mesmo tipo de serviço de radiodifusão na mesma localidade. As redes de televisão brasileiras, contando com o aparente beneplácito do Ministério das Comunicações, costumam ignorar esse dispositivo¹⁷⁵.

Outro instrumento que possibilitou a formação de redes nacionais de televisão e a concentração de poder na atividade de radiodifusão é o **contrato de afiliação**. O contrato de afiliação consiste em acordo firmado entre uma estação geradora de programação (chamada de “cabeça-de-rede”) e uma entidade que explora localmente um canal de televisão, chamada de afiliada¹⁷⁶. Por esse instrumento, a estação “cabeça-de-rede” fornece à afiliada sua programação (novelas, telejornais, *shows* de variedades, filmes, eventos esportivos etc.), em troca do direito de explorar com exclusividade a

direta ou indiretamente, detivesse percentual igual ou superior a 20% (vinte por cento) das ações ou cotas representativas do capital social, total e votante, de outras concessionárias ou permissionárias de serviços de radiodifusão. A Medida Provisória nº 70, de 2002, também excluiu os investimentos de carteira de ações das limitações à titularidade de empresas concessionárias ou permissionárias dos serviços de radiodifusão estabelecidas no art. 12 do Decreto-lei nº 236, de 1967, desde que o seu titular não indicasse administrador em mais de uma empresa executante de serviço de radiodifusão, ou em suas respectivas controladas, nem detivesse mais de uma participação societária que configurasse controle ou coligação em tais empresas. A Medida Provisória nº 70, de 2002, foi convertida pelo Congresso Nacional na Lei nº 10.610, de 20.12.2002, que regulamentou a participação de capital estrangeiro nas empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens. A Lei nº 10.610, de 2002, não acolheu o artigo que modificava a redação do § 3º do art. 12 do Decreto-lei nº 236, de 1967. Pelo contrário, a Lei nº 10.610, de 2002, determina que, em sua aplicação, deverá ser obedecido o disposto no art. 12 do Decreto-lei nº 236, de 1967. No entanto, a Lei nº 10.610, de 2002, na mesma linha da Medida Provisória nº 70, de 2002, determinou que a limitação estabelecida no art. 12 do Decreto-lei nº 236, de 1967, não se aplica aos investimentos em carteira de ações, desde que seu titular não indique administrador em mais de uma empresa executante de serviço de radiodifusão, ou em suas respectivas controladoras, nem detenha mais de uma participação societária que configure controle ou coligação em tais empresas.

¹⁷⁵ Nesse sentido, vejam-se os exemplos, na cidade de São Paulo, (i) do grupo Bandeirantes, que possui os canais Band (canal 13 em VHF) e Play TV (antigo Canal 21) (canal 21 em UHF), cujo conteúdo é produzido pela empresa Gamecorp, e (ii) da Record, que além da Rede Record (canal 7 VHF) iniciou recentemente a transmissão pelo canal 42 UHF do canal RecordNews.

¹⁷⁶ O contrato de afiliação pode ser visto sob duas perspectivas: como um mecanismo de concentração horizontal e como uma forma de integração vertical. Ele constitui uma forma de concentração horizontal na medida em que a emissora cabeça-de-rede – que normalmente desenvolve de forma verticalmente integrada as atividades de produção, programação e distribuição de programas televisivos – passa a “controlar” as operações de uma outra emissora que atua no mesmo mercado (televisão aberta). O contrato de afiliação revela-se também como mecanismo de integração vertical na medida em que permite a uma rede de televisão – que desenvolve atividades de produção de programas televisivos e programação – o acesso a um novo canal de distribuição, representado pela emissora afiliada.

publicidade no plano nacional¹⁷⁷. Assim, a estação “cabeça-de-rede” negocia o espaço publicitário de suas afiliadas no mercado nacional, ficando com uma parcela substancial da receita obtida, podendo a emissora afiliada comercializar o espaço publicitário regional. Pelo contrato de afiliação, a emissora afiliada, normalmente, fica proibida de transmitir programas de outras redes de televisão, podendo eventualmente veicular alguns programas por ela produzidos¹⁷⁸.

O contrato de afiliação pode ser entendido como uma forma de controle externo da emissora afiliada pela emissora cabeça-de-rede, pois esta passa a direcionar os negócios daquela¹⁷⁹. Com a afiliação, a emissora cabeça-de-rede adquire por vínculo contratual, e não em virtude de participação societária, o direito de decidir, em última instância, sobre a atividade empresarial a ser desenvolvida pela emissora afiliada. Assim, nas palavras de Fábio Konder Comparato, as redes nacionais de televisão, formadas por emissoras cabeça-de-rede e afiliadas, seriam verdadeiros “grupos econômicos de subordinação fundados em controle externo”¹⁸⁰.

Os limites legais de concentração de emissoras de radiodifusão são hoje abertamente descumpridos pelas redes privadas de televisão. Com base nos dados fornecidos pelo Sistema de Controle de Radiodifusão, gerenciado pelo Ministério das Comunicações, o FNDC - Fórum Nacional pela Democratização das Comunicações preparou, em julho de 2005, a tabela reproduzida abaixo, que indica as emissoras de televisão aberta vinculadas às redes nacionais¹⁸¹.

¹⁷⁷ O art. 12, § 7º do Decreto-lei nº 236, de 1967, que estabelece que empresas concessionárias ou permissionárias de serviço de radiodifusão não poderão estar subordinadas a outras entidades que se constituem com a finalidade de estabelecer direção ou orientação única, através de cadeias ou associações de qualquer espécie, permanece sem qualquer eficácia material no sistema jurídico nacional.

¹⁷⁸ Cf. André Mendes Almeida: *Mídia eletrônica: seu controle nos EUA e no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 118.

¹⁷⁹ Nesse sentido Fábio Konder Comparato: “Grupo societário fundado em controle contratual e abuso de poder do controlador”. In *Direito empresarial*. São Paulo: Saraiva, 1990, pp. 270-291.

¹⁸⁰ “Grupo societário fundado em controle contratual e abuso de poder do controlador”. In *Direito empresarial*, p. 283. Lesley Hitchens relata que a legislação australiana sobre radiodifusão “includes within the interpretation of ‘being in a position to exercise control’ the possibility that control could arise through selection of programming” (*Broadcasting pluralism and diversity: a comparative study of policy and regulation*. Oxford: Hart Publishing, 2006, p. 242).

Tabela 2 – Emissoras de TV vinculadas às redes nacionais

Rede	Próprias	Afiliadas	Total
Globo	20	94	114
SBT	11	47	68
Record	6	31	37
Bandeirantes	9	25	34
Independentes	24	1	25
Cultura	1	13	14
TV Omega – Rede TV!	6	9	14
Radiobrás	4	8	12
RD e TV OM Ltda.	2	4	6
Rede 21	1	3	4
Rede Mulher	2	1	3
Abril	2	--	2
CBI	2	--	2
Canção Nova	2	--	2
Rede Família	2	--	2
RD e TV Alteroza	--	1	1
Rede Boas Novas	--	1	1
Vida	1	--	1
TOTAL	94	238	332

Dentro desse quadro de concentração horizontal de emissoras de televisão, não se deve olvidar a participação de igrejas evangélicas. Segundo dados de reportagem da *Folha de S. Paulo* publicada em dezembro de 2007, somente a Igreja Universal do Reino de Deus, do bispo Edir Macedo, seria detentora de 19 emissoras de televisão e teria participação em outras 4 emissoras¹⁸¹. O controle ou arrendamento de canais de televisão por igrejas evangélicas tem crescido substancialmente nos últimos anos.

Venício A. Lima cita três fatores que têm contribuído para a concentração da propriedade das comunicações no Brasil: “(1) não há cumprimento da norma legal (Decreto 236/67) que limita a participação societária do mesmo grupo nas empresas de radiodifusão a cinco concessões em VHF, em nível nacional, e a duas em UHF, em nível regional (estadual). Só a Rede Globo de Televisão tem participação

¹⁸¹ O quadro Emissoras de TV vinculadas às redes nacionais está disponível no sítio da Internet: <http://www.fncc.org.br>, acessado em 02.09.2007.

¹⁸² Igreja controla maior parte de TVs do país. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 15.12.2007, Especial p. A-4.

societária em 32 emissoras de televisão, sendo que dez são próprias; (2) o período de carência legal para venda das concessões de radiodifusão, isto é, para a troca legal de proprietários, é de apenas cinco anos e, mesmo assim, é sabido que existem vendas antecipadas mediante a conhecida prática dos ‘contratos de gaveta’. Isso faz com que os eventuais concessionários independentes se sintam atraídos pela possibilidade de negociar suas concessões com os grandes proprietários e/ou vice-versa; e (3) não há normas ou restrições legais para a ‘afiliação’ de emissoras de radiodifusão, isto é, para a formação de redes nacionais e/ou regionais”¹⁸³.

Além da limitação à concentração de emissoras de radiodifusão, cumpre mencionar a limitação à concentração de licenças para exploração do serviço de MMDS. Na fase inicial de implantação do serviço no Brasil, a Norma nº 002/94 estabeleceu que cada entidade ou empresa coligada¹⁸⁴ somente teria permissão para explorar o serviço de MMDS, respeitados os seguintes limites: (i) no máximo, para 7 áreas de prestação do serviço com população igual ou superior a 700 mil habitantes, e (ii) no máximo, para 12 áreas de prestação do serviço com população igual ou superior a 300 mil habitantes e inferior a 700 mil habitantes. Referidos limites somente consideravam as áreas de prestação do serviço em que a operadora do serviço o explorava sem competição com outros prestadores de serviços de distribuição de sinais de televisão mediante assinatura, excluídos aqueles distribuídos via satélite. Atualmente, esses limites à concentração de licenças para a exploração do serviço de MMDS não são mais observados.

3.1.3 – Concentração multimídia (propriedade cruzada)

A concentração multimídia ou propriedade cruzada (*cross-ownership*) é aquela na qual uma pessoa ou empresa detém o controle de diferentes veículos de comunicação social (jornal, TV por assinatura, rádio etc.) em uma mesma localidade ou região.

O melhor exemplo de concentração multimídia ou propriedade cruzada de meios de comunicação social no Brasil é dado pelas Organizações Globo, da família

¹⁸³ “Comunicações no Brasil: novos e velhos atores”. In *Mídia: teoria e política*, p. 97.

¹⁸⁴ Para a Norma nº 002/94, considerava-se coligada a empresa que detivesse, direta ou indiretamente, pelo menos 20% de participação no capital votante de outra, ou quando os capitais votantes de ambas fossem detidos, direta ou indiretamente, em pelo menos, 20% por uma mesma pessoa ou empresa.

Marinho, que atuam nos segmentos de televisão aberta, televisão por assinatura, rádio, jornais e revistas, e provedor de acesso à Internet.

Tabela 3 – Atividades das Organizações Globo¹⁸⁵.

Rede de televisão aberta	<ul style="list-style-type: none"> - 5 emissoras próprias: São Paulo/SP, Rio de Janeiro/RJ, Brasília/DF, Belo Horizonte/MB e Recife/PE - 73 emissoras afiliadas cobrindo mais de 97% do território nacional
Produção / Programação	<ul style="list-style-type: none"> - Rede Globo de Televisão (incluindo Projac em Jacarepaguá) - Globosat: Globonews, SporTV (2 canais), Telecine (5 canais), GNT, Multishow, Universal Channel (em parceria com Universal Studios), Canal Brasil, Futura, Première (4 canais) - Globo Internacional
Rádios	<ul style="list-style-type: none"> - 15 emissoras de rádio (Sistema Globo de Rádio): Rádio Globo AM, Rádio Globo FM, Rede Mundial AM, CBN (SP/RJ/BH), entre outras
TV por assinatura: Cabo, MMDS e satélite	<ul style="list-style-type: none"> - Net Operadora (em parceria com a Telmex) presente em diversas cidades como São Paulo, Rio de Janeiro, Recife, Curitiba, Goiânia, Belo Horizonte, Brasília, Campinas, São Carlos, São José do Rio Preto, Sorocaba, Bauru, Ribeirão Preto, Piracicaba, Franca Londrina, Criciúma, Chapecó, entre outras. - Sky Brasil (47%, em parceria com Directv - News Corporation) - Net Serviços (programadora)
Cinema	Globo Filmes
Internet	<ul style="list-style-type: none"> - Provedor de acesso em banda larga: Virtua - Portal: Globo.com - Sítios: Globo.com e mais uma centena de sítios na Internet, e Planeta Imóvel (em parceria com o grupo O Estado de S. Paulo)
Revistas	<ul style="list-style-type: none"> - Editora Globo: Época, Quem, Marie-Claire (no Brasil), Turma da Mônica, Pequenas Empresas – Grandes Negócios e outras 7 revistas - Gráfica Globo Cochrane
Jornais	<ul style="list-style-type: none"> - O Globo, Diário de S. Paulo, Extra, Expresso, Valor Econômico (50%, em parceria com a Folha de S. Paulo)
Fonografia	<ul style="list-style-type: none"> - Som Livre e Sigla

¹⁸⁵ Tabela preparada conforme dados de Denis de Moraes: *O planeta mídia: tendências da comunicação na era global*. Letra Livre, 1998, p. 115 e ss.; Valério Cruz Brittos: “As Organizações Globo e a reordenação das comunicações”. *Revista Brasileira de Ciências da Comunicação*, São Paulo, vol. XXIII, n. 1, jan./jun. 2000, pp. 57-76; e Globo fatura R\$ 4,5 bi e emprega 20 mil. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 08.08.2003, p. A 14. Segundo informações, a família Marinho seria acionista de dezessete emissoras de televisão que compõem a Rede Globo, das quais quinze são em VHF. Recentemente, a família Marinho iniciou um processo de venda do controle societário de parcela das emissoras de televisão em que tinha participação societária. Apesar da venda do controle, a família Marinho conservaria uma participação minoritária (cerca de 10%) em referidas emissoras. Essa medida teria por objetivo gerar dinheiro para fazer face às dificuldades financeiras enfrentadas nos últimos anos pelas Organizações Globo.

Outro exemplo típico de propriedade cruzada de veículos de comunicação social é fornecido pela RBS - Rede Brasil Sul da família Sirotsky, afiliada da Rede Globo no Sul do País. A RBS (i) detém dezessete concessões de televisão, sendo treze no Rio Grande do Sul e quatro em Santa Catarina, e opera dois canais de televisão comunitária (TVCOM), em Porto Alegre e Florianópolis, e um canal voltado para o segmento do agronegócio (Canal Rural); (ii) controla diversos jornais nos Estados do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina (Zero Hora, de Porto Alegre; Jornal de Santa Catarina, de Blumenau; Jornal Pioneiro, de Caxias do Sul; e Diário Catarinense, de Florianópolis, entre outros), bem como (iii) possui vinte e seis emissoras de rádio AM e FM nos Estados do Rio Grande do Sul e Santa Catarina (Rádio Atlântida, Itapema FM, Rádio Cidade, Gaúcha, Rádio Farroupilha, Rádio Metrô, Rádio Rural, CBN Diário, entre outras). A RBS detém ainda dois grandes portais de Internet (clicRBS e hagah), uma editora (RBS Publicações), um selo fonográfico independente (Orbeat Music) e, até recentemente, possuía participação em empresas de televisão a cabo no sistema NET¹⁸⁶.

A concentração dos veículos de comunicação social no Brasil foi captada com grande acuidade pelas pesquisas realizadas pelo EPCOM – Instituto de Estudos e Pesquisas de Comunicação, coordenadas por Daniel Herz, em 2002. Tais pesquisas foram sistematizadas no quadro infográfico “Os donos da mídia”¹⁸⁷, que mostra que “6 Redes Privadas Nacionais, através de 138 Grupos Afiliados, controlam 668 veículos (TVs, rádios e jornais), instrumentos de poder regional e nacional”.

¹⁸⁶ Cf. Denis de Moraes: *O planeta mídia: tendências da comunicação na era global*, pp. 126-128; Suzy dos Santos: “RBS: a convergência das teles e da TV a cabo”. In: *Enfim, sós: a nova televisão no Cone Sul*. Porto Alegre: L&PM/CNPq, 1999, pp. 125-165; e informações disponíveis no sítio da Internet: <http://www.rbs.com.br>, acessado em 20.10.2007.

Tabela 4 – “Os donos da mídia”

<i>Grupos</i>	<i>Veículos Próprios</i>	<i>Grupos Afiliados</i>	<i>Mercado de TV (publicidade)</i>
Globo	23 veículos (6 TVs VHF, 7 rádios AM, 6 rádios FM e 4 jornais)	30 grupos, totalizando 204 veículos (89 TVs VHF, 8 TVs UHF, 34 rádios AM, 53 rádios FM, 20 jornais)	US\$ 1,590 bilhão
SBT	9 veículos (8 TVs VHF, 1 TV UHF)	47 grupos, totalizando 180 veículos (93 TVs VHF, 1 TV UHF, 25 rádios AM, 45 rádios FM, 1 rádio OT, 15 jornais)	US\$ 600 milhões
Bandeirantes	18 veículos (9 TVs VHF, 1 TV UHF, 2 rádios AM, 6 rádios FM)	34 grupos, totalizando 128 veículos (43 TVs VHF, 36 rádios AM, 40 rádios FM, 9 jornais)	US\$ 300 milhões
Record	39 veículos (15 TVs VHF, 5 rádios AM, 19 rádios FM)	28 grupos, totalizando 105 veículos (45 TVs VHF, 20 rádios AM, 32 rádios FM, 8 jornais)	US\$ 240 milhões
Rede TV!	5 veículos (5 TVs VHF)	12 grupos, totalizando 37 veículos (14 TVs VHF, 1 TV UHF, 7 rádios AM, 10 rádios FM, 2 rádios OT, 3 jornais)	US\$ 150 milhões
CNT	5 veículos (4 TVs VHF e 1 TV UHF)	1 grupo, totalizando 1 veículo (1 TV VHF)	US\$ 60 milhões

De acordo com o infográfico “Os donos da mídia”, as seis redes privadas de televisão (Globo, SBT, Bandeirantes, Record, Rede TV! e CNT) controlam diretamente ou por intermédio de contratos de afiliação nada menos que 296 emissoras de televisão aberta e 372 outros veículos de comunicação social (emissoras de rádio e jornais) no país.

3.1.4 – Concentração multissetorial (conglomerado)

A concentração multissetorial ou formação de conglomerados é a forma de concentração empresarial na qual uma pessoa, empresa ou grupo exerce atividades em setores econômicos distintos.

Ao tratar da macro-empresa, Fábio Konder Comparato observou que “a severa experiência da grande crise de 1929 deu ensejo a um novo tipo de concentração de

¹⁸⁷ O infográfico “Os donos da mídia” está disponível no sítio da Internet: <http://www.fndc.org.br/arquivos/donosdamidia.pdf>, acessado em 04.07.2006.

empresas no mundo capitalista, com a chamada integração complementar, ou conglomerado. Ao revés do que sucede na concentração clássica – horizontal ou vertical – em que o grupo empresarial permanece no mesmo setor econômico, o conglomerado representa a diversificação de participações financeiras nos mais variados mercados. Com essa dispersão dos riscos operacionais, atenuam-se as flutuações cíclicas, ou setoriais, assegurando-se ao grupo econômico uma expansão regular e grande capacidade financeira em qualquer setor onde opere”¹⁸⁸.

A formação de conglomerados não é fenômeno recente, mas recebeu impulso significativo no Brasil a partir dos anos 1960, com diversos incentivos jurídicos e fiscais, como já abordado no Capítulo 1 desta parte.

Referindo-se à formação de conglomerados, afirma Calixto Salomão Filho que “trata-se de categorial residual, que engloba concentrações em que as atividades dos agentes econômicos não guardam qualquer relação entre si. É categoria muito discutida em doutrina e cujo controle é bastante limitado”¹⁸⁹. A concentração multissetorial (conglomerados) não tem recebido a devida importância no tocante ao setor de comunicação social¹⁹⁰.

Autores costumam citar a Fininvest de Silvio Berlusconi, na Itália, e a General Electric, nos Estados Unidos, como exemplos de concentração multissetorial. A Fininvest era originalmente uma empresa imobiliária que se expandiu para o setor de televisão. Já a General Electric é uma grande produtora de bens semiduráveis, sobretudo eletrodomésticos, e que também atua nas áreas de armamentos e defesa, que controla também a rede de televisão NBC¹⁹¹. No Brasil, talvez o caso do SBT – Sistema Brasileiro de Televisão possa ser caracterizado – ainda que de forma imperfeita – como um exemplo de concentração multissetorial. A rede de televisão aberta integra o grupo Silvio Santos e

¹⁸⁸ *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1970, pp. 6-7.

¹⁸⁹ *Direito concorrencial: as estruturas*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 279.

¹⁹⁰ Relata Eric M Barendt o seguinte: “of equal concern, though less often discussed in British literature, is the phenomenon of *multi-sectoral integration*, where broadcasting companies are controlled by, for example, parts of the defense industry or property companies” (*Broadcasting law: a comparative study*, p. 124).

¹⁹¹ Cf. Eric Barendt: *Broadcasting Law: a comparative study*, p. 124.

foi constituída para permitir o desenvolvimento da atividade de venda de títulos de capitalização realizada por meio dos carnês do *Bau da Felicidade*¹⁹²

Vale observar que a legislação brasileira não impõe limites específicos à formação de conglomerados envolvendo atividades de comunicação social (concentração multissetorial). O único dispositivo legal que, de alguma forma, restringe esse tipo de concentração é o artigo 15 da Lei nº 8.977, de 06.01.1995 (Lei da TV a cabo), que estabelece que as concessionárias de telecomunicações somente serão autorizadas a operar serviço de TV a cabo na hipótese de desinteresse manifesto de empresas privadas, caracterizado pela ausência de resposta a edital relativo a uma determinada área de prestação do serviço.

A concentração do poder econômico no setor de mídia em também uma implicação direta no campo político. A propósito, não se deve esquecer da advertência de Calixto Salomão Filho: “o poder econômico no mercado, quando excessivo, tende à criação de verdadeiros centros políticos de poder paralelo, com interesses próprios e que procuram (e freqüentemente conseguem) influenciar o centro estatal de decisões políticas. A ameaça à ordem democrática é evidente”¹⁹³.

3.2 – Controle oligárquico dos canais de radiodifusão

Paralelamente à concentração econômica, é preciso atentar para outro fenômeno específico do setor de comunicação social brasileiro: o controle de canais de radiodifusão por oligarquias políticas regionais e locais.

Antes de mais manda, vale observar que a legislação brasileira sobre radiodifusão parece ter favorecido o controle dos canais por grupos familiares¹⁹⁴. Nesse

¹⁹² Ver a propósito Maria Celeste Mira: *Circo eletrônico: Silvio Santos e o SBT*. São Paulo: Edições Loyola/Olho D'Água, [s.d.], pp. 9 e seguintes; e Roberto Amaral e Cesar Guimarães: “Media monopoly in Brazil”. *Journal of Communication*, vol. 44, nº 4, Autumn 1994, p. 33.

¹⁹³ *Direito concorrencial: as estruturas*, p. 53.

¹⁹⁴ As Constituições brasileiras, ao longo do tempo, têm restringido a participação de pessoas jurídicas e de sociedades anônimas no capital de empresas jornalísticas e de radiodifusão. A Constituição brasileira de 1946, por exemplo, vedava a propriedade de empresas jornalísticas, quer políticas quer simplesmente noticiosas, assim como a de empresas de radiodifusão, a sociedades anônimas por ações ao portador e a estrangeiros. Nem esses, nem pessoas jurídicas, excetuados os partidos políticos nacionais, poderiam ser

sentido, afirma Venício A. de Lima que “há mais de 50 anos as Constituições brasileiras têm restringido a propriedade de empresas jornalísticas e de radiodifusão por parte de pessoas jurídicas, sociedades anônimas por ações e estrangeiros. (...) O objetivo dos legisladores, a exemplo do que se faz em outros países, seria permitir a identificação plena dos proprietários e impedir o controle do setor pelo capital estrangeiro. Todavia, uma das consequências indiretas indesejáveis da norma – ao impedir a propriedade de pessoas jurídicas – tem sido o controle histórico do setor por pessoas físicas, vale dizer, por ‘empresas’ familiares”¹⁹⁵.

Venício A. de Lima apresenta a seguinte tabela com os grupos familiares na radiodifusão brasileira¹⁹⁶:

Tabela 5 – Grupos familiares na radiodifusão brasileira

Nacionais	TV	Rádio
Marinho (Globo)	32	20
Saad (Bandeirantes)	12	21
Abravanel (SBT)	10	---
Regionais	TV	Rádio
Sirotsky (RBS-Sul)	20	20
Câmara (Centro Oeste)	08	13
Daou (Norte)	05	04
Zahran (Mato Grosso)	04	02
Jereissati (Nordeste)	01	05

acionistas de sociedades anônimas proprietárias dessas empresas (art. 160). A Constituição de 1967, por sua vez, estabelecia que a propriedade de empresas jornalísticas, de qualquer espécie, inclusive de televisão e de radiodifusão, era vedada a estrangeiros, a sociedades por ações ao portador e a sociedades que tivessem, como acionistas ou sócios, estrangeiros ou pessoas jurídicas, exceto os partidos políticos (art. 166). O texto constitucional de 1969 (art. 174) reproduziu de forma quase idêntica a disposição contida no artigo 166 da Constituição de 1967. Já o texto original da Constituição de 1988 – antes da Emenda Constitucional nº 36, de 28.05.2002 – determinava que a propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens era privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos. Estipulava ainda que a participação de pessoa jurídica no capital de empresa jornalística ou de radiodifusão era vedada, exceto no caso de partidos políticos e de sociedade cujo capital pertencesse exclusivamente e nominalmente a brasileiros. Ainda assim tal participação, segundo o texto constitucional original de 1988, somente poderia ocorrer através de capital sem direito a voto e não poderia exceder a 30% do capital social (art. 222).

¹⁹⁵ “Comunicações no Brasil: novos e velhos atores”. In *Mídia: teoria e política*, p. 104.

¹⁹⁶ “Comunicações no Brasil: novos e velhos atores”. In *Mídia: teoria e política*, p. 106. Afirma ainda o autor que “às oito famílias acima listadas na área de radiodifusão (que atuam em outras formas de mídia impressa e eletrônica), devem ser acrescentados os seguintes seis grupos familiares que também controlam as comunicações no Brasil: Civita (Abril); Mesquita (grupo OESP); Frias (grupo Folha); Nascimento Brito (*Jornal do Brasil*); Martinez (CNT); e Levy (*Gazeta Mercantil*)” (“Comunicações no Brasil: novos e velhos atores”. In *Mídia: teoria e política*, p. 106).

Cumpra pontuar que, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 36, de 28.05.2002, que alterou a redação do artigo 222 da Constituição Federal, foi autorizado o controle de empresas jornalísticas e de radiodifusão por pessoas jurídicas¹⁹⁷.

3.2.1 – Concessão de canais de radiodifusão e clientelismo político

Antes de examinarmos o controle de canais de radiodifusão por oligarquias regionais e locais, é preciso abordar, ainda que brevemente, a forma pela qual tais canais de radiodifusão são outorgados a ocupantes de cargos políticos.

Embora os serviços de radiodifusão (rádio e televisão aberta) possuam natureza de serviço público para o direito brasileiro, conforme previsão do artigo 21, XII, “a” da Constituição Federal, sua prestação foi delegada a entidades privadas por meio dos institutos da concessão e da permissão¹⁹⁸.

Durante muito tempo, o direito brasileiro atribuiu ao Presidente da República a prerrogativa exclusiva de outorgar concessões e permissões para exploração dos serviços de radiodifusão. A Constituição Federal de 1988, embora tenha mantido a competência do Poder Executivo federal para outorgar e renovar concessão, permissão ou autorização para os serviços de radiodifusão (art. 223), inovou ao atribuir ao Congresso Nacional competência para apreciar os atos de concessão e renovação de emissoras de rádio e de televisão aberta (art. 49, XII).

Ocorre, porém, que as outorgas de concessões e permissões de canais de televisão e também de rádio foram orientadas, durante praticamente toda a história da

¹⁹⁷ A redação do artigo 222 da Constituição Federal passou a ser a seguinte: “Art. 222. A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País. § 1º. Em qualquer caso, pelo menos setenta por cento do capital total e do capital votante das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens deverá pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, que exercerão obrigatoriamente a gestão das atividades e estabelecerão o conteúdo da programação. (...)”.

¹⁹⁸ O artigo 21, XII, “a” da Constituição Federal dispõe o seguinte: “Art. 21. Compete à União: (...) XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: (a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens (...)”.

radiodifusão brasileira, menos por critérios republicanos fundados no interesse público do que por razões políticas e práticas clientelistas – e até mesmo fisiológicas.

“De um modo geral”, sustenta Sonia Virgínia Moreira, “pode-se afirmar que o sistema brasileiro de concessões de canais de rádio e TV, a partir da segunda metade da década de 1960, passou a ser fortemente influenciado por questões políticas. Durante o governo militar, inúmeros políticos e simpatizantes do regime conseguiram amealhar um número significativo de emissoras, especialmente de rádio, distribuídas por todas as regiões do país”¹⁹⁹.

Como se sabe, o governo militar (1964-1985) pautou sua política de concessão de canais de rádio e de televisão por critérios de escolha compatíveis com a doutrina da segurança nacional. Para evitar contestações e legitimar o regime, bem como exercer um controle sobre o fluxo de informações no território nacional, os diversos governos militares privilegiaram, no momento da outorga de concessões e permissões de canais de rádio e de televisão, políticos ou representantes de setores econômicos que apoiavam o regime ditatorial²⁰⁰.

Para definir a natureza da política dos governos militares no tocante à radiodifusão, Suzeley Kalil Mathias advoga a tese “clientelista”, segundo a qual, mesmo durante o regime militar, as concessões de canais de radiodifusão eram utilizadas para “troca de favores” políticos. Na sua visão, “mais do que para uma política pública desenvolvimentista e preocupada com a segurança (o que corroboraria com o núcleo duro dos discursos presidenciais do período), a ação governamental está voltada para uma

¹⁹⁹ “A legislação dos meios eletrônicos (TV e rádio) nos Estados Unidos e no Brasil”. *Comunicação & Sociedade*, n. 24, 1995, p. 45. Para uma ilustrativa descrição dos métodos utilizados por Assis Chateaubriand para a obtenção de concessões de canais de televisão mesmo antes de 1964, ver Fernando Moraes: *Chatô: o rei do Brasil, a vida de Assis Chateaubriand*. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

²⁰⁰ Com base em estudo sobre a estrutura da televisão brasileira, realizado pela ABEPEC - Associação Brasileira de Ensino e Pesquisa da Comunicação, no ano de 1978, escreveu José Marques de Melo, no início da década de 1980, que “um dado revelador, que permite vislumbrar a tendência predominante no complexo nacional de TV, é o fato de que aproximadamente 2/3 dos atuais canais em funcionamento foram concedidos após 1964 (isso, sem contar os repasses), o que significa dizer que o processo de seleção seguiu os critérios peculiares à doutrina da segurança nacional vigente no país, eliminando quaisquer grupos ou entidades que pudessem vir a esboçar oposição ao governo militar. Exemplo disso é a constatação (...) de que nenhum canal de televisão no Brasil está em mãos de pessoas vinculadas ao partido oposicionista [na época o Movimento Democrático Brasileiro – MDB], enquanto se verifica um grande contingente de donos de TV vinculados, direta ou indiretamente, ao partido governista [na época a Aliança Renovadora Nacional – ARENA]” (“As relações de poder na televisão brasileira”. *Vozes*, vol. 75, n. 9, nov. 1981, pp. 23/24).

questão de mercado político ou de *lobby*, que influencia as escolhas governamentais no sentido da utilização das concessões estatais como moeda de apoios políticos”²⁰¹.

Se durante o regime militar o critério predominante para concessão de canais de rádio e televisão era o do apoio à ditadura, com a redemocratização do País, iniciada em 1985, e o advento da chamada “Nova República”, as concessões passaram definitivamente a representar verdadeira moeda de troca utilizada nas negociações e acordos do Presidente da República com membros do Congresso Nacional e líderes políticos nacionais e regionais.

Durante os cinco anos do governo do Presidente José Sarney, as concessões de rádio e de televisão eram “a moeda mais forte para a conquista do apoio político que o delicado momento exigia. Se de 1922 a 1963 (em 41 anos) o número de outorgas de frequências de emissoras de rádio AM, FM e TV em VHF foi de 807, de 1964 a 1985 (em 21 anos) esse número subiu para 1.240 e no governo Sarney, de 1985 a 1988 (em apenas quatro anos) as outorgas alcançaram a impressionante cifra de 1.028 (...). O maior número de concessões durante o governo Sarney ocorreu justamente em seu último ano de mandato, 1988, coincidindo com o período de votação de tópicos cruciais da Constituinte, entre elas a ampliação do mandato presidencial de quatro para cinco anos, que viria a beneficiar diretamente Sarney. Assim, é no período de janeiro a outubro de 1988 que as concessões atingem seu ponto máximo, com a outorga de 539 emissoras de rádio e de televisão”²⁰².

²⁰¹ “O clientelismo do governo militar nas comunicações”. *Comunicação e Política*, nova série, vol. X, nº 1, jan./abr. 2003, pp.132-133. Ainda segundo a autora, “o número médio de outorgas entre 1963 e 1990, último ano em que o Executivo pode centralizar as concessões, é de 8,22 estações anuais. Neste aspecto, pode-se notar que há um crescimento substancial em épocas nas quais o poder público parece procurar apoio político, o inverso ocorrendo nos momentos de hegemonia do grupo no poder. É o que sugere, por exemplo, os dados relativos ao governo Médici: o governo considerado o mais autoritário do período, mas o que possuía maior coesão interna, também foi o que concedeu o número menor de estações de rádio e televisão (média de 0,25 e 1,75 respectivamente para estações de rádio e televisão). Na mesma linha, o período seguinte apresenta um aumento substancial tanto relativamente a Médici quanto frente aos governos anteriores. No governo Geisel a média anual foi de 27,8 concessões de rádio e de 7,6 de televisão, e foi nesta gestão que se colocou em prática o projeto de distensão que, como defendemos em outro momento, não era unânime nem mesmo dentro do próprio governo. O que chama mais atenção, no entanto, é o crescimento relativo apresentado em anos como 1977 (Pacote de Abril) e 1982 (eleições diretas para governos estaduais), justamente momentos em que o Executivo Federal encontrou maiores obstáculos a continuidade de seu projeto, tendo adotado medidas que em pareciam (*sic*) desviá-lo do caminho traçado” (*Ibidem*, pp.133-134)

²⁰² Maria das Graças Conde Caldas: *Latifúndio no ar (mídia e poder na Nova República)*. Tese de doutorado. São Paulo: Escola de Comunicação e Artes da Universidade de São Paulo (orientador: Luiz Roberto Alves), 1995, pp. 114-117, *passim*.

A prática de trocar canais de rádio e de televisão por favores políticos ainda não pode ser considerada extirpada da vida política brasileira. A herança patrimonialista na formação do Estado brasileiro e as práticas clientelistas, típicas do “coronelismo”, parecem ter deixado marcas indelévels, sobretudo no tocante ao trato das concessões e permissões de canais de radiodifusão.

Após dois meses de pesquisas para o jornal *Correio Braziliense*, Sylvio Costa e Jayme Brener apuraram que o governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso foi pródigo na outorga de autorizações para operação de serviços de retransmissão de televisão (RTV), por ocasião da votação da emenda constitucional da reeleição em 1996²⁰³. Segundo levantamento feito por Sylvio Costa e Jayme Brener junto ao Ministério das Comunicações, o governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, por intermédio de seu Ministro das Comunicações Sérgio Motta, outorgou nada menos que “1.848 RTVs: 527 entregues a empresas de comunicação sem vínculos político-partidários, 479 a prefeituras municipais, 472 a empresas e entidades ligadas a igrejas, 102 a fundações educativas e, o que mais importa (...) 268 para entidades ou empresas controladas por 87 políticos - 19 deputados federais e seis senadores, todos favoráveis à reeleição; além de 2 governadores, 11 deputados estaduais, 7 prefeitos, 8 ex-deputados federais, 3 ex-governadores, 8 ex-prefeitos e outros 23 políticos”²⁰⁴.

A imprensa brasileira, em diversas reportagens investigativas, tem evidenciado que as práticas clientelistas na concessão de canais de televisão e rádio ainda persistem. Vejamos alguns exemplos:

- a) Em 2000, surgiram denúncias de que, desde sua posse como Ministro das Comunicações, em janeiro de 1999, Pimenta da Veiga já tinha concedido trinta e sete licenças, sem licitação e gratuitas,

²⁰³ Ver nesse sentido “Coronelismo eletrônico: o governo Fernando Henrique e o novo capítulo de uma velha história”. *Comunicação & Política*, vol. IV, n. 2, nova série, mai./ago. 1997, pp. 29-53.

²⁰⁴ Dessa investigação, concluíram os autores que “grande parte das RTVs entregues a políticos foi outorgada por portarias assinadas em dezembro de 1996. Um mês antes, portanto, da votação em primeiro turno da emenda constitucional da reeleição na Câmara dos Deputados. Depois de passar praticamente todo o ano de 1995 sem distribuir RTVs, o ministro Sérgio Motta - que coordenou o processo de arregimentação de votos pró-reeleição - assinou, naquele mês, portarias de outorga de aproximadamente 400 repetidoras, sobretudo para empresas e entidades controladas por políticos e para prefeituras” (“Coronelismo eletrônico: o governo Fernando Henrique e o novo capítulo de uma velha história”. *Comunicação & Política*, vol. IV, n. 2, nova série, mai./ago. 1997, p. 31).

para emissoras de televisão educativa, sendo nove no seu Estado de origem, Minas Gerais²⁰⁵.

- b) No ano de 2001, novas denúncias veiculadas pelo jornal *Folha de S. Paulo* davam conta de que o então Ministro das Comunicações Pimenta da Veiga estaria privilegiando seus aliados políticos por ocasião da concessão de autorizações para a exploração de rádios comunitárias no Estado de Minas Gerais²⁰⁶.
- c) Em agosto de 2002, reportagem do jornal *Folha de S. Paulo* informava que, em sete anos e meio de governo, o Presidente Fernando Henrique Cardoso tinha outorgado 357 canais de rádio e de televisão educativos, sem licitação. Embora a maior parte dos canais tenha sido destinada a universidades, igrejas e profissionais de radiodifusão, grande número teria sido outorgado a fundações ligadas a políticos. A distribuição tinha sido concentrada nos três anos que Pimenta da Veiga ocupou o cargo de Ministro das Comunicações²⁰⁷.
- d) Nova reportagem do mês de dezembro de 2002, realizada pelo jornal *O Estado de S. Paulo*, informava que, em pouco mais de dois meses após a eleição presidencial, o Senado tinha aprovado 291 concessões e/ou permissões de canais radiodifusão. Entre as outorgas aprovadas, estavam incluídas 16 concessões de TVs educativas, sendo 9 delas para o Estado de Minas Gerais, domicílio eleitoral do ex-ministro Pimenta da Veiga²⁰⁸.

²⁰⁵ A festa das outorgas para TVs educativas. Revista *Telecom*. São Paulo, ano 14, n. 155, maio 2001, pp. 50-51. A mesma reportagem informa que alguns canais de televisão outorgados pelo Ministro Pimenta da Veiga estariam sendo utilizados para outros fins que não educativos e cita como exemplos a Fundação Paiva Neto, de São José dos Campos, pertencente à Legião da Boa Vontade e a Fundação Sara Nossa Terra (TV Gênesis), pertencente à Federação Nacional da Comunidade Evangélica Sara Nossa Terra que estariam utilizando as emissoras de televisão, supostamente educativas, para fazer proselitismo religioso.

²⁰⁶ Cf. Pimenta distribui rádios a aliados em MG. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 21.10.2001, p. A-6.

²⁰⁷ FHC distribui rádios e TVs educativas para políticos. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 25.08.2002, p. A-4.

²⁰⁸ Senado aprova 291 concessões em 2 meses e meio. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 23.12.2002, publicada no sítio da Internet: <http://www.estadao.com.br>, acessado em 23.12.2002. No mesmo sentido, Governo libera TVs na reta final. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 27.12.2002, p. A-6.

- e) Em junho de 2006, reportagem do jornal *Folha de S. Paulo* registrava que, em três anos e meio de governo do Presidente Luís Inácio Lula da Silva, foram outorgadas 110 emissoras educativas, sendo 29 televisões e 81 rádios; desse total, pelo menos 7 concessões de televisão e 27 rádios educativas teriam sido distribuídas a fundações ligadas a políticos²⁰⁹.

As práticas clientelistas no tocante à concessão e permissão de canais de rádio e televisão constituem um obstáculo à pluralidade de opiniões na medida em que, como moeda de troca política, os canais de radiodifusão são normalmente outorgados a simpatizantes do governo de turno²¹⁰.

Em paralelo às práticas clientelistas dos sucessivos governos brasileiros no tocante à concessão de canais de radiodifusão, é preciso investigar o particular interesse de nossos homens políticos pelo controle desse tipo de veículo de comunicação.

3.2.2 – Coronelismo eletrônico

Um fenômeno da radiodifusão brasileira, que torna sua estrutura particular, é o fato de grande número de canais de rádio e de TV aberta serem controlados por políticos. A compreensão do interesse dos homens políticos brasileiros por canais de radiodifusão parece decorrer, em grande medida, do legado patrimonialista da política brasileira e da insuperável confusão entre patrimônio privado e coisa pública que parece existir do lado de baixo do Equador.

Identificar com segurança e confiabilidade os verdadeiros proprietários dos veículos de comunicação, mesmo em se tratando de canais de radiodifusão – e, portanto, objeto de concessão ou permissão outorgada pelo Poder Público²¹¹ – não é tarefa

²⁰⁹ Governo Lula distribui TVs e rádios educativas a políticos. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 18.06.2006, p. A-4.

²¹⁰ Nesse sentido, Sérgio Caparelli e Suzy dos Santos: “Coronéis eletrônicos, voto e censura prospectiva”. *Vozes*, nº 4, vol. 96, ano 2002, pp. 14-24.

²¹¹ Como visto, o artigo 21, XII, “a” da Constituição Federal de 1988 atribui competência à União para explorar os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão.

fácil. Nessa área, é comum a prática de diversas artimanhas para camuflar o verdadeiro controlador do veículo de comunicação, tais como uso de “laranjas” e “testas-de-ferro” e registro de sociedades e concessões/permits em nome de parentes.

Apesar das dificuldades, algumas investigações jornalísticas e pesquisas cruzando os dados do Ministério das Comunicações²¹², do TSE – Tribunal Superior Eleitoral e das Juntas Comerciais, foram capazes de identificar, com razoável grau de confiabilidade, os verdadeiros controladores de canais de rádio e de televisão aberta. Nesse sentido, vejamos:

- a) Em maio de 1995, uma reportagem do jornal *Folha de S. Paulo* revelou que um em cada seis integrantes do Congresso Nacional estava vinculado a emissoras de rádio ou de televisão. Com base em levantamento feito junto ao cadastro do próprio Ministério das Comunicações, verificou-se que (i) 83 dos 513 deputados federais e (ii) 13 dos 81 senadores eram sócios ou pertenciam a famílias de sócios de empresas detentoras de concessões para os serviços de rádio ou de televisão²¹³.
- b) Outra reportagem da *Folha de S. Paulo*, em agosto de 2001, confirmou que 250 concessões de canais de televisão comercial (24% do total) existentes no país pertenciam a políticos, sendo que esse número não levava em conta as concessões de canais de televisão educativa nem as retransmissoras de televisão²¹⁴.
- c) Em abril de 2003, reportagem do jornal *Folha de S. Paulo* informava que pelo menos 26% dos 50 deputados designados para compor a Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática da Câmara Federal eram proprietários de emissoras de rádio ou TV aberta. A Comissão em questão é a responsável pela análise de leis que tratem de matéria relativa à radiodifusão e

²¹² O Ministério das Comunicações somente tornou pública a relação dos sócios das emissoras de rádio e televisão em novembro de 2003, por determinação do então ministro Miro Teixeira.

²¹³ Um em cada 6 congressistas tem rádio ou TV. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 14.05.1995, p. 1-12.

²¹⁴ Políticos controlam 24% das TVs do país. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 06.08.2001, p. A 6.

também de emitir pareceres sobre a outorga e renovação de canais de radiodifusão²¹⁵.

- d) Levantamento concluído em 2004 pelo EPCOM – Instituto de Estudos e Pesquisas em Comunicação, de Porto Alegre/RS, realizado pelo pesquisador James Görden, sob a supervisão do jornalista Daniel Herz, apontava que, na legislatura 2002-2006, 28 senadores (cerca de 35% do total) eram controladores de emissoras de rádio ou televisão, em nome próprio ou de terceiros²¹⁶.
- e) Em 25.10.2005, o PROJOR – Instituto para o Desenvolvimento do Jornalismo, associação mantenedora do *Observatório da Imprensa* (nas suas versões na Internet, na televisão e no rádio), com base em pesquisa feita pelo Professor Venício A. de Lima (do Núcleo de Estudos de Mídia e Política da Universidade de Brasília), encaminhou à Procuradoria Geral da República representação informando não só que 51 deputados e senadores seriam concessionários de rádio e televisão, em afronta a dispositivos da Constituição Federal (arts. 54, I e 55, I), mas alguns deputados e senadores, concessionários de canais de rádio e de televisão, teriam participado de reuniões da Comissão de Ciência, Tecnologia, Comunicação e Informática da Câmara de Deputados e da Comissão de Educação do Senado Federal, comissões essas incumbidas, justamente, de tratar das outorgas e renovações de concessões de canais de rádio e televisão²¹⁷.
- f) Em julho de 2006, reportagem do jornal *O Estado de S. Paulo* revelou que 50 dos 513 Deputados seriam proprietários diretos (isto é, em nome próprio) de emissoras de radiodifusão. Ademais, pelo menos 25 Senadores deteriam, direta ou indiretamente, veículos de

²¹⁵ Donos de TV atuam em comissão da Câmara. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 21.04.2003, p. A-5.

²¹⁶ O levantamento feito pelo EPCOM está disponível na Internet no sítio: <http://www.fndc.org.br>, acessado em 02.09.2007.

²¹⁷ A representação do Projo e o estudo do Prof. Venício A. de Lima estão disponíveis no sítio da Internet: <http://observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/biblioteca>, acessado em 08.10.2007.

comunicação social. Ressalva a reportagem que, se consideradas as emissoras de rádio e de televisão em nome de parentes e “testas-de-ferro”, o número poderia subir muito²¹⁸.

- g) Recentemente, em dezembro de 2006, o jornal *O Estado de S. Paulo* noticiou que 31 dos 51 deputados federais investigados sob acusação de serem donos de emissoras de rádio e de TV aberta conseguiram se reeleger nas eleições legislativas de 2006²¹⁹.
- h) Em junho de 2007, pesquisa realizada por Venício A. de Lima e Cristiano Aguiar Lopes, para o *Observatório da Imprensa*, demonstrou que também as rádios comunitárias têm sido utilizadas como moeda de barganha política. Segundo dados da pesquisa, das 2.205 rádios comunitárias outorgadas entre 1999 e 2004, nada menos que 1.106 (isto é, 50,2% do total) possuíam vínculo político (aferido com base na análise da diretoria da associação que opera a emissora comunitária). As rádios comunitárias, segundo os autores, “são, por razões legais, técnicas, econômicas e políticas, tipicamente fenômenos comunicacionais com abrangência apenas municipal. Portanto, seus vínculos políticos tendem a privilegiar uma atuação de proselitismo em nível municipal, compatível com sua área de abrangência”²²⁰.
- i) O projeto Donos da Mídia do EPCOM – Instituto de Estudos e Pesquisas em Comunicação, coordenado por James Görgen, identificou 271 políticos como sócios ou diretores de empresas de radiodifusão no Brasil²²¹. Segundo mapeamento dos Donos da Mídia, 20 senadores, 48 deputados federais, 55 deputados estaduais

²¹⁸ Fora da lei, 1 em cada 10 deputados detém concessão de rádio ou TV. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 02.07.2006, p. A-4.

²¹⁹ 61% da bancada investigada por controlar emissoras se reelege. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 06.12.2006, p. A-8.

²²⁰ “Coronelismo eletrônico de novo tipo (1999-2004): rádios comunitárias – as autorizações de emissoras como moeda de barganha política”. Disponível no sítio da Internet: http://observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/download/Coronelismo_eletronico_de_novo_tipo.pdf, acessado em 08.10.2007.

²²¹ Ver sítio da Internet: <http://donosdamidia.epcom.inf>, acessado em 01.07.2008.

e 147 prefeitos são oficialmente sócios ou diretores de emissoras de rádio ou televisão aberta.

O controle de emissoras de radiodifusão por deputados federais e senadores ocorre por todo o País, mas é mais acentuado, ao que tudo indica, nas regiões Norte e Nordeste, onde as mais importantes emissoras de televisão, pertencem a famílias de políticos tradicionais como, para citar os exemplos mais conhecidos, Albano Franco (Estado de Sergipe), João Alves (Estado de Sergipe), família do falecido senador Antonio Carlos Magalhães (Estado da Bahia), família Sarney (Estado do Maranhão), família Collor de Melo (Estado de Alagoas), Garibaldi Alves (Estado do Rio Grande do Norte), Tasso Jereissati (Estado do Ceará), Inocêncio de Oliveira (Estado de Pernambuco), Jader Barbalho (Estado do Pará). Além desses, importantes políticos possuem canais de radiodifusão em outros Estados da federação, entre outros, Wellington Salgado (Estado de Minas Gerais) e José Carlos Martinez (Estado do Paraná)²²².

Procurando sistematizar o controle de emissoras de televisão por políticos, Suzy dos Santos construiu a seguinte tabela²²³:

²²² Cf. Venício A. de Lima: “Comunicações no Brasil: novos e velhos atores”. In *Mídia: teoria e política*, p. 108.

²²³ Suzy dos Santos e Sérgio Caparelli: “Coronelismo, radiodifusão e voto: a nova face de um velho conceito”. In Valério Cruz Brittos e César Ricardo Siqueira Bolaño (orgs.): *Rede Globo: 40 anos de poder e hegemonia*. São Paulo: Paulus, 2005, p. 94.

Tabela 6 – Outorgas de televisão controladas por políticos

Estados	Geradora		Retransmissora	
	Quantidade	Total (%)	Quantidade	Total (%)
AC	2	40	1	1,06
AL	3	60	14	12,84
AM	3	42,85	72	29,75
AP	2	50	5	15,15
BA	8	57,14	392	55,44
CE	5	55,5	103	30,11
DF	1	9,1	3	11,53
ES	1	9,1	1	0,50
GO	10	62,5	213	42,68
MA	8	72,7	178	58,74
MG	13	27,65	37	2,66
MS	1	9,09	8	3,22
MT	3	33,3	23	8,07
PA	4	40	43	14,19
PB	3	50	12	13,04
PE	2	20	6	3,87
PI	4	57,14	53	56,38
PR	15	41,6	131	27,75
RJ	5	26,31	33	8,22
RN	6	85,71	13	12,74
RO	2	33,33	37	24,02
RR	2	100	3	6,81
RS	2	7,69	16	2,08
SC	5	25	76	9,88
SE	2	50	21	35,00
SP	13	20,63	56	3,22
TO	3	60	81	52,25
Total	128	33,6	1765	18,3

Essa situação de concentração de canais de radiodifusão nas mãos de políticos é chamada por muitos autores de “coronelismo eletrônico”, nova face do velho mecanismo coronelista, tradicional da política brasileira. Segundo Suzy dos Santos, “chamamos de coronelismo eletrônico o sistema organizacional da recente estrutura brasileira de comunicações, baseado no compromisso recíproco entre poder nacional e

poder local, configurando uma complexa rede de influências entre o poder público e o poder privados dos chefes locais, proprietários de meios de comunicação”²²⁴.

Não obstante as diferenças históricas entre o coronelismo retratado por Victor Nunes Leal no livro clássico *Coronelismo, enxada e voto* e o coronelismo eletrônico contemporâneo, não há como negar a continuidade do sistema de reciprocidade entre os chefes políticos locais e estaduais e a situação política dominante no plano nacional, baseado na concessão de favores entre amigos, à custa do erário público. “No Brasil das duas últimas décadas podemos estabelecer a atualização do conceito de coronelismo trabalhado em Victor Nunes Leal para o de coronelismo eletrônico através da adição das empresas de comunicação de massa, em especial as de radiodifusão, como um dos vértices do compromisso de troca de proveitos. Assim, a parceria entre redes de comunicações nacionais e os chefes políticos locais torna possível uma concentração casada da audiência e da influência política da qual o poder público não pode prescindir”²²⁵.

Em pesquisa realizada por Israel Fernando de Carvalho Bayma para a assessoria técnica do Partido dos Trabalhadores na Câmara dos Deputados, no ano de 2001, constatou-se que os políticos aliados dos governos de turno são os grandes beneficiários das concessões de canais de radiodifusão (rádio e televisão aberta)²²⁶.

A partir do cruzamento de dados da ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações e do Ministério das Comunicações com informações do TSE – Tribunal Superior Eleitoral, Israel Bayma verificou que, do universo de 3.315 concessões de canais de radiodifusão (rádio e televisão aberta), 37,5% do total (pouco mais de 1.220) eram exploradas por políticos do PFL – Partido da Frente Liberal (atualmente Democratas),

²²⁴ “E-Sucupira: o coronelismo eletrônico como herança do coronelismo nas comunicações brasileiras”. *Revista da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação*, dez. 2006, p. 8, disponível no sítio da Internet: <http://www.compos.com.br/e-compos>, acessado em 14.10.2007.

²²⁵ Suzy dos Santos e Sérgio Caparelli: “Coronelismo, radiodifusão e voto: a nova face de um velho conceito”. In Valério Cruz Brittos e César Ricardo Siqueira Bolaño (orgs.): *Rede Globo: 40 anos de poder e hegemonia*, p. 84. Em outra oportunidade, afirmaram os mesmos autores que “a expressão *coronelismo eletrônico* refere-se à relação de clientelismo político entre os detentores do Poder Público e os proprietários de canais de televisão, o que configura uma barreira à diversidade representativa que caracterizaria uma televisão onde o interesse público deveria ser priorizado em relação aos interesses particulares” (“Coronéis eletrônicos, voto e censura prospectiva”. *Vozes*, nº 4, vol. 96, ano 2002, p. 17).

²²⁶ Ver dados da pesquisa em “A concentração da propriedade de meios de comunicação e o coronelismo eletrônico no Brasil”. *EPTIC - Revista de Economia Política das Tecnologias da Informação e Comunicação*, vol. III, n. 3, set./dez. 2001, disponível no sítio da Internet: <http://www.eptic.com.br/revista>, acessado em 20.08.2002.

17,5% das emissoras de radiodifusão possuíam como sócios políticos ligados ao PMDB – Partido do Movimento Democrático Brasileiro. Políticos do PPB – Partido Progressista Brasileiro (atual PP – Partido Progressista) estavam ligados a 12,5% das emissoras de radiodifusão e, por fim, políticos do PSDB – Partido da Social Democracia Brasileira e do PSB – Partido Socialista Brasileiro participavam de 6,25% das emissoras de radiodifusão. A participação de políticos de todos os demais partidos em canais de rádio e de televisão aberta respondia por outros 5% do total²²⁷.

A Lei nº 4.117, de 1962 (modificada pela Lei nº 10.610, de 2002) – vale lembrar – estipula que pessoa que esteja no gozo de imunidade parlamentar ou de foro especial não pode exercer as funções de diretor ou gerente de empresa concessionária, permissionária ou autorizada de serviço de rádio e de televisão aberta (art. 38, parágrafo único). Ademais, a Constituição Federal, em seu artigo 54, I, determina que “os deputados e senadores não poderão, desde a expedição do diploma, firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes”. O deputado ou senador que infringir tal proibição fica sujeito à perda de mandato, conforme previsto no artigo 55, I da Constituição Federal.

Ao problema do controle de canais de rádio e televisão pelas elites políticas estaduais acrescentam-se outros dois ingredientes que o tornam ainda mais delicado: a) as emissoras de televisão controladas por elites políticas regionais são normalmente afiliadas da Rede Globo de televisão, grupo preponderante no setor de comunicação social brasileiro, ou de outra rede nacional de televisão (SBT ou Bandeirantes); e b) os canais de radiodifusão fazem parte de grupos de mídia hegemônicos no plano dos estados²²⁸. A concentração dos meios de comunicação também no plano regional, dos Estados-membros, tem implicações diretas no próprio sistema democrático,

²²⁷ Isto significa, em outras palavras, que a base aliada do governo do então Presidente Fernando Henrique Cardoso dominava, em 2002, nada menos, que 73,75% do total das emissoras de radiodifusão do País.

²²⁸ Sobre a concentração da mídia no plano estadual, Roberto Amaral e César Guimarães observam o seguinte: “concentration in the in the national sphere is reproduced on the state level, where, generally, the most important television channel rebroadcast the images of the Globo network and is owned by the local publisher of the main newspaper, who also owns a shortwave, medium wave, and FM radio network. The local newspaper gets its news mainly from the Globo News Agency. (...) The analysis of 21 of the 27 Brazilian states shows that in 19 states the leading newspapers are linked in ownership with a television station. In 12 states, the leading newspaper is linked to a TV station that is part of the Globo network” (“Media monopoly in Brazil”. *Journal of Communication*, vol. 44, nº 4, Autumn 1994, pp. 30-32).

na medida em que os grupos de mídia hegemônicos no plano dos Estados-membros são ligados ou estão a serviço, muitas vezes, das elites políticas regionais e locais²²⁹.

A tabela a seguir mostra com clareza que grande parcela das emissoras afiliadas e das retransmissoras da Rede Globo são controladas por políticos.

Tabela 7 – Afiliadas da Rede Globo vinculadas a políticos²³⁰

Estados	Geradora		Retransmissora	
	Total (%)	Quantidade	Total (%)	Quantidade
AL	100	1	100	8
BA	100	6	100	311
CE	100	1	100	58
GO	100	8	100	85
MA	100	4	100	97
MG	25	2	22	13
PA	66,6	2	--	0
PB	100	2	100	5
PE	66,6	2	66,6	4
PI	100	2	--	--
RJ	40	2	30	6
RN	100	1	100	3
SE	100	1	100	16
SP	28,5	4	32,6	31
TO	100	2	100	68
Total	39,6	40	49,5	705

Obs.: outorgas em nome próprio ou de parentes

A afiliação das emissoras de televisão aberta dos grupos hegemônicos no plano estadual às principais redes nacionais de televisão (notadamente, Globo, mas também SBT e Bandeirantes) forma um vínculo político importante, com interesses

²²⁹ Observam Roberto Amaral e César Guimarães: “local media owners support the politicians they like, and sometimes transform themselves into politicians with the help of their press and television outlets” (“Media monopoly in Brazil”. *Journal of Communication*, vol. 44, nº 4, Autumn 1994, p. 32).

²³⁰ Suzy dos Santos e Sérgio Caparelli: “Coronelismo, radiodifusão e voto: a nova face de um velho conceito”. In Valério Cruz Brittos e César Ricardo Siqueira Bolaño (orgs.): *Rede Globo: 40 anos de poder e hegemonia*, p. 92.

comuns, entre as redes privadas de televisão e as elites políticas regionais e seus representantes no Congresso nacional (deputados e senadores).

As emissoras de televisão dos grupos estaduais, com o contrato de afiliação, beneficiam-se do conteúdo audiovisual (programas) e da audiência das grandes redes nacionais de televisão. Essa situação permite aumentar o potencial do canal de televisão como instrumento de promoção regional de aliados políticos e ataque a inimigos.

Nesse sistema, as redes nacionais de televisão obtêm também benefícios importantes: além da penetração de sua programação em todo o território nacional, recebem elas a solidariedade das elites políticas locais e regionais, inclusive no que concerne à atuação parlamentar no Congresso Nacional. O contrato de afiliação aparece, assim, como o traço de união não só econômica, mas política entre as emissoras de televisão aberta dos grupos hegemônicos no plano estadual e as principais redes nacionais de televisão.

Fecha-se o círculo. Unem-se os interesses do poder econômico e das oligarquias regionais e locais. De um lado, estruturas concentradas de poder no setor de mídia de massa, beneficiárias da legitimidade adquirida historicamente pelo poder econômico no Brasil. De outro, elites políticas locais e regionais constituídas sob a influência do legado patrimonialista da política brasileira e alimentadas por práticas clientelistas, que transformam bens públicos, como os canais de radiodifusão, em instrumentos de acumulação de riqueza e poder por grupos privados.

Conclusões

A concentração do poder é uma constante no processo de formação econômica do Brasil. As estruturas econômicas herdadas do período colonial, marcadas por profunda concentração do poder econômico nas mãos de poucos grupos, prolongaram-se por muito tempo e ainda constituem a tônica da economia nacional.

No modelo primário-exportador oriundo do Pacto Colonial, o cultivo de produtos tropicais voltados para a exportação esteve baseado no binômio grande plantação – mão-de-obra escrava, fazendo com que tais atividades ficassem restritas apenas aos agentes privados que possuísssem capacidade de mobilizar grandes somas de capital.

O ciclo do ouro, ao longo do século XVIII, representou, no entanto, uma inflexão, em certa medida, no modelo concentrador típico da economia açucareira. Na economia mineira não predominou a exploração de grandes minas, mas a extração de ouro de aluvião, encontrado no fundo dos rios; tal forma de extração do ouro permitiu o acesso de grande número de homens livres que trabalhavam de forma artesanal. O incremento da renda e do comércio na Colônia gerados pelo ciclo do ouro, não foi capaz de fomentar o desenvolvimento da produção de manufaturas no território brasileiro, a qual foi obstada pela subordinação da Colônia aos interesses da Metrópole e pela significativa dependência de Portugal em face da Inglaterra. Diversos autores reconhecem que a produção brasileira de ouro, que começou na primeira metade do século XVIII, conferiu grande impulso à demanda luso-brasileira de manufaturados, gerando possibilidades extraordinárias para os produtos ingleses.

A divisão internacional do trabalho, estabelecida pelo sistema capitalista comandado pela Inglaterra, ao tempo da Revolução Industrial, estava baseada no sistema de vantagens relativas, que reservou aos países latino-americanos o papel de produtores de alimentos e matérias-primas. A divisão internacional do trabalho contribuiu de forma significativa para manter o modelo primário-exportador como principal pólo econômico na generalidade dos países latino-americanos, inclusive o Brasil, até as primeiras décadas do século XX.

No século XIX, o ciclo do café representa um momento de renascimento do modelo primário-exportador e de grande expansão econômica do Brasil. Contudo, a empresa cafeeira surge também fincada no binômio grande propriedade rural e mão-de-obra escrava. A acumulação de capital gerada pela cultura cafeeira está na base de desenvolvimento industrial. A burguesia cafeeira é a origem da burguesia industrial brasileira.

Na evolução histórica da economia brasileira, como bem observa Calixto Salomão Filho, o poder econômico, “elemento formador da economia colonial baseada no monopólio exportador e importador da metrópole, torna-se fator central das fases econômicas sucessivas, transplantando-se da economia agrícola para a industrial”²³¹. A industrialização brasileira não rompe com a estrutura concentrada de poder, típica do modelo agrário-exportador; pelo contrário, a reproduz em certa medida e sob nova roupagem.

Embora a industrialização brasileira, baseada na substituição de importação, tenha representado uma estratégia de desenvolvimento que efetivamente provocou uma mudança substancial na natureza da economia nacional (anteriormente centrada no modelo primário-exportador), ela não foi capaz de modificar a estrutura de concentração de poder existente na economia. A industrialização brasileira, baseada na substituição de importações, apresentou elevado grau de monopolização ou oligopolização em diversos setores.

A concentração de poder na indústria nacional foi favorecida pela ação estatal e pelo incremento da participação de empresas multinacionais a partir dos anos 1960. O capital estrangeiro que ingressa no Brasil é basicamente representado pelas grandes empresas oligopolistas dos países industrializados, notadamente norte-americanas e européias. A política econômica da segunda metade do século XX, sobretudo após o golpe de 1964, amparou-se em forte presença estatal na economia, mediante a realização de investimentos em infra-estrutura e nas indústrias de base, bem como no apoio e estímulo ao grande capital privado (seja nacional seja estrangeiro). Demais disso, os planos nacionais de desenvolvimento, ao longo da década de 1970, implementaram medidas expressamente orientadas para encorajar a fusão de empresas e a formação de grandes conglomerados financeiros e industriais nacionais, destinados a competir com empresas estrangeiras. Some-se a isso, uma aplicação bastante leniente da legislação antitruste pelos órgãos de defesa da concorrência e temos os ingredientes necessários para um cenário persistente de concentração do poder econômico na economia brasileira.

²³¹ Poder econômico. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 20.08.2007, p. A-3.

Paralelamente à concentração do poder no processo de formação da econômica do Brasil, dois elementos marcam de forma indelével a evolução histórica do sistema político brasileiro: a) a herança patrimonialista, e b) as práticas clientelistas.

Na visão de Raimundo Faoro (*Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*), o patrimonialismo se caracteriza (i) por ser uma forma de dominação que assenta sua legitimidade no tradicionalismo: assim é porque sempre foi; (ii) pela posição de elite política ocupada pelo estamento, o qual se apropria da direção da economia e do comando e coordenação de grande número de negócios “públicos”; e (iii) pela fluida e nebulosa distinção entre as esferas do público e do privado. O Estado patrimonialista, segundo Faoro, surge no final da Idade Média com a formação do Reino de Portugal, atravessa o oceano largo, chega ao Brasil e perdura como estrutura político-social até, pelo menos, a República Velha. O legado patrimonialista, porém, ainda é bem presente na vida política nacional. A confusão entre bem particular e coisa pública persiste como traço marcante na vida política brasileira.

Durante a República Velha (1889-1930), o “coronelismo” ganha força como fenômeno político. A descentralização do poder, implementada pelo regime republicano, permite que os presidentes de província, em troca de apoio político, passem a conceder a patente de “coronel” da Guarda Nacional a líderes políticos locais, normalmente grandes latifundiários. O “coronelismo”, segundo Victor Nunes Leal (*Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo, no Brasil*), é um sistema de reciprocidade pelo qual o chefe político local (o “coronel”) oferece ao grupo político dominante da esfera estadual os votos dos eleitores de sua região (“voto de cabresto”) em troca de empregos para os apaniguados políticos e outros favores pagos com o dinheiro do erário público. Esse regime de troca de favores, baseado em última análise na indistinção entre as esferas pública e privada, deixa como legado para o sistema político brasileiro um conjunto de práticas “clientelistas”, caracterizadas pela concessão de favores ou presentes pelo agente político para seus amigos ou correligionários visando à busca de apoio político.

Essas características da formação econômica do país e do sistema político brasileiro têm reflexo na evolução histórica dos meios de comunicação social, assim como no panorama atual do setor de mídia no Brasil.

A imprensa surgiu tardiamente em terras brasileiras. Depois de uma primeira fase artesanal, marcada por pequenos jornais de origens político-partidárias, a imprensa, com a passagem do século XIX para o XX, ganhou contornos de negócio, organizado sob a forma de empresa industrial. O jornalismo tornou-se progressivamente uma atividade empresarial, exigindo organização e capital, e regendo-se pelas regras do sistema capitalista. Na lógica capitalista, as empresas de comunicação passaram a acumular veículos de mídia.

Com o desenvolvimento do rádio e da televisão, ao longo do século XX, a tendência de concentração de veículos de comunicação (jornais, revistas, emissoras de rádio e de televisão) por um único grupo empresarial se acentua. Esse fenômeno concentracionista na mídia é facilitado pela ausência no Brasil de leis proibindo a integração de veículos multimídia (propriedade cruzada) por um mesmo grupo empresarial. A primeira experiência vitoriosa de formação de um conglomerado de veículos de comunicação social foi concretizada pelo grupo *Diários e Emissoras Associados* de Assis Chateaubriand.

A televisão foi introduzida no Brasil em 1950 em razão do pioneirismo de Chateaubriand. Durante as décadas de 1950 e 1960, a televisão brasileira, de forma específica, e os meios de comunicação social brasileiros, de maneira geral, foram caracterizados pelo predomínio do conglomerado de empresas de comunicação *Diários e Emissoras Associados* de Assis Chateaubriand. O surgimento da TV Globo em meados da década de 1960 marca uma inflexão na história da comunicação social no Brasil. Assiste-se, a partir do final dos anos 1960, ao declínio do grupo *Diários e Emissoras Associados* e à ascensão da Rede Globo, que passa a ser líder de audiência e a receber a maior fatia do bolo de verbas publicitárias destinadas à televisão, bem como a consolidar-se como o mais importante grupo de comunicação social do país.

O retrato da comunicação social brasileira, traçado por diversos estudos, mostra que a concentração econômica na mídia se apresenta sob a forma de (i) integração vertical (aquela que ocorre em diferentes níveis da cadeia de produção de um determinado produto ou serviço), (ii) integração horizontal (aquela que ocorre entre empresas situadas na mesma posição na cadeia produtiva); e (iii) integração multimídia ou propriedade

cruzada de veículos (aquela na qual uma empresa detém o controle de diferentes veículos de comunicação social – jornal, rádio, televisão, TV por assinatura – em uma mesma localidade ou região). A legislação do setor tem sido historicamente leniente ao não prever dispositivos – com exceção do desacreditado art. 12 do Decreto-lei nº 236, de 1967 – que limitem ou proíbam a concentração da propriedade de diversos veículos por um mesmo grupo empresarial ou família.

Ao lado da concentração econômica, pode-se observar outro fenômeno específico do setor de comunicação social brasileiro: o controle de canais de radiodifusão por oligarquias políticas regionais e locais. É o que alguns autores denominaram de “coronelismo eletrônico”, isto é, uma relação de clientelismo entre ocupantes de cargos públicos e proprietários de canais de televisão, o que configura uma barreira à diversidade que deveria caracterizar o setor de televisão aberta, onde o interesse público deveria assumir uma posição de primazia em relação aos interesses particulares. Demais disso, diversas investigações, sobretudo, jornalísticas, evidenciaram que as concessões de canais de rádio e de televisão foram orientadas, durante praticamente toda a história da radiodifusão brasileira, menos por critérios republicanos fundados no interesse público do que por práticas clientelistas, servindo como verdadeira “moeda de troca” na busca de apoio político para o grupo ocupante do Poder Executivo.

PARTE 2 – PLURALISMO NO SETOR DE COMUNICAÇÃO SOCIAL: DEMOCRACIA, DESENVOLVIMENTO E NORMAS CONSTITUCIONAIS

Nesta segunda parte do trabalho, nosso intuito é analisar os elementos axiológico-normativos que permitam criticar a realidade existente no setor de comunicação social brasileiro e combater a visão determinista segundo a qual a realidade concentrada do setor seria um fenômeno natural ou o produto inexorável da história.

Avançamos as seguintes afirmações como hipóteses de trabalho genéricas para nossa reflexão: (i) o pluralismo de idéias e opiniões está intimamente associado à noção de democracia; (ii) os meios de comunicação social constituem o principal elemento da esfera pública contemporânea e o *locus* central do debate político na sociedade de massas e devem estar subordinados ao princípio do pluralismo; (iii) a difusão da informação e do conhecimento, aliada ao pluralismo de informação, contribui para a promoção do desenvolvimento econômico e social; e (iv) a Constituição Federal de 1988 institui o pluralismo como princípio norteador do setor de comunicação social, assegurou aos brasileiros direitos à comunicação social (liberdade de expressão e direito à informação) que conferem fundamento de validade à idéia de pluralismo de informação e proscreeva estruturas concentradas de poder no setor de mídia.

Nossa tarefa nesta parte do trabalho consistirá em identificar e coletar subsídios para demonstrar a robustez dessas hipóteses. Em primeiro lugar, analisaremos as relações entre democracia e pluralismo, bem como o conceito atual de esfera pública. Trataremos também do papel da mídia na fiscalização das ações governamentais. Em seguida, procuraremos entender o papel da difusão da informação e do pluralismo na promoção do desenvolvimento. Por fim, dedicaremos também nossa atenção ao tratamento conferido pela Constituição Federal de 1988 ao princípio do pluralismo e à organização do setor de comunicação social.

Capítulo 1 – O papel do pluralismo na democracia e na promoção do desenvolvimento

A idéia de pluralismo de informação e de opiniões encontra-se intimamente ligada não só com a noção de democracia, mas também com a de promoção do desenvolvimento.

1.1 – Democracia e pluralismo

O pluralismo de idéias e opiniões ocupa um lugar de destaque na teoria da democracia. Como veremos a seguir, apesar da dificuldade na conceituação da democracia, não se pode desmerecer o papel do pluralismo no funcionamento do regime democrático. Demais disso, a atualização da noção Habermasiana de esfera pública permite vislumbrar com clareza a importância dos meios de comunicação social, orientados pelo princípio do pluralismo, para o debate informado de assuntos de interesse coletivo. Em complemento, não se descuidará da contribuição, para o ideal de democracia, do papel da mídia na fiscalização do governo e no combate ao despotismo e à corrupção.

1.1.1 – Democracia: uma noção polissêmica

A noção de democracia é polissêmica, isto é, possui diversos significados. As diversas teorias democráticas concordam que a democracia está fundada na possibilidade de participação do povo na formação da vontade política. A característica fundamental da democracia é a idéia de “governo do povo”.

Embora concordando com a noção de democracia como “governo do povo”, os autores divergem quanto à extensão do poder popular na democracia: alguns sustentam que ele (o povo) se limitaria a eleger representantes que tomariam as decisões em seu nome (democracia liberal ou representativa) e outros advogam que o povo deve participar efetiva e diretamente do processo de tomada de decisões (democracia

participativa ou semi-direta)²³². Esses modelos são simplificações da realidade. Não existem concretamente de forma pura e ideal; sua maior virtude é, por meio da simplificação, destacar seus elementos marcantes e ajudar na análise e compreensão da realidade.

No modelo da democracia representativa (ou indireta), a população elege periodicamente seus representantes que governam a *polis* em nome dela. A democracia representativa é muito ligada à idéia de democracia elitista, pois, no final das contas, o governo da coisa pública é exercido por um grupo restrito de pessoas (elite) que, na qualidade de representante do povo, controla o poder político e toma as decisões governamentais.

No modelo da democracia participativa (ou semi-direta), a influência da população vai além da eleição periódica de representantes. Ele se caracteriza por um ativismo maior da população na formação da vontade política e na tomada de decisões sobre o governo da coisa pública. São institucionalizados mecanismos diversos que facilitam ou encorajam a participação no governo da *polis* (plebiscitos, referendos, recall, iniciativa popular na proposição de leis, orçamento participativo, etc.)²³³. A democracia participativa pode ter diversos graus em função dos mecanismos institucionalizados de participação da população e do efetivo emprego de tais mecanismos.

É indisputável que, pelo menos a partir de 1985, a sociedade brasileira fez uma opção clara pela democracia como sistema de governo. Com o advento da Constituição Federal de 1988, a democracia passou a ser um princípio central do sistema jurídico brasileiro. Nesse sentido, o preâmbulo da Constituição fala da intenção da Assembléia Constituinte de instituir, com o novo texto constitucional, um Estado Democrático no Brasil. Da mesma forma, o art. 1º da Constituição afirma que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito.

²³² Não é objetivo deste trabalho examinar os diversos aspectos do conceito de democracia e as controvérsias doutrinárias sobre a extensão do poder do povo na democracia. Nossa intenção é bem mais modesta. Procuraremos apenas abordar alguns aspectos da relação entre democracia e pluralismo.

²³³ Ver a propósito Roberto Amaral: “A democracia representativa está morta; viva a democracia participativa!”. In Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (orgs.): *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, pp. 19-56.

Demais disso, parece-nos plausível argumentar que a Constituição Federal de 1988 fez uma opção clara no sentido de se caminhar de um modelo de democracia representativa para um modelo com traços marcantes de democracia participativa (semi-direta)²³⁴. Segundo a Constituição Federal, a democracia brasileira está fundada no princípio da soberania popular; a propósito, o parágrafo único do art. 1º da Constituição prescreve que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”. A soberania popular manifesta-se tanto na eleição de representantes como, de forma mais abrangente, no governo da coisa pública. Para tanto, o texto constitucional, em seu art. 14, previu que “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular”²³⁵.

É importante destacar, porém, que em qualquer das duas perspectivas (democracia representativa e democracia participativa), cada cidadão possuiria a capacidade e a prerrogativa de opinar seja para escolher seus representantes, seja para deliberar sobre um determinado assunto de interesse coletivo. Portanto, nos modelos de democracia, dois elementos parecem incontornáveis: (i) possibilidade dos cidadãos elegerem representantes e ainda, para alguns, tomarem decisões, e (ii) a igualdade formal dos cidadãos (princípio “cada cidadão, um voto”). No entanto, a participação dos cidadãos na vida democrática – seja para eleger seus representantes, seja para deliberar diretamente sobre questões políticas – exige a obtenção de informações²³⁶.

1.1.2 – O papel do pluralismo de opinião na democracia

A democracia exige uma cidadania participativa e bem informada. Para tanto, é necessário, de um lado, uma ampla difusão de informações pela sociedade e, de outro lado, a circulação de uma pluralidade de idéias e de opiniões sobre assuntos de interesse coletivo.

²³⁴ Ver nesse sentido José Afonso da Silva: *Curso de direito constitucional positivo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, pp.137 e seguintes.

²³⁵ Ver a respeito Maria Victoria de Mesquita Benevides: *A cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular*. São Paulo: Editora Ática, 1991.

²³⁶ John Keane sustenta que “democracy requires informed citizens. Their capacity to produce intelligent agreements by democratic means can be nurtured only when they enjoy equal and open access to diverse sources of opinion” (*The media and democracy*. Cambridge: Polity Press, 1994, p. 176).

Sustenta Carlos Roberto Siqueira de Castro que “democracia e informação são, (...) no plano das realidades virtuais da organização democrática, conceitos complementares entre si, pois é exatamente no sistema do pluralismo de opinião onde avulta a importância da informação como fator de formação da consciência coletiva, na qual assenta a fonte primacial do poder na comunidade política. Pode-se afirmar, nessa ordem de idéias, que o grau de qualidade da democratização do acesso e da distribuição da informação condiciona e caracteriza o nível de aperfeiçoamento da democracia praticada em cada país. Onde verificar-se a oligarquização da informação, sua disponibilidade exclusiva ou majoritária pelas elites dominantes e a exclusão das grandes massas desse insumo básico da consciência crítica, longe se estará do patamar igualitário em que deve radicar o regime democrático”²³⁷.

A ligação entre democracia e informação da população é antiga. James Madison, já no século XIX, afirmava que “um governo popular sem informação popular, ou os meios para sua aquisição, nada mais é do que o prólogo de uma farsa, de uma tragédia, ou de ambas as coisas”²³⁸.

A democracia se distingue dos regimes autoritários por pressupor a existência de uma pluralidade de visões e correntes políticas e por permitir a livre circulação de informações e a expressão das diversas correntes de pensamento e de opinião. Nos regimes autoritários, a informação é controlada, a opinião do ditador de plantão é a que prevalece e o espaço para o debate de idéias é limitado, senão inexistente.

A importância do pluralismo de idéias políticas e de correntes de pensamento e de opinião na democracia está atrelada à crença de que cada indivíduo é um ser livre e autônomo, com capacidade para pensar e agir. O pluralismo de idéias e opiniões fornece ao indivíduo subsídios para pensar e decidir sobre assuntos de interesse coletivo.

A teoria da democracia enfatiza, numa visão mais liberal, que cada cidadão ou grupo possui seus próprios interesses e valores, e, numa perspectiva mais

²³⁷ *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 438.

²³⁸ No original: “A popular government without popular information, or the means of acquiring it, is but a prologue to a farce or a tragedy, or perhaps both” (carta de James Madison para W. T. Barry, datada de 4 de

republicana, que existem ideais e valores comuns que unem a coletividade. Na perspectiva liberal, a democracia deve proporcionar a oportunidade para os cidadãos ou grupos expressarem seus interesses e valores individuais ou particulares. Já na perspectiva republicana, a democracia serve para a discussão e construção de ideais e valores comuns (bem comum ou interesse coletivo).

A perspectiva liberal é passível de crítica na medida em que está centrada em interesses egoístas das pessoas ou grupos. A visão liberal estaria focada apenas em interesses econômicos dos indivíduos. O indivíduo é visto apenas como consumidor. Na perspectiva republicana, as pessoas agem como membros de uma coletividade ou de uma *polis* (portanto, como co-cidadãos), possuem preocupações comuns e estão interessadas não apenas no bem-estar individual, mas também no bem-estar da coletividade. Essa perspectiva admite que as pessoas podem agir de forma altruísta ou solidária e não apenas de forma egoísta e individualista. Para a perspectiva liberal, o que não pode ser negado é que os indivíduos e os grupos sociais possuem interesses distintos e, por vezes, conflitivos. Isso exige negociações e concessões para a manutenção da vida em comum.

Em ambas as perspectivas (liberal ou republicana) a pluralidade de vozes e de correntes de pensamento e de opinião ocupa papel central. A democracia é essencialmente um regime pluralista, no qual não se pode afastar a disputa ou escamotear a diferença de opinião²³⁹. A democracia é o regime da disputa e do conflito, do debate e do diálogo, e também – e talvez de maneira preponderante – o da construção do consenso. O sistema democrático funda-se na crença da possibilidade de coexistência pacífica, ainda que conflitiva, das diversas correntes de idéias e pensamentos existentes no seio da sociedade. O conflito político na democracia não se resolve pela aniquilação do inimigo, mas sim na prevalência temporária de algumas idéias e opiniões sobre outras. Ademais, o sistema democrático permite a alternância no poder e, em certa medida, a reversibilidade

agosto de 1822) (*Apud* Robert W. McChesney: “Making media democratic”, artigo disponível no sítio da Internet: <http://bostonreview.mit.edu>, acessado em 15.08.2002).

²³⁹ Jean-Pierre Bizeau observa que “le caractère pluraliste de la vie politique se traduit par le fait que les citoyens ont le droit d’avoir des opinions différentes, non seulement sur la marche courante des affaires publiques mais aussi sur le fondement et l’organisation de la société et qu’ils ont le droit de les exprimer à l’occasion d’élections disputées, c’est-à-dire d’élections impliquant un choix direct et libre de la part des électeurs quant aux candidats, aux programmes et aux partis auxquels ils appartiennent” (“Pluralisme et démocratie”. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à L’étranger*, mar./abr. 1993, p. 522).

de decisões²⁴⁰. Na democracia, o confronto de idéias e opiniões permite (i) aos grupos e correntes de pensamento tentar convencer os demais cidadãos e (ii) aos cidadãos de tomar suas decisões sobre assuntos de interesse político, social e econômico de maneira consciente, por meio do mecanismo majoritário.

O pluralismo de idéias e de correntes de pensamento e opinião não é um elemento estático em uma sociedade democrática. Pelo contrário. A diversidade de idéias e opiniões tem caráter dinâmico, é uma construção diária e ininterrupta. Idéias novas surgem no seio da sociedade. Correntes de pensamento e opinião se renovam constantemente. A abertura para o novo é que faz da democracia um regime compatível com a mudança social, econômica e política. Na democracia, as idéias e correntes de opinião hoje minoritárias podem se tornar majoritárias amanhã.

Sustenta Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho que “em um sistema democrático, onde o poder político repousa no povo, que o exerce por representantes eleitos ou diretamente, sobreleva a necessidade de cada membro do povo fazer opções políticas sobre a vida nacional. Não só no processo eleitoral, mas por meio de plebiscitos ou referendos, o povo exerce o seu poder político. Para poder optar, para poder decidir com consciência, indispensável que esteja inteirado de todas as circunstâncias e conseqüências de sua opção e isso só ocorrerá se dispuser de informações sérias, seguras e imparciais de cada uma das opções, bem como da existência delas”²⁴¹.

A efetiva participação dos cidadãos na vida política depende cada vez mais do acesso a informações e opiniões sobre assuntos políticos e culturais veiculadas pelos meios de comunicação social. Pode-se sustentar que, atualmente, o acesso aos meios de comunicação social seria um requisito para a participação do cidadão na vida política de uma sociedade de massa. Isso porque é principalmente por intermédio da mídia que o cidadão entra em contato com as correntes de pensamento e opinião e recebe as informações e pontos de vista necessários para a tomada de decisões políticas.

²⁴⁰ Nesse sentido, John Keane argumenta que “democratic procedures are superior to all other types of decision making, not because they guarantee both a consensus and ‘good’ decisions, but because they provide citizens who are affected by certain decisions with the possibility of reconsidering their judgments about the quality and unintended consequences of these decisions. (...) They enable some citizens to tell others what they do not want to hear. Democratic procedures enable citizens to think twice and to say no” (*The media and democracy*, pp. 177-178).

²⁴¹ *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 53.

1.1.3 – A noção de esfera pública

A noção de esfera pública está associada à formulação desenvolvida por Jürgen Habermas em seu trabalho clássico *Mudança estrutural da esfera pública* (1962). Nesse livro, Habermas, a partir de um estudo histórico do desenvolvimento econômico e social do Reino Unido, da Alemanha e da França, procura mostrar o surgimento e posterior desintegração do que ele denominou de *esfera pública burguesa*.

Ao longo dos séculos XVI e XVII, a Europa assiste ao desenvolvimento do capitalismo mercantil. Nesse contexto econômico, Habermas identifica a ocorrência de importantes transformações no plano social e político. Para ele, os salões e cafés em Paris e Londres no final do século XVII e início do século XVIII eram centros de debate e discussão. Neles, os cidadãos (grupo formado por aristocratas e homens de classe média) podiam se reunir para discutir assuntos artísticos e políticos, e criticar medidas do governo²⁴². Essas discussões eram facilitadas pela publicação de jornais, panfletos e revistas, os quais também constituíam um *locus* de discussão de assuntos de interesse para a coletividade²⁴³. Esses fóruns de discussão e debate constituíam a *esfera pública burguesa*.

Para Habermas, essa esfera pública fundava-se na idéia de comunidade de cidadãos, iguais – ou melhor, não mais diferenciados segundo o estamento ou a tradição –, que participavam da discussão de assuntos políticos. A *esfera pública burguesa* não se confundia com o Estado (esfera governamental) ou com os assuntos de família (esfera privada). “Uma esfera pública funcionando politicamente aparece primeiro na Inglaterra da virada para o século XVIII. Forças que querem então passar a ter influência sobre as decisões do poder estatal apelam para o público pensante a fim de legitimar reivindicações

²⁴² Referindo-se à Inglaterra do século XVIII, Habermas afirma que “institucionalizados, tais comentários e tais críticas de medidas da Coroa e de deliberações do Parlamento, modificam a natureza do poder público, chamado agora perante o fórum público. Através disso, o poder torna-se ‘público’ em duplo sentido. O grau de desenvolvimento mede-se daí por diante pelo grau de discussão entre Estado e imprensa, desenrolando-se isso ao longo de todo o século” (*Mudança estrutural da esfera pública: investigação quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Trad. Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, pp.78-79).

²⁴³ Habermas destaca que “a superação do instituto da censura prévia assinala uma nova fase do desenvolvimento da esfera pública, possibilita o ingresso do debate na imprensa e permite a esta transformar-se num instrumento com cuja ajuda decisões políticas podem ser tomadas perante o novo fórum do público” (*Mudança estrutural da esfera pública: investigação quanto a uma categoria da sociedade burguesa*, p.76).

ante esse novo fórum”²⁴⁴. Por meio do debate racional de idéias e pontos de vista seria possível formar um consenso sobre os assuntos de interesse coletivo. Para Habermas, a esfera pública seria o espaço da vida social no qual a opinião pública é formada.

A *esfera pública burguesa* entra em crise no final do século XIX. A sociedade capitalista sofre profundas modificações em função da industrialização, da urbanização, da crescente intervenção do Estado no domínio econômico, da concentração do poder econômico das empresas privadas e da extensão do sufrágio a camadas mais amplas da sociedade. A sociedade capitalista passa progressivamente a caracterizar-se como uma sociedade de massas²⁴⁵. Na sociedade de massas, que se desenvolve ao longo do século XX, dois fenômenos merecem destaque: a presença dos meios de comunicação (rádio, cinema e televisão) na vida social e o consumismo cultural²⁴⁶. A cultura passa a ser vista como uma mercadoria, que fica submetida ao ciclo de produção industrial e divulgação para consumo por meio dos meios de comunicação de massa²⁴⁷. Os jornais transformam-se também em um empreendimento capitalista destinado a gerar lucro²⁴⁸.

²⁴⁴ Jürgen Habermas: *Mudança estrutural da esfera pública: investigação quanto a uma categoria da sociedade burguesa*, p. 75.

²⁴⁵ Habermas observa que “as intervenções do Estado na esfera privada a partir do final do século passado [i.e. XIX] permitem reconhecer que as grandes massas, agora admitidas à cogestão, conseguem traduzir os antagonismos econômicos em conflitos políticos: as intervenções vão em parte ao encontro dos interesses dos economicamente mais fracos, em parte servem também para repeli-los. (...) De modo geral, no entanto, as intervenções do Estado, mesmo onde tenham sido obtidas contra interesses ‘dominantes’, estão no interesse da manutenção de um equilíbrio do sistema que não possa mais ser assegurado através do mercado-livre” (*Mudança estrutural da esfera pública: investigação quanto a uma categoria da sociedade burguesa*, p.174). No correr do século XX, ressalta Habermas que “o Estado assume, além das atividades administrativas habituais, inclusive prestações de serviços que até então eram deixadas à iniciativa privada: seja confiando tarefas públicas a pessoas privadas, seja coordenando atividades econômicas privadas através de planos de metas ou se tornando, ele mesmo, ativo enquanto produtor e distribuidor” (*Ibidem*, p. 176).

²⁴⁶ Craig Calhoun sintetiza a mudança estrutural de que trata Habermas nos seguintes termos: “Structural transformation came about, however, as private organizations began increasingly to assume public power on one hand, while the state penetrated the private realm on the other. State and society, once distinct, became interlocked. The public sphere was necessarily transformed as the distinction between public and private realms blurred, the equation between the intimate sphere and private life broke down with a polarization of family and economic society, rational-critical debate gave away to the consumption of culture” (“Introduction: Habermas and the public sphere”. In Craig Calhoun (ed.): *Habermas and the public sphere*. Cambridge, MA/Londres: The MIT Press, 1997, p. 21).

²⁴⁷ Para Habermas, “não mais apenas a difusão e escolha, a apresentação e a embalagem das obras – mas a própria criação delas enquanto tais se orienta, nos setores mais amplos da cultura dos consumidores, conforme pontos de vista da estratégia de vendas no mercado. Sim, a cultura de massas recebe o seu duvidoso nome exatamente por conformar-se às necessidades de distração e diversão de grupos de consumidores com um nível de formação relativamente baixo, ao invés de, inversamente, formar o público mais amplo numa cultura intacta em sua substância” (*Mudança estrutural da esfera pública: investigação quanto a uma categoria da sociedade burguesa*, p.195).

²⁴⁸ Habermas afirma que “o jornal acaba entrando numa situação em que ele evolui para um empreendimento capitalista, caindo no campo de interesses estranhos à empresa jornalística e que procuram influenciá-la. A história dos grandes jornais na segunda metade do século XIX demonstra que a própria imprensa se torna

Segundo Peter Dahlgren, “Habermas concebe a esfera pública como o domínio da vida social no qual ocorre o intercâmbio de informações e visões sobre questões de interesse comum de forma que uma opinião pública possa ser formada. A esfera pública surge quando os cidadãos, exercendo seus direitos de reunião e associação, congregam-se como órgãos públicos para discutir as questões do dia, especificamente aquelas com implicações políticas”²⁴⁹.

A noção de esfera pública de Habermas foi objeto de crítica e muita controvérsia²⁵⁰. Entretanto, a importância do conceito de esfera pública – isto é, um espaço social historicamente definido, que permite a circulação de informações, idéias e opiniões, o debate sobre questões políticas e a formação de uma opinião, por parte do público, sobre assuntos de interesse coletivo – não pode ser negada. Em que pesem as críticas e limitações, o modelo da esfera pública mantém seu valor e utilidade na medida em que coloca o espaço social de circulação e debate de idéias e opiniões sobre assuntos de interesse coletivo como um elemento central da democracia²⁵¹.

O trabalho de Habermas permite identificar os meios de comunicação de massa como a esfera pública contemporânea. A transformação da mídia de massa realizada

manipulável à medida que ela se comercializa” (*Mudança estrutural da esfera pública: investigação quanto a uma categoria da sociedade burguesa*, p.217).

²⁴⁹ No original: “Habermas conceptualizes the public sphere as that realm of social life where the exchange of information and views on questions of common concern can take place so that public opinion can be formed. The public sphere ‘takes place’ when citizens, exercising the rights of assembly and association, gather as public bodies to discuss issues of the day, specifically those of political concern” (*Television and the public sphere: citizenship, democracy and the media*. London: Sage Publications, 1995, p. 7).

²⁵⁰ Ver a propósito Craig Calhoun (ed.): *Habermas and the public sphere*. Cambridge, MA/Londres: The MIT Press, 1997; e John B. Thompson: *The media and modernity: a social theory of the media*. Cambridge: Polity Press, 1995, pp. 69 e seguintes.

²⁵¹ Em contraste com a esfera pública burguesa, o espaço público contemporâneo, criado pela mídia de massa (notadamente pelos meios de comunicação social eletrônicos), é caracterizado por John Thompson como o “*space of the visible*: it is the non-localized, non-dialogical, open-ended space of the visible in which mediated symbolic forms can be expressed and received by a plurality of non-present others. (...) Mediated publicness is a *non-localized* space in the sense that it is not tied down to particular spatial-temporal locales. (...) Mediated publicness is *non-dialogical* in the sense that the producers and the recipients of mediated symbolic forms are generally not engaged in a dialogue with one another. (...) Mediated publicness is an *open-ended* space in the sense that it is a creative and uncontrollable space, a space where new symbolic forms can be expressed, where new words and images can suddenly appear, where information previously hidden from view can be made available, and where the consequences of becoming visible cannot be fully anticipated and controlled. Mediated publicness is open-ended in the sense that the contents of mediated materials cannot be entirely delimited in advance – although the degree to which these contents are delimited will depend on the organization of media institutions and their relation to forms of economic and political power. And when symbolic materials become available in the media, their consequences are

pelo capitalismo é vista por Habermas sob um enfoque crítico: os meios de comunicação social, influenciados pela publicidade comercial e transformados em produto de consumo, desfigurariam a esfera pública, que não mais serviria de arena do debate político racional e crítico. Em função das reflexões de Habermas, força é concluir que a construção de uma esfera pública saudável exige que sejam enfrentados os problemas da concentração dos meios de comunicação de massa e sua dominação por interesses comerciais.

A noção de esfera pública difere da de *marketplace of ideas*, comumente utilizada na literatura econômica anglo-saxã relativa aos meios de comunicação de massa. Costuma-se atribuir a formulação inicial da metáfora do *marketplace of ideas* ao voto vencido proferido pelo Justice Holmes no caso *Abrams vs. United States* decidido pela Suprema Corte norte-americana em 1919²⁵². O *marketplace of ideas* pode ser definido como o *locus* no qual ocorre a competição entre diversas fontes de notícias e entretenimento²⁵³.

Alguns autores observam que a metáfora do *marketplace of ideas* está intimamente ligada à noção de mercado livre²⁵⁴. No *marketplace of ideas*, assim como em qualquer mercado, vigoraria a lei da oferta e da procura. Os usuários da mídia são considerados consumidores (e não cidadãos), que agem segundo suas necessidades econômicas e não de acordo com seus valores ou princípios²⁵⁵. O *marketplace* não é um

indeterminate” (*The media and modernity: a social theory of the media*. Cambridge: Polity Press, 1995, pp. 245-247).

²⁵² *Abrams vs. United States*, 250 U.S. 616 (1919). O caso envolvia a acusação contra Abrams e outras pessoas de publicar panfletos que criticavam o Presidente dos Estados Unidos por enviar tropas para ajudar a combater a Revolução Russa e pregavam a realização de greves nas fábricas produtoras de munição. A Suprema Corte, em decisão majoritária, entendeu que a publicação de tal tipo de panfleto em tempos de guerra não estaria protegida pela Primeira Emenda à Constituição, que garante a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa. O Justice Holmes, no voto divergente, defende o “free trade in ideas” como um mecanismo para se chegar à verdade e afirma que “the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market”.

²⁵³ Maurice E. Stucke e Allen P. Grunes: “Antitrust and the market place of ideas”. *Antitrust Law Journal*, vol. 69, nº 1, 2001, p. 249.

²⁵⁴ Criticando o uso da metáfora do *marketplace of ideas*, Robert Howitz afirma que “it is a particularly loaded metaphor because not only does it ties ideas to the market, but essentially conveys the sense that the marketplace is natural, neutral, and unproblematic. In its rhetorical deployment, the marketplace of ideas metaphor unites and reduces the manifold justifications of freedom of speech to a simple talisman that ignores the reality of the large, concentrated ownership of the electronic means of communication” (“On media concentration and the diversity question”. In Philip M. Napoli (ed.): *Media diversity and localism: meaning and metrics*. Mahwah, N.J.: Lawrence Erlbaum Associates, 2007, pp. 42-43).

²⁵⁵ David Croteau e William Hoynes observam que “*citizen* and *consumer* are not synonyms; they represent different aspects of human experience. Consumers pursue privatized, personal goals by buying various products, services, or experiences. Because of their differing buying power, consumers are not equal. Citizens, on the other hand, are connected to communities and participate in ongoing deliberations that

espaço democrático, nele vigora o princípio “a cada dólar, um voto” (*one dollar, one vote*) e não o princípio democrático “a cada cidadão, um voto” (*one person, one vote*). Nesse sentido, o *marketplace* parece ser pouco apto para servir o interesse dos cidadãos e um sistema de governo democrático.

No modelo da esfera pública, a regulação é necessária para promover valores democráticos. No *marketplace of ideas*, a noção de regulação é, em princípio, afastada²⁵⁶. O livre jogo das forças de mercado é suficiente para assegurar a circulação das idéias, opiniões e argumentos relevantes para a coletividade.

1.1.4 – Esfera pública e meios de comunicação social

Na sociedade de massas contemporânea, os veículos de comunicação social servem como mediadores da comunicação entre os cidadãos e os grupos sociais e o poder político. Atualmente, é inegável que as pessoas tomam decisões sobre suas vidas e sobre suas opções políticas, sociais e econômicas com base em informações, idéias e opiniões às quais elas têm acesso por intermédio, sobretudo, dos meios de comunicação de massa (televisão, rádio e jornais)²⁵⁷.

Os veículos de comunicação social contribuem para a formação de uma esfera pública na sociedade de massas e apresentam-se como uma instituição central no regime democrático²⁵⁸. É fato que o debate político, principalmente durante períodos

constitute shared civic life. A fundamental assumption of democratic societies – distinguishing them from markets – is that citizens are equal, regardless of their consumer capabilities. In a participatory democracy, citizens do much more than vote in occasional elections. They are involved in the process of debate, compromise, and decision making that affects their communities. To participate effectively in this deliberative process, citizens need access to a wide variety of information and perspectives – both in terms of news and culture. Thus, the media play a vital role in providing resources for an active citizenry” (*The business of media: corporate media and the public interest*. 2ª ed. Thousand Oaks, CA: Pine Forge Press, 2006, p. 224).

²⁵⁶ Ver a propósito Ronald Coase: “The market for goods and the market for ideas”. *The American Economic Review*, vol. 64, nº 2, 1974, pp. 384-391.

²⁵⁷ Observa Philie Marcangelo-Leos que “en tant qu’organes d’information, les médias remplissent nécessairement un rôle politique, celui d’éclairer le citoyen et de lui permettre d’exercer sa citoyenneté. Toutefois, pour remplir cette fonction, l’information diffusée se doit d’être pluraliste. Le pluralisme des moyens de communication est une des conditions essentielles de l’exercice de la démocratie car il implique le droit à l’information, nécessaire complément à la liberté d’informer sans lequel ‘les citoyens ne seraient pas à même d’exercer parfaitement leurs droits civiques’ et leur assure ‘une information libre, équitable et honnête pour leur permettre, au moment de l’élection, d’exercer un choix raisonné” (*Pluralisme et audiovisuel*. Paris : LGDJ (Bibliothèque de Droit Public – Tome 240), 2004, p. 273).

²⁵⁸ Peter Dahlgren afirma a propósito que “the health of democracy in the course of the twentieth century has more and more been linked to the health of the systems of communication, though of course democracy

eleitorais, desenvolve-se, nas democracias contemporâneas – e o Brasil não é uma exceção a essa regra –, de forma preponderante na mídia de massa, sobretudo na televisão aberta.

Podemos afirmar que a esfera pública na sociedade contemporânea é formada em grande medida pelos meios de comunicação de massa²⁵⁹. São eles a principal arena do debate político e, nessa medida, vetor incontornável no pluralismo em uma sociedade democrática. Assim, deve-se reconhecer que o papel inafastável da mídia em uma democracia é o de servir de fórum para o debate e a discussão de idéias e opiniões sobre assuntos de interesse público. No entanto, para servir à democracia e exercer em sua plenitude esse papel central na esfera pública, a mídia deve ser capaz de fornecer aos cidadãos a diversidade de vozes, de opiniões e de pensamentos necessária para propiciar o debate racional e esclarecido sobre assuntos de interesse coletivo.

Edilson Pereira de Farias destaca a importância da função de subsidiar os cidadãos para a realização de escolhas inteligentes, afirmando que “os *mass media* desempenham esta função quando municiam os cidadãos com informações corretas e pluralistas para que, de modo consciente e com pleno conhecimento de causa, tomem as decisões que lhes competem em uma democracia”²⁶⁰.

Se a esfera pública, formada pelos veículos de comunicação de massa, é um elemento fundamental para a construção de uma sociedade democrática, o controle da mídia pelo governo ou a concentração de poder nas mãos de poucos grupos empresariais

cannot be reduced to issues of the media. However, the dynamics of democracy are intimately linked to the practices of communication, and societal communication increasingly takes place within the mass media” (*Television and the public sphere: citizenship, democracy and the media*, p. 2).

²⁵⁹ Nesse sentido, ver Fábio Konder Comparato: “A democratização dos meios de comunicação de massa”. In Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (orgs.): *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 156. A propósito, assevera Peter Dahlgren que “since the scale of modern society does not allow more than relatively small numbers of citizens to be physically co-present, the mass media have become the chief institutions of the public sphere” (*Television and the public sphere: citizenship, democracy and the media*, pp. 7-8). Na mesma linha, destaca Alexandre Ditzel Faraco que “o espaço público de diálogo e interação numa democracia complexa está significativamente baseado nos meios de comunicação social de massa, os quais viabilizam o acesso a informações de uma forma coerente e organizada, permitem a disseminação de idéias e visões de mundo com uma abrangência que, em geral, não tem como ser replicada através de outros processos de comunicação, além de possibilitar o desenvolvimento de um referencial comum que agrega pessoas sem qualquer espécie de vínculo ou relação” (*Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação – rádio, televisão e Internet*. Tese de livre-docência. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p. 25).

²⁶⁰ *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 115.

não podem deixar de serem vistos como riscos para a democracia²⁶¹. Nesse sentido, observa Alexandre Ditzel Faraco que “ao se reconhecer o papel central dos meios de comunicação de massa numa sociedade democrática, e do poder político que se pode daí derivar, é inevitável concluir que uma concentração excessiva desse poder, em âmbito privado, pode distorcer o processo político e limitar significativamente a participação que os demais cidadãos podem almejar possuir no espaço público (assim como ocorre quando tais meios são controlados diretamente pelo Estado)”²⁶². A configuração estrutural da mídia passa, assim, a ser um ponto fundamental na avaliação da legitimidade do poder dos meios de comunicação social.

Daí porque, segundo Fábio Konder Comparato, “numa sociedade autenticamente democrática, especial cuidado deve merecer a organização dos meios de comunicação social. (...) Sucede que, em nossos dias, o espaço público de comunicação já não é a *ágora* ateniense nem mesmo o Parlamento, como imaginou o constitucionalismo clássico, mas sim a imprensa, o rádio, a televisão, a *Internet*. Ora, salvo esta última, os demais grandes veículos de comunicação, quando não monopolizados pelo Estado autocrático, acabaram sendo apropriados pela classe empresarial, para o serviço de seus interesses de classe. A democratização dos meios de comunicação de massa representa, pois, a condição *sine qua non* do efetivo exercício da soberania popular nos dias que correm”²⁶³.

A opinião de Fábio Konder Comparato, exposta cima, coloca em relevo a importância da organização dos meios de comunicação social para a construção da democracia em uma sociedade de massas. Na democracia, a forma pela qual o setor de

²⁶¹ Sustenta Lesley Hitchens com propriedade que “there is an intimate relationship between democratic debate and the media. Governments, politicians, and public figures are rarely able to gain access to citizens in sufficiently large numbers except through the media. The media have become the town square. For citizens, the media are a major source for information and commentary on public issues. To be an effective contributor to this democratic process, the media, as a channel for ideas and information and generator of debate, must be able to offer a variety of voices and views, and operate independently, without undue dominance by public or private power” (*Broadcasting pluralism and diversity: a comparative study of policy and regulation*. Oxford: Hart Publishing, 2006, pp. 31-32). Na mesma linha, adverte Richard Butsch que “today, two centers of power stand on either side of the public sphere, the state and corporations. Either can threaten the public sphere. State owned and operated media run the risk of reducing it to a representative public sphere serving the state rather than the people. Alternatively, corporate-owned media run the risk of serving the interest of private corporations over the people. Both distancing the state from public media and regulating private media then become important to the continued health of the public sphere” (“How are media public spheres?”. In *Media and public spheres*. Hampshire: Palgrave MacMillan, 2007, p. 6).

²⁶² *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação – rádio, televisão e Internet*, p. 28.

²⁶³ *Afirmção histórica dos direitos humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 545.

mídia se organiza e opera merece uma atenção especial²⁶⁴. O controle dos veículos de mídia significa uma ingerência sobre o processo político. A questão que se coloca é de se saber se os veículos de comunicação social, explorados comercialmente, concentrados nas mãos de um número cada vez mais reduzido de grandes conglomerados empresariais, oferecem as informações e opiniões e a diversidade de manifestações artísticas e culturais necessárias para que a população escolha conscientemente entre opções políticas, sociais, econômicas e culturais²⁶⁵.

Todas as evidências indicam que não. Pelo contrário, a concentração dos meios de comunicação social tende a reduzir a pluralidade de pontos de vista e de opiniões e a diversidade de manifestações culturais e artísticas, inibir o debate de idéias, dificultar a circulação de informações e conhecimento, colocando em risco, em última análise, a democracia. Além de reduzir substancialmente o pluralismo da informação e a diversidade de pontos de vista e opiniões, a concentração da mídia reforça o poder econômico e político de grupos empresariais influentes, contrários a qualquer modificação do *status quo*.

Ao se reconhecer que a mídia desempenha o papel de principal elemento da esfera pública na sociedade de massas em que vivemos, estamos aceitando e atribuindo ao setor uma função de interesse público. Em outras palavras, se a mídia exerce um papel de interesse coletivo – como elemento central da esfera pública na sociedade contemporânea –, não é apropriado deixar que ela seja guiada e controlada nem pelo Estado (governo de turno) nem por interesses privados (lógica do mercado). Jorge Miranda destaca que “a comunicação social – sobretudo, nas últimas décadas, a audiovisual – converte-se em fenómeno de poder; e, por imperativo de Estado de Direito e de regime democrático pluralista, esse poder deve ser dividido e nem pode ser absorvido pelo poder

²⁶⁴ No mesmo sentido, afirma Alexandre Ditzel Faraco que “a difusão e discussão de uma pluralidade de idéias nesta [esfera pública] dependerá de como se encontram organizadas certas atividades econômicas que são estruturadas com tal propósito, destacadamente a imprensa escrita e a radiodifusão. Estas influenciarão decisivamente as idéias que alcançarão a esfera pública” (“Difusão do conhecimento e desenvolvimento: a regulação do setor de radiodifusão”. In: Calixto Salomão Filho (coord.): *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 100).

²⁶⁵ De forma similar, Mike Feintuck e Mike Varney sustentam que “given that media provide essential elements of our view of the world, the role of the media in facilitating meaningful choice must not be underestimated. In order for the citizens to make considered choices based on adequate information, it is generally considered necessary for the media to deliver a wide range of perspectives – media plurality as a prerequisite of meaningful choice. The argument must now become ‘how, by what structures and mechanisms, can media plurality be maximised and ensured?’” (*Media regulation, public interest and the law*. 2ª ed. Edimburgo: Edinburgh University Press, 2006, p. 101).

político de conjuntura (o do Governo em funções), nem por qualquer poder social (designadamente, o económico)”²⁶⁶.

Parece-nos que é mais plausível sustentar que a dispersão dos meios de comunicação social e não sua concentração nas mãos do Poder Político ou de poucas empresas privadas leve a uma situação de maior pluralismo na esfera pública²⁶⁷. Uma configuração estrutural que valorize e promova o pluralismo de vozes e de fontes de informação, a diversidade de opiniões e pontos de vista e a multiplicidade de manifestações culturais existentes na sociedade certamente ajudaria o setor de mídia a desempenhar adequadamente seu papel de principal arena de debate político e cultural da esfera pública.

1.1.5 – Controle do governo pela mídia

Para diversos autores, a mídia, sobretudo o jornalismo televisivo ou escrito (jornais), exerce um papel fundamental no controle das ações governamentais. O jornalismo investigativo, ao expor os erros, omissões e/ou excessos das autoridades públicas e de outros agentes políticos ou econômicos, contribui para a construção de uma sociedade democrática.

Lembra Fábio Konder Comparato que “na história política da humanidade, a imprensa surgiu como um meio de controle do poder, ou seja, como um instrumento de fiscalização e denúncia dos governos, em defesa dos direitos e liberdades individuais”²⁶⁸. Essa idéia de controle do Estado ou do governo pelos meios de comunicação social conferiu à mídia o predicativo de “cão-de-guarda” (*watchdog*) da democracia.

Referindo-se ao papel político da imprensa, Guilherme Döring Cunha Pereira afirma que “é convicção comum, freqüentemente repetida, que esse papel tem duas vertentes principais: de um lado, subministrar aquele conjunto de informações acerca da

²⁶⁶ *Manual de direito constitucional*. Tomo IV (Direitos fundamentais). 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 400.

²⁶⁷ Cf. C. Edwin Baker: *Media concentration and democracy: why ownership matters* Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 12.

²⁶⁸ “Controle público e social dos meios de comunicação”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 128, out./dez. 2002, p. 27.

coisa pública, em todos os seus aspectos, necessárias para um responsável exercício dos direitos de cidadania, muito especialmente o de voto; e, de outro, exercer constante monitoramento do poder, isto é, atuar como fiscal permanente do governo. Por essa dupla vertente continua-se a entender que a imprensa é uma das colunas essenciais de qualquer regime democrático, a guardiã da democracia ou, numa expressão usual, o *watchdog* ou cão de guarda da democracia²⁶⁹.

Tratando da função de cão-de-guarda (*watchdog*) da coisa pública, Edilson Pereira de Farias destaca que cumpre “aos meios de comunicação social monitorar o funcionamento de todos os órgãos estatais e as condutas de seus servidores, principalmente dos agentes políticos que comandam os três poderes do Estado: Executivo, Legislativo e Judiciário”²⁷⁰. A mídia, ao exercer essa função de controle e fiscalização dos poderes estatais (Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário), coloca-se em uma posição de contrapoder, contrabalançando os tradicionais três poderes estatais. Para alguns observadores, nessa sua função de contra-poder, a mídia constitui um verdadeiro “quarto poder”²⁷¹.

Já foi destacado que “os meios de informação desempenham uma função determinante para a politização da opinião pública e, nas democracias constitucionais, têm capacidade de exercer um controle crítico sobre os órgãos dos três poderes: legislativo, executivo e judiciário. A imprensa independente, portanto, enquanto se posiciona em competição cooperativa com os órgãos do poder público, foi definida como o Quarto Poder”²⁷². Nesse sentido, a mídia é vista como um ator que contribui para o sistema de freios e contrapesos necessário para a preservação da democracia.

Evidentemente, que casos de complacência com o Poder Público e jornalismo “chapa-branca” existem – e em abundância, diga-se de passagem. Isso não nos impede, porém, de reconhecer que os meios de comunicação social têm uma função

²⁶⁹ *Liberdade e responsabilidade dos meios de comunicação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 42.

²⁷⁰ *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*, p. 113.

²⁷¹ Costuma-se atribuir a origem da expressão “quarto poder” (*Fourth Estate*) ao político britânico Edmund Burke (1729-1797). De acordo com a conhecida citação feita por Thomas Carlyle no livro *On Heroes and Hero Worship* (1841), “Burke said that there were Three Estates in Parliament, but in the Reporters Gallery yonder, there sat a *Fourth Estate* more important far than they all”.

essencial na apuração de casos de corrupção e abusos ou desvios de poder praticados por autoridades públicas.

Norberto Bobbio lembra que o ideal da democracia é o *governo do poder público em público*²⁷³. Em outras palavras, no regime democrático, o governo da coisa pública (*res publica*) deve estar aberto ao conhecimento de todos. A idéia de publicidade do governo da coisa pública como ideal da democracia é compartilhada por Celso Lafer. Segundo o autor, a democracia tem como uma de suas notas constitutivas o princípio da publicidade e o da transparência na esfera do público. Por essa razão, afirma ele que “numa democracia a visibilidade e a publicidade do poder são ingredientes básicos, posto que permitem um importante mecanismo de controle, *ex parte populi*, da conduta dos governantes”²⁷⁴. O ideal de democracia, dessa forma, pode ser caracterizado como o regime do poder visível. Na sua concretização, a mídia deve exercer uma tarefa incontornável.

O papel dos meios de comunicação social como Quarto Poder ou cão-de-guarda da democracia é o de informar os cidadãos sobre todos os assuntos relacionados ao governo da coisa pública (*res publica*), sobretudo, no que tange ao abuso de poder praticado por agentes políticos ou à prática de irregularidades administrativas. Exercendo esse papel, a mídia ajuda a combater o despotismo, o clientelismo e a corrupção, as três maiores pragas que, infelizmente, ainda atacam a jovem democracia brasileira.

Num primeiro momento, pode-se afirmar que o controle das ações do governo (Poder Público) apresentou-se como um requisito fundamental para o regime

²⁷² Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino: *Dicionário de política*. Vol. 2 (L-Z). Trad. Carmen C. Varriale et. al. 4ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992, p. 1040, verbete “quarto poder”.

²⁷³ *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 1992, p. 86. Bobbio destaca que essa concepção da democracia como governo do poder público, exercido em público, remonta à antiguidade grega. Diz Bobbio o seguinte: “que todas as decisões e mais em geral os atos dos governantes devam ser conhecidas pelo povo soberano sempre foi considerado um dos eixos do regime democrático, definido como o governo direto do povo ou controlado pelo povo (e como poderia ser controlado se se mantivesse escondido?). Mesmo quando o ideal da democracia direta foi abandonado como anacrônico, com o nascimento do grande estado territorial moderno (...), e foi substituído pelo ideal da democracia representativa (...) o caráter público do poder, entendido como não secreto, como aberto ao ‘público’, permaneceu como um dos critérios fundamentais para distinguir o estado constitucional do estado absoluto e, assim, para assinalar o nascimento ou o renascimento do poder público em público” (*Ibidem*, p. 87).

²⁷⁴ *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 243.

democrático. Mais recentemente, no entanto, tem-se argumentado que, com a crescente concentração do poder econômico na sociedade capitalista, os meios de comunicação social devem também controlar o poder privado de forma a evitar o abuso praticado por grandes corporações. Em outras palavras, como as grandes corporações privadas tornaram-se um centro de poder econômico e político relevante na sociedade capitalista contemporânea, elas não podem escapar ao escrutínio da mídia no exercício de sua função de cão-de-guarda ou Quarto Poder.

Como é sabido, para o exercício saudável de função de cão-de-guarda ou Quarto Poder, a mídia precisa ser independente (funcionalmente e financeiramente) do Poder Político e também do poder econômico. Ademais, outro aspecto relevante no exercício da função de cão-de-guarda ou Quarto Poder pela mídia diz respeito ao número de veículos de comunicação social existentes. Não há como negar que quanto maior o número de veículos de mídia, independentes e autônomos, exercendo o controle das ações governamentais e do poder econômico, melhor²⁷⁵. O pluralismo da mídia contribui também para o combate ao abuso de poder e à corrupção.

1.2 – Desenvolvimento e pluralismo

A contribuição para a promoção do desenvolvimento, aportada pela difusão da informação e do conhecimento na sociedade, associada à noção de pluralidade de informação, merece também ser destacada.

1.2.1 – Desenvolvimento: algumas considerações

A Constituição brasileira consagrou o desenvolvimento como um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil. Nesse sentido, o art. 3º do texto constitucional determina:

²⁷⁵ Nesse sentido, sustentam Mike Feintuck e Mike Varney que “in their role as ‘the fourth estate’, the media also claim to play a role in support of democracy in acting as a counterbalance to the state or government, especially in facilitating the calling to account of government. Again, this function appears to rely upon a degree of plurality in the approaches taken by the media and, in so far as ownership relates to editorial content, upon plurality of ownership. At the extreme, were the entire media to be in the control of a media magnate broadly or wholly sympathetic with the views of the government of the day, then the likely effectiveness of the media as a mechanism of accountability would be highly questionable” (*Media regulation, public interest and the law*. 2ª ed. Edimburgo: Edinburgh University Press, 2006, p. 17).

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalidade e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Gilberto Bercovici recorda-nos que “os princípios constitucionais fundamentais, como o art. 3º, possuem caráter obrigatório, com vinculação imperativa para todos os Poderes Públicos, ou seja, conformam a legislação, a prática judicial e a atuação dos órgãos estatais, que devem agir no sentido de concretizá-los. São marcos do desenvolvimento do ordenamento, apontando objetivos e proibindo retrocesso, funcionando como parâmetro essencial da interpretação e concretização da Constituição”²⁷⁶.

Para a promoção do desenvolvimento, a redução das desigualdades sociais e regionais e a progressiva erradicação da pobreza e da marginalidade na sociedade brasileira, conforme prescrição do art. 3º da Constituição Federal, não basta o simples crescimento econômico. É preciso que os frutos do crescimento da economia brasileira sejam distribuídos para o conjunto da população.

A distinção entre desenvolvimento e crescimento econômico já se encontra assentada atualmente na doutrina. O crescimento é identificado com o aumento do produto interno bruto ou da riqueza total de um país. Trata-se de um critério quantitativo. Os índices mais utilizados para medir o crescimento econômico são o PIB – Produto Interno Bruto e o índice de renda *per capita*. O desenvolvimento, a seu turno, incorpora uma noção qualitativa, na qual a distribuição do produto e/ou da renda gerada

²⁷⁶ “Constituição e superação das desigualdades regionais”. In Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (orgs.): *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 94.

assume posição de relevância. Para a promoção do desenvolvimento, importa também o bem-estar da população.

Esclarece Eros Roberto Grau que “a idéia de desenvolvimento supõe dinâmicas mutações e importa em que se esteja a realizar, na sociedade por ela abrangida, um processo de mobilidade social contínuo e intermitente. O processo de desenvolvimento dele [sic] levar a um salto, de uma estrutura social para outra, acompanhado da elevação do nível econômico e do nível cultural-intelectual comunitário. Daí porque, importando a consumação de mudanças de ordem não apenas quantitativa, mas também qualitativa, não pode o desenvolvimento ser confundido com a idéia de crescimento. Este, meramente quantitativo, compreende uma parcela da noção de desenvolvimento”²⁷⁷.

Na mesma linha, Fábio Konder Comparato, concebendo o desenvolvimento como superação de uma situação de subdesenvolvimento, afirma que “a idéia de subdesenvolvimento representa uma situação de desequilíbrio constante e dinâmico entre classes, setores e regiões do país, de modo a produzir múltiplas e crescentes desigualdades. O desenvolvimento aparece, assim, como o processo de eliminação desses desequilíbrios, pela combinação da capacidade de crescimento econômico com a instauração da igualdade básica de condições de vida. Não se trata, pois, de uma noção exclusivamente econômica, ligada ao aumento da renda nacional, ou à simples modernização tecnológica. Ele abrange as condições básicas de vida em sociedade, as quais dizem respeito, obviamente, às exigências biológicas elementares – alimentação, saúde e preservação do meio ambiente –, mas também às de ordem cultural e política, como a educação e as liberdades fundamentais”²⁷⁸.

²⁷⁷ *Elementos de direito econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981, pp. 7-8. No mesmo sentido, Fábio Nusdeo concorda que o desenvolvimento econômico não pode ser definido exclusivamente com base na elevação continuada da renda *per capita* por certo período de tempo. Para o autor, “ele [o desenvolvimento econômico] é mais envolvente e mais exigente, não podendo se limitar a um dado quantitativo, muito embora a variável escolhida – renda *per capita* – represente uma grandeza complexa, no sentido de abarcar toda uma gama de indicadores e de situações. Mas não é só isso. O desenvolvimento envolve uma série infindável de modificações de ordem qualitativa e quantitativa, de tal maneira a conduzir a uma mudança radical de estrutura da economia e da própria sociedade do país em questão. Mesmo quando tais mudanças são quantitativamente expressas, elas traem [sic] ou revelam uma massa substancial de alterações de natureza qualitativa, inclusive de ordem psicológica, cultural e política. Daí surge a diferença entre desenvolvimento e crescimento. Este último seria apenas o crescimento da renda e do PIB, porém sem implicar ou trazer uma mudança estrutural mais profunda” (*Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pp. 354-355).

A noção de desenvolvimento não pode ser reduzida apenas ao aumento ou maximização da riqueza global de um país. Considerações de ordem distributiva encontram-se no âmago da idéia de desenvolvimento. A noção de desenvolvimento adiciona ao crescimento econômico a idéia de distribuição da riqueza e incremento das condições de vida da população. O desenvolvimento implica uma mudança qualitativa, não apenas quantitativa, abrangendo, portanto, a idéia de crescimento econômico e superando-a²⁷⁹. Para Fábio Konder Comparato, desenvolvimento implica “a conjugação do crescimento econômico auto-sustentado com a progressiva eliminação das desigualdades sociais”²⁸⁰. Pode-se afirmar, assim, que o desenvolvimento econômico engloba, além da dimensão econômica, os elementos sociais, culturais e políticos que influenciam a qualidade de vida de uma população.

Dentro da idéia de desenvolvimento, identificada com a alteração qualitativa do nível econômico e do nível cultural-intelectual da população, a difusão da informação e do conhecimento pela sociedade assume papel relevante.

1.2.2 – Desenvolvimento e difusão da informação

Uma das principais correntes de pensadores sobre a liberdade entende que o conhecimento do mundo é fragmentário, ou seja, disperso na sociedade. Essa visão, atribuída a Friedrich Von Hayek, sustenta que o conhecimento que cada pessoa possui do mundo nunca é total, mas apenas parcial (fragmentário)²⁸¹.

Esse conhecimento fragmentário está disperso na sociedade. Cada pessoa possui uma pequena parcela de conhecimento²⁸². Demais disso, a aquisição do

²⁷⁸ *Muda Brasil! Uma Constituição para o desenvolvimento democrático*. 4ª ed. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1987, p. 16.

²⁷⁹ Cf. Celso Furtado: *Teoria e política do desenvolvimento econômico*. 5ª ed. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1974, p. 90.

²⁸⁰ “Planejar o desenvolvimento: uma perspectiva institucional”. In *Para viver a democracia*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1989, p. 104.

²⁸¹ Segundo Hayek, em uma determinada ordem econômica “the knowledge of the circumstances of which we must make use never exists in concentrated or integrated form, but solely as the dispersed bits of incomplete and frequently contradictory knowledge which all the separate individuals possess” (“The use of knowledge in society”. *The American Economic Review*, vol. 35, nº 4, 1945, p. 519).

²⁸² Nas palavras de Hayek, “every individual has some advantage over all others in that he possesses unique information of which beneficial use might be made, but of which use can be made only if the decisions depending on it are left to him or are made with his active cooperation” (“The use of knowledge in society”. *The American Economic Review*, vol. 35, nº 4, 1945, pp. 521-522).

conhecimento é feita sempre de forma empírica pelos seres humanos²⁸³. A visão econômica de Hayek está centrada na preocupação com o problema da divisão do conhecimento entre os indivíduos²⁸⁴.

A partir dessas observações, Hayek sustenta que (i) o sistema de preços é um mecanismo de comunicação de informações, (ii) o sistema de preços livremente formados e ajustados incorpora as informações sobre o planejamento e a intenção de milhares de indivíduos participantes do mercado, e (iii) a forma mais eficiente de alocação de recursos é aquela feita em função da decisão de muitos indivíduos (mercado) e não em decorrência do planejamento feito por uma autoridade central (economia socialista).

Para a finalidade de nosso trabalho não é necessário discutir essas ilações de Hayek; cumpre-nos apenas ressaltar sua contribuição para a chamada economia da informação. Nesse sentido, vale ressaltar que, na visão de Hayek, (a) o conhecimento econômico encontra-se disperso na sociedade, e (b) cada indivíduo possui uma parcela do conhecimento social.

Partindo da idéia de Hayek sobre a fragmentação e dispersão do conhecimento no seio da sociedade, Calixto Salomão Filho afirma que a *concentração do poder econômico* representa um sério obstáculo ao desenvolvimento. Isso porque, embora o conhecimento econômico seja essencialmente individual e prático e esteja naturalmente difuso na sociedade – basta lembrar, a propósito, que cada indivíduo realiza diariamente escolhas econômicas ao comprar produtos, contratar serviços, investir dinheiro etc. –, a

²⁸³ Afirma a propósito André Carvalho Nogueira que “cada indivíduo traz consigo uma gama de conhecimentos que são comuns a todos os demais e uma gama de conhecimentos que lhe são próprios, adquiridos em razão de sua experiência particular. Todo indivíduo cria conhecimento próprio para atingir seus próprios fins, de modo que quanto mais livres os homens forem para estabelecerem seus próprios fins, maior a diversidade do conhecimento humano. A contribuição de inúmeros indivíduos, cada um com sua parcela de conhecimento, faz possível a ampliação do conhecimento comum. Quanto mais diversificado esse conhecimento, mais apto a dominar o seu meio o homem estará e, portanto, mais livre, mais senhor de seu destino o homem será” (*A dissolução do poder econômico como princípio regulatório*. Tese de doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (orientador: José Tadeu de Chiara), 2005, pp. 34-35).

²⁸⁴ Cf. “Economics and knowledge”. In *Individualism and economic order*. Chicago: The University of Chicago Press, 1948, pp. 33-56. Nas palavras do autor, “the problem which we pretend to solve is how the spontaneous interaction of a number of people, each possessing only bits of knowledge, brings about a state of affairs in which prices correspond to cost, etc., and which could be brought about by deliberate direction only by somebody who possessed the combined knowledge of all those individuals” (*Ibidem*, pp. 50-51).

concentração de poder econômico gera uma situação de *concentração do conhecimento econômico*, o que, por sua vez, implica em *graves ineficiências alocativas*²⁸⁵.

Continuando seu raciocínio, sustenta Calixto Salomão Filho que, nos países em desenvolvimento, como é o caso brasileiro, o elemento impulsionador do progresso econômico é a *demand interna* e não alterações dos processos produtivos. O crescimento da demanda, porém, é influenciado não apenas pela redistribuição de riqueza – e conseqüente redução da exclusão social – e diluição dos centros de poder econômico, mas também pela capacidade dos consumidores de descobrir a utilidade de produtos e serviços e fazer escolhas conscientes. Para isso, a difusão do conhecimento econômico é fundamental. Portanto, para o autor, a *difusão do conhecimento econômico* pela sociedade representa a alavanca fundamental para o desenvolvimento econômico²⁸⁶.

Na sociedade contemporânea, informação e conhecimento são elementos indispensáveis para que, não só os consumidores, mas também os cidadãos realizem escolhas corretas e conscientes. Se os consumidores necessitam de informações para selecionar entre produtos e serviços oferecidos no mercado, as decisões dos cidadãos quanto à escolha de seus representantes e ao governo da *polis* também requerem informações. A disponibilidade de informação e conhecimento é uma variável central para o bom funcionamento do sistema de mercado e para a construção da democracia.

Alexandre Ditzel Faraco ressalta a relação existente entre difusão no meio social de uma pluralidade de idéias e concepções e desenvolvimento, na medida em que “de um lado, a difusão e discussão dessas idéias e conhecimento em um espaço público favorecerão o processo de identificação das alternativas mais adequadas no contexto de uma política de desenvolvimento, assim como permitirá mais rapidamente a correção dos efeitos inesperados e indesejados de uma ação pública. De outro, a viabilização de canais de expressão das visões de mundo inerentes à comunidade afetada

²⁸⁵ “Regulação e desenvolvimento”. In Calixto Salomão Filho (coord.): *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 29-63.

²⁸⁶ “Regulação e desenvolvimento”. In Calixto Salomão Filho (coord.): *Regulação e desenvolvimento*, pp. 33 e seguintes. Ressalta o autor que “o processo de difusão do conhecimento não se esgota, obviamente, na diluição do poder econômico. Essa diluição permite, apenas, a formação do conhecimento econômico de forma difusa, como é sua tendência natural” (*Ibidem*, p. 49).

por dita política acabará por determinar as perspectivas que se tem em relação ao que seja desenvolvimento naquela situação concreta”²⁸⁷.

Se, como afirma Calixto Salomão Filho, o “conhecimento da melhor escolha econômica da sociedade é o valor fundamental para o processo de desenvolvimento”²⁸⁸, não há como negar que o acesso a informações para a tomada de decisões e a realização de escolhas conscientes entre diferentes opções é primordial. Observa André Carvalho Nogueira que “o acesso à informação é a primeira condição à liberdade. Sem conhecimento ou informação, nossa capacidade de tomar decisões e de agir ficam inteiramente prejudicadas”²⁸⁹.

Para cumprir sua função na promoção do desenvolvimento, a difusão da informação e do conhecimento deve estar aliada à idéia de pluralismo da informação e de diversidade de opiniões e pontos de vista. O processo de identificação de alternativas e escolha consciente nos planos econômico e político requer que os cidadãos e consumidores tenham acesso e recebam a maior diversidade possível de informações, opiniões, idéias e pontos de vista. O pluralismo é uma característica inafastável da informação e do conhecimento que devem ser difundidos e circular pela sociedade visando à promoção do desenvolvimento.

Os meios de comunicação de massa exercem, nas sociedades contemporâneas, o papel de principal difusor de informações e conhecimento. É a mídia que serve como grande intermediária entre a colheita de informações existentes na sociedade e os cidadãos e consumidores. Ressalta Calixto Salomão Filho que os “meios de comunicação, particularmente de radiodifusão, são importantes instrumentos de transmissão e discussão do conhecimento (em geral) difuso na sociedade. Daí a necessidade premente de pluralismo da difusão de idéias nesses meios de comunicação”²⁹⁰.

De forma bastante similar, afirma Venício A. de Lima que “a maioria das sociedades contemporâneas pode ser considerada centrada na mídia (*media-centered*), vale

²⁸⁷ “Difusão do conhecimento e desenvolvimento: a regulação do setor de radiodifusão”. In: Calixto Salomão Filho (coord.): *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 94.

²⁸⁸ “Regulação e desenvolvimento”. In Calixto Salomão Filho (coord.): *Regulação e desenvolvimento*, p. 33.

²⁸⁹ *A dissolução do poder econômico como princípio regulatório*. Tese de doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (orientador: José Tadeu de Chiara), 2005, p. 37.

dizer, são sociedades que dependem da mídia – mais do que da família, da escola, das igrejas, dos sindicatos, dos partidos etc. – para a construção do conhecimento público que possibilita, a cada um de seus membros, a tomada cotidiana de decisões. Por isso não se pode reduzir a importância das comunicações apenas à transmissão de informações, como muitas vezes se faz. Elas não são canais neutros. Ao contrário, são construtoras de significações. Também por isso, a concentração da propriedade e do controle das comunicações é uma questão que ultrapassa, em muito, a dimensão econômica”²⁹¹.

Em suma, podemos afirmar que a transmissão da informação e a difusão do conhecimento, necessários para o desenvolvimento econômico e social, dependem da forma pela qual o setor de comunicação social se encontra estruturado. A configuração estrutural do setor de comunicação social, norteadas pelo princípio do pluralismo da informação e pela vedação da concentração da propriedade e do controle dos veículos de mídia, parece atender de forma mais efetiva ao interesse público na difusão e circulação do conhecimento e da informação dispersos na sociedade.

Capítulo 2 – Pluralismo e normas constitucionais

O pluralismo, como princípio fundamental e fundador do setor de comunicação social, encontra seu fundamento jurídico não nas liberdades econômicas, mas em normas de proteção da comunicação social consagradas no texto constitucional.

2.1 – Insuficiência das liberdades econômicas

As liberdades econômicas consagradas pela Constituição Federal de 1988 – livre iniciativa e livre concorrência, assim como a repressão ao abuso de poder econômico – não são suficientes para explicar e prover o fundamento jurídico-constitucional do pluralismo no setor de comunicação social.

²⁹⁰ “Regulação e desenvolvimento”. In Calixto Salomão Filho (coord.): *Regulação e desenvolvimento*, p. 50.

²⁹¹ “Comunicações no Brasil: novos e velhos atores”. In *Mídia: teoria e política*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001, p. 113.

Uma breve análise das liberdades econômicas, feita a seguir, demonstra que nem os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, nem a regra consagrada no § 4º do art. 173 da Constituição Federal, que trata da repressão ao abuso de poder econômico, parecem justificar o pluralismo como princípio vetor da configuração estrutural do setor de mídia.

2.1.1 – Livre iniciativa e livre concorrência

A livre iniciativa encontra-se prevista no art. 1º, inciso IV do texto constitucional, que proclama os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos da República Federativa do Brasil, bem como no art. 170, *caput*, que estabelece que a ordem econômica deve estar fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. A Constituição Federal também consagra no art. 170, inc. IV, a livre concorrência como um princípio da ordem econômica.

A liberdade de iniciativa está associada à idéia de possibilidade de exercício ou desenvolvimento de atividades econômicas pelos indivíduos ou empresas. Historicamente, liberdade de iniciativa significa a possibilidade de empreender atividade econômica sem necessidade de autorização governamental ou dos poderes públicos. Tal liberdade não tem caráter absoluto; ao contrário, é regulamentada. Da liberdade de iniciativa no campo econômico costuma-se inferir dois direitos básicos: (i) a faculdade de constituição de empresa e exploração de atividade econômica a título privado e (ii) a não sujeição a qualquer restrição imposta pelos Poderes Públicos senão em virtude de lei (princípio da legalidade)²⁹².

Eros Roberto Grau, após esclarecer que “uma das faces da livre iniciativa se expõe, ninguém o contesta, como liberdade econômica, ou liberdade de iniciativa econômica, cujo titular é a empresa”²⁹³, afirma que “o regime de liberdade econômica é aquele definido pela ordem jurídica. Vale dizer: o direito de liberdade econômica só tem existência no contexto da ordem jurídica, tal como o definiu a ordem jurídica”²⁹⁴. Em outras palavras, pode-se afirmar que o conteúdo da liberdade de iniciativa econômica em

²⁹² Cf. Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior: *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 335.

²⁹³ *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 187.

um determinado setor da economia será aquele definido pelo texto constitucional e por disposições legais de natureza geral e abstrata²⁹⁵.

Nesse sentido pondera com propriedade Luís Cabral de Moncada: “sendo o direito de iniciativa privada um direito que incide prioritariamente sobre a disponibilidade de meios de produção, ele há-de ser sempre interpretado quanto ao respectivo conteúdo em consonância com as normas da ‘constituição económica’ ou seja, aceitando sempre as limitações, explícitas e implícitas, que para o conteúdo daquele direito decorrem do contexto geral das normas da ‘constituição económica’. Esta a primeira ordem de limitações ao direito de iniciativa privada. (...) A segunda ordem de limites ao direito de iniciativa privada deriva da lei ordinária. É vulgar neste âmbito a remissão constitucional para o legislador ordinário a fim de este tomar posição tendo em especial atenção a natureza de certos bens ou especiais interesses públicos; é o caso p. ex., do regime especial em matéria de actividade farmacêutica, de disciplina urbanística, etc...”²⁹⁶.

Afirma José Afonso da Silva, por seu turno, que “a *liberdade de iniciativa económica privada*, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que ‘liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo’. É legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima, quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário”²⁹⁷.

A livre concorrência, por sua vez, aparece no texto constitucional (art. 170, inciso IV) como um instrumento, um meio para assegurar a todos existência digna,

²⁹⁴ *A ordem económica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*, p. 189.

²⁹⁵ Sobre a competência legislativa dos Poderes Públicos para regular a atividade económica e definir os limites da liberdade de iniciativa, ver os seguintes acórdãos do Supremo Tribunal Federal: ADI-MC 1952/DF, Pleno, Rel. Moreira Alves, j. 12.08.1999, publ. DJ 12.05.2000, p. 19; AI-AgR 481886/SP, 2ª Turma, Rel. Carlos Velloso, j. 15.02.2005, publ. DJ 01.04.2005, p. 54 (RTJ vol. 195, nº 1, pp. 356); RE 349686/PE, 2ª Turma, Rel. Ellen Gracie, j. 14.06.2005, publ. DJ 05.08.2005, p. 119 (LexSTF vol. 27, nº 321, 2005, pp. 309-314); ADI 1950/SP, Pleno, Rel. Eros Roberto Grau, j. 03.11.2005, publ. DJ 02.06.2006, p. 4 (LexSTF vol. 28, nº 331, 2006, pp. 56-72); RE 422941/DF, 2ª Turma, Rel. Carlos Velloso, j. 06.12.2005, publ. DJ 24.03.2006, p. 55 (LexSTF vol. 28, nº 328, 2006, pp. 273-302); e ADI 3512/ES, Pleno, Rel. Eros Roberto Grau, j. 15.02.2006, publ. DJ 23.06.2006, p. 3 (LexSTF vol. 28, nº 332, 2006, pp. 69-82).

²⁹⁶ *Direito Económico*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, pp. 144-145.

²⁹⁷ *Curso de direito constitucional positivo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 774.

conforme os ditames da justiça social. Para alguns autores, o princípio da livre concorrência, embora muito ligado ao princípio da livre iniciativa, com ele não se confunde, não sendo dele mero desdobramento²⁹⁸.

O princípio da livre concorrência tem a ver com a possibilidade de competição entre os agentes econômicos. A concorrência é normalmente caracterizada como a possibilidade de disputa entre os diversos agentes econômicos por maior espaço em determinado setor da economia. O vocábulo “concorrência” significa “correr com”, “disputar”. Livre concorrência refere-se, assim, à possibilidade dos agentes econômicos disputarem livremente as relações contratuais e os consumidores de seus bens ou serviços²⁹⁹. Segundo Werter R. Faria, “a liberdade de concorrência é relativa ao direito de praticar o jogo econômico com os demais empresários que desempenham suas atividades no mercado, sem que estes ponham entraves à competição”³⁰⁰.

Ao tratar da livre concorrência, Eros Roberto Grau chama a atenção para o fato de que “a *livre concorrência*, no sentido que lhe é atribuído – ‘livre jogo das forças de mercado, na disputa pela clientela’ – supõe desigualdade final da competição, a partir, porém, de um quadro de igualdade jurídico-formal”³⁰¹. Ao se falar em livre concorrência, é preciso ter em mente que a concentração do poder econômico não é situação excepcional na economia capitalista, uma anomalia. Pelo contrário, o poder econômico é elemento intrinsecamente ligado à idéia de mercado no capitalismo contemporâneo.

²⁹⁸ Cf. Weter R. Faria: “Disciplina constitucional da concorrência”. In *Constituição econômica, liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 149. “Consagrando a livre concorrência como um dos princípios da ordem econômica”, esclarece Maurício de Moura Costa, “a Constituição declara, por um lado, que a livre concorrência não é uma consequência natural da livre iniciativa e, por outro lado, que a livre concorrência tem um valor próprio, sendo um elemento necessário para que a livre iniciativa possa cumprir seu valor social” (“O princípio constitucional de livre concorrência”. *Revista do IBRAC – Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo*, vol. 5, nº 1, 1998, p. 20). Em sentido diverso, entendendo a livre concorrência como corolário da livre iniciativa, ver Sérgio Varella Bruna: *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, pp. 135-136; e Paula Forgioni: *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 228.

²⁹⁹ Segundo Maurício de Moura Costa, “livre ação dos agentes econômicos, livre acesso ao mercado e livre escolha pelos consumidores e utilizadores, tais são as três liberdades que caracterizam um mercado concorrencial, um mercado onde a concorrência joga livremente. Ou seja, tais são as três liberdades visadas pelo princípio da livre concorrência” (“O princípio constitucional de livre concorrência”. *Revista do IBRAC – Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo*, vol. 5, nº 1, 1998, p. 16).

³⁰⁰ “Liberdade de empresa e de concorrência”. In *Constituição econômica, liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 108.

³⁰¹ *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*, p. 193.

Dado o fenômeno do poder econômico, a doutrina concorrencial procura relativizar a amplitude do princípio da livre concorrência. Nesse sentido, afirma Ana Maria de Oliveira Nusdeo: “A proteção constitucional à livre iniciativa, no entanto, não pode ser confundida com a manutenção das condições de concorrência perfeita, na qual não há qualquer manifestação do poder econômico de agentes no mercado. Ao contrário, o fenômeno do poder econômico é até mesmo reconhecido constitucionalmente, no § 4º do art. 173, que prescreve a repressão a seu abuso”³⁰².

Para José Afonso da Silva, a livre concorrência complementa a liberdade de iniciativa, uma vez que ambas as liberdades “visam tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista. A Constituição reconhece a existência do poder econômico. Este não é, pois, condenado pelo regime constitucional. Não raro esse poder econômico é exercido de maneira anti-social. Cabe, então, ao Estado intervir para coibir o abuso”³⁰³.

Feitos esses esclarecimentos, percebe-se que nem a liberdade de iniciativa nem a livre concorrência podem ser consideradas, a rigor, como princípios que tutelem ou permitam justificar o pluralismo no setor de comunicação social.

2.1.2 – Repressão ao abuso de poder econômico

Na introdução à 4ª edição do livro *O poder de controle na sociedade anônima* de Fábio Konder Comparato, Calixto Salomão Filho procura evidenciar que a evolução da reflexão sobre o poder nas ciências sociais constitui verdadeira “marcha da aceitação”. Segundo o autor, “uma rápida descrição de concepções recentes na filosofia, economia e direito demonstra uma –sem dúvida peculiar – convergência no sentido da

³⁰² *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 238. Da mesma forma Werter R. Faria observa que “a expressão ‘livre concorrência’ não se aplica à concorrência pura ou perfeita, que deixou de corresponder à realidade. Se o que existe realmente é a concorrência imperfeita ou monopolística, designa a forma de economia de mercado na época presente” (“Liberdade de empresa e de concorrência”. In *Constituição econômica, liberdade de iniciativa e de concorrência*, p. 110).

³⁰³ *Curso de direito constitucional positivo*, p. 775.

aceitação do poder como um dado da realidade, com o qual é possível conviver, mas que não pode – o que é pior, em muitos casos, sequer deve – ser combatido ou eliminado”³⁰⁴.

A reflexão de Calixto Salomão Filho acerca da aceitação do poder é aplicável de forma ainda mais contundente quando se trata de poder econômico. No tocante a este, a reflexão jurídica contemporânea é ainda mais benevolente e até glorificadora.

No plano constitucional pátrio, a referência ao poder econômico aparece pela primeira vez na Constituição de 1946. O art. 148 do texto constitucional de 1946 dispunha o seguinte: “a lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”. O art. 148 da Constituição de 1946, como se verifica imediatamente pela sua leitura, fala em repressão ao abuso do poder econômico e não ao poder econômico em si. O dispositivo constitucional introduziu no sistema jurídico brasileiro uma *linguagem de finalidade*, que, nas palavras de Benjamin Shieber, permitiria sustentar que “o diploma constitucional distinguirá entre os atos que tenham por fim domínio dos mercados nacionais, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros e outros atos da vida econômica, pois o art. 148 mandou reprimir somente aqueles, ainda que estes sejam julgados abusos do poder econômico pelo Poder Legislativo”³⁰⁵.

A Constituição de 1967 também falava em repressão ao abuso do poder econômico. O seu art. 157 dispunha que “a ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...) VI – repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros”. O texto constitucional de 1969 manteve a mesma redação do dispositivo, mas alterou o número do artigo (art. 160, inciso V).

O texto da Constituição Federal de 1988, por seu turno, estipula em seu art. 173, § 4º, que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos

³⁰⁴ “Poder econômico: a marcha da aceitação”. In Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho: *O poder de controle na sociedade anônima*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 1.

³⁰⁵ *Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966, p. 29.

mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Segundo Werter R. Faria, “o art. 173 da Constituição de 1988 distingue-se dos modelos anteriores porque determina a repressão ao abuso do poder econômico ‘que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros’. O abuso deixou de se caracterizar pela produção desses resultados. É reprimível qualquer ação que tenha por objeto a dominação de mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros, embora não chegue a causar nenhuma dessas conseqüências”³⁰⁶.

Com relação ao poder econômico, Eros Roberto Grau observa que “é não apenas um elemento da realidade, porém um dado constitucionalmente institucionalizado, no mesmo texto que consagra o princípio. O § 4º do art. 173 refere ‘abuso do *poder econômico*’. Vale dizer: a Constituição de 1988 o reconhece”³⁰⁷.

A partir do texto constitucional, a doutrina pátria vai além e reconhece a legitimidade do poder econômico. Segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr., o poder econômico “goza de uma certa legitimidade a *contrario sensu*, isto é, não pode ser limitado pelo Poder Público salvo se abusivo”³⁰⁸. Para a maioria dos autores, não há que se falar em ilegitimidade do poder econômico em si segundo o texto constitucional³⁰⁹. Nesse sentido, o art. 173, § 4º da Constituição Federal destinar-se-ia a coibir não o poder econômico, mas apenas seu exercício abusivo. Somente este seria vedado pelo texto constitucional. A propósito, sustenta Tércio Sampaio Ferraz Jr. que “como a Constituição fala em abuso do poder econômico, pressupõe certamente que o poder econômico, em si, é um fenômeno normal no processo de produção e circulação da riqueza. O que a lei deve reprimir é o seu abuso”³¹⁰.

³⁰⁶ “Disciplina constitucional da concorrência”. In *Constituição econômica, liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 150.

³⁰⁷ *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*, p. 192. No mesmo sentido, afirma Luis Fernando Schuartz que “a carta constitucional, ao mandar reprimir o abuso do poder econômico, pressupõe o poder como fenômeno natural do mercado nas sociedades modernas” (“Poder econômico e abuso do poder econômico no direito de defesa da concorrência brasileiro” *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 94, abr./jun. 1994, p. 26).

³⁰⁸ “Da abusividade do poder econômico”. *Revista de Direito Econômico* (Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE), nº 21, out./dez. 1995, p. 25.

³⁰⁹ Em sentido contrário, questionando a legitimidade do poder econômico ver André Carvalho Nogueira: *A dissolução do poder econômico como princípio regulatório*. Tese de doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (orientador: José Tadeu de Chiara), 2005.

³¹⁰ “Lei de defesa da concorrência: origem histórica e base constitucional”. *Arquivos do Ministério da Justiça*, vol. 45, nº 180, jul./dez. 1992, p. 182. Tratando também da legitimidade do poder econômico, Pedro Dutra assevera que “ele é essencialmente legítimo: quem está no mercado concorrencial quer poder; o poder está na natureza humana, quer-se o poder para superar as dificuldades, sendo ele sempre excludente – A tem

Na mesma linha, afirma Sérgio Varella Bruna que “a Constituição Federal vigente estabelece a diretriz de que ‘a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros’. Vê-se, portanto, que o poder econômico é tido como um dado estrutural da própria ordem econômica, a qual incrimina somente o abuso, deixando espaço para o exercício de tal poder de forma regular, desde que observados os ditames dessa mesma ordem econômica”³¹¹.

Observa ainda Pedro Dutra que “será legítimo o poder econômico alcançado – qualquer que seja seu nível – pelo crescimento interno da empresa, isto é, poder que conquistou como recompensa a sua maior eficiência, na disputa lisa com seus concorrentes”³¹². Portanto, temos que, como regra geral, a posição dominante em um mercado, obtida pelo crescimento interno do agente econômico, seria legítima; sendo considerado ilegítimo pelo texto constitucional apenas o exercício abusivo do poder econômico³¹³.

Também a disposição constitucional do art. 173, § 4º, que, segundo a grande maioria da doutrina concorrencial, confere legitimidade ao poder econômico e determina apenas a repressão ao *abuso* do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, não pode servir de fundamento do pluralismo no setor de mídia.

poder, retirando, diminuindo, impedindo que B, C ... tenham igual poder” (“A concentração do poder econômico: aspectos jurídicos do art. 54, da Lei 8884/94”. *Revista do IBRAC – Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo*, vol. 3, nº 8, ago. 1996, p. 8).

³¹¹ *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 129.

³¹² “A livre concorrência e sua defesa”. *Revista de Direito Econômico* (CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica), nº 22, jan./mar. 1996, p. 86.

³¹³ Para uma discussão sobre o conceito de abuso do poder econômico, ver Sérgio Varella Bruna: *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 128 e seguintes; e Luís Fernando Schuartz: “Poder econômico e abuso do poder econômico no direito de defesa da concorrência brasileiro”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 94, abr./jun. 1994, pp. 13-27, e “Abuso do poder econômico e (i)legitimidade”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 95, jul./set. 1994, pp. 57-63.

2.2 – Proteção dos direitos de comunicação social

O fundamento constitucional do pluralismo no setor de comunicação social pode ser encontrado no princípio do pluralismo político e cultural e na proteção dos direitos de comunicação social (liberdade de expressão e direito à informação)³¹⁴.

Podemos caracterizar o pluralismo político e cultural, a liberdade de expressão e o direito à informação como liberdades políticas em oposição às liberdades econômicas representadas pela liberdade de iniciativa e a livre concorrência. Se as liberdades econômicas estão voltadas para a proteção dos agentes privados no tocante ao exercício de atividade econômica, as liberdades políticas estão relacionadas, sobretudo, com a proteção da coletividade contra a concentração de poder econômico nas mãos de poucas pessoas e o uso arbitrário e abusivo do poder político.

A concepção mais moderna da liberdade de comunicação social ressalta sua importância no tocante à proteção dos destinatários das mensagens dos meios de comunicação. A evolução de uma concepção liberal (individualista) da liberdade de comunicação para uma visão coletiva e democrática permite sustentar a passagem de uma “liberdade de comunicação” – cuja titularidade pertenceria aos proprietários dos veículos de comunicação – a um “direito à comunicação” – cuja titularidade cabe aos destinatários das mensagens, isto é, à coletividade³¹⁵. A liberdade de comunicação social, ou, mais precisamente, o direito à comunicação social, passa a ser vista não como uma liberdade da

³¹⁴ É José Afonso da Silva quem ensina que a “*liberdade de comunicação* consiste num conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação” (*Curso de direito constitucional positivo*, p. 242).

³¹⁵ A primazia do direito do público na comunicação social é comumente ressaltada na jurisprudência estrangeira. Com relação aos Estados Unidos, a Suprema Corte, no famoso caso *Red Lion Broadcasting Co. vs. FCC* (395 U.S. 367, 89 S. CT. 1794, 23 L. ED. 2D 371, 1969), entendeu que “there is nothing in the First Amendment which prevents the government from requiring a licensee to share his frequency with others and to conduct himself as a proxy or fiduciary with obligations to present those views and voices which are representative of his community and which would otherwise, by necessity, be barred from the airwaves. (...) It is the right of the viewers and listeners, not the right of the broadcasters, which is paramount”. No tocante à França, Philie Marcangelo-Leos relata que “dans l’ensemble des décisions du Conseil constitutionnel relatives à la liberté de communication, l’accent est constamment mis sur la liberté de choix des destinataires de l’information. La liberté de communication, ‘*c’est une liberté de réception*’, une liberté dont bénéficient essentiellement les individus, si bien que l’on peut réellement relever l’existence de ‘*garanties constitutionnelles apportées à la liberté du public*’” (*Pluralisme et audiovisuel*. Paris : LGDJ (Bibliothèque de Droit Publique – Tome 240), 2004, pp. 95-96).

empresa (liberdade do dono do veículo de mídia), mas como um direito da coletividade (direito do leitor, ouvinte, telespectador etc.)³¹⁶.

Antes de tratar dos direitos à comunicação social (liberdade de expressão e direito à informação), porém, abordaremos o princípio do pluralismo político e cultural.

2.2.1 – Pluralismo político e cultural

A Constituição Federal brasileira reconhece o valor do pluralismo político e cultural existente no seio da sociedade e estabelece regras e princípios para a sua proteção e promoção.

A importância do pluralismo é ressaltada já no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, que afirma que o Estado democrático consagrado pelo texto constitucional destina-se a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais como valores supremos de uma sociedade fraterna, *pluralista* e sem preconceitos.

O pluralismo político, a seu turno, encontra-se expressamente previsto como um princípio da República Federativa do Brasil no texto constitucional, ao passo que o princípio do pluralismo cultural decorre de interpretação de diferentes regras previstas na Constituição Federal e de tratados internacionais assinados pelo Brasil.

Conforme previsto no art. 1º, inciso V da Constituição Federal de 1988, o pluralismo político é um princípio fundamental da República Federativa do Brasil. Umbilicalmente ligado ao regime democrático, o pluralismo político significa não apenas a existência de diferentes partidos no cenário político, mas a possibilidade de manifestação, debate e convivência de diferentes pontos de vista e de diversas correntes de pensamento e de opinião. A propósito, sustenta Gustavo Binenbojm que “dada a sua condição ‘fundante’

³¹⁶ A propósito, é interessante mencionar as observações de Eros Roberto Grau sobre a liberdade de comunicação social: “ora, é fora de dúvida que a liberdade de comunicação social e a imunidade à censura constituem um direito fundamental do homem. Isso é pacífico e não deverá ser questionado. Mas é necessário compreender que essa liberdade de comunicação social, e, sobretudo, essa imunidade à censura é um direito da sociedade. Vale dizer: não se trata de um direito que seja titular a empresa jornalística, de rádio ou televisão. As empresas que exploram os meios de comunicação certamente fazem uso desse direito. Têm a fruição imediata dele. Inobstante trata-se, no caso, de um direito que é exercitado pela empresa, em nome e no interesse da sociedade. O verdadeiro e real titular da imunidade à censura é a sociedade” (“Como garantir

da ordem constitucional, o pluralismo político deve ser compreendido em seu significado mais dilargado, alcançando não apenas o espectro político-partidário, mas todas as concepções e idéias que tenham relevância para o comportamento político coletivo”³¹⁷. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, por sua vez, sustentam que, “embora a Constituição brasileira, assim como tantas outras, utilize a expressão *pluralismo* agregando-lhe o adjetivo *político*, fato que à primeira vista poderia sugerir tratar-se de um princípio que se refere apenas a preferências políticas e/ou ideológicas, em verdade a sua abrangência é muito maior, significando pluralismo na *polis*, ou seja, um direito fundamental à *diferença* em todos os âmbitos e expressões da convivência humana – tanto nas escolhas de natureza política quanto nas de caráter religioso, econômico, social e cultural, entre outras”³¹⁸.

Reconhecida a importância e a abrangência do princípio do pluralismo político, mister é refletir sobre os meios necessários para que a diversidade de idéias e concepções se manifeste. Nesse sentido, assevera Vera Maria Nusdeo Lopes que “num sistema democrático, é absolutamente indispensável a todos os partidos políticos e correntes de opinião serem conhecidos pela sociedade, de forma a propiciar aos cidadãos suas opções políticas e colaborar no processo de tomada de decisões nas quais a sociedade seja chamada a participar. Daí a necessidade de se assegurar, pelo ordenamento jurídico, a possibilidade de acesso de todos os segmentos aos meios de comunicação de massa, garantindo a efetiva igualdade de todos perante as oportunidades de comunicação e também o conhecimento pela população de todas as propostas existentes”³¹⁹.

Em outras palavras, a promoção do princípio do pluralismo político está intimamente ligada à forma de organização do setor de comunicação social. Como os veículos de comunicação social, notadamente a televisão aberta (radiodifusão de sons e

a informação ao povo”. In *Problemas e reformas – subsídios para o debate constituinte*. São Paulo: Departamento Editorial da OAB/SP, 1988, pp. 104-105).

³¹⁷ “Meios de comunicação de massa: pluralismo e democracia deliberativa; as liberdades de expressão e de imprensa nos EEUU e no Brasil”. *Revista da EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 6, nº 23, 2003, p. 374. Nesse sentido, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins afirmam que “por pluralismo político não se deve entender tão-somente a multiplicidade de partidos políticos. Há de se entender também o pluralismo dos sindicatos, das igrejas, das escolas e das universidades, das empresas, das organizações culturais e, enfim, de todas aquelas organizações que podem ser sempre de interesses específicos dentro do Estado e conseqüentemente servir para opor-se-lhe e controlá-lo” (*Comentários à Constituição do Brasil*. 1º Vol. (Arts. 1º a 4º). São Paulo: Saraiva, 1988, p. 426).

³¹⁸ *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 146.

³¹⁹ *O direito à informação e as concessões de rádio e televisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 211.

imagens) são, nas sociedades de massas, os principais canais de transmissão de informações para a população, o pluralismo na mídia é fundamental para a garantia do princípio do pluralismo político. Para Gustavo Binenbojm, “constata-se, assim, desde logo que a regulação dos meios de comunicação de massa, à vista de seu poder e sua influência na constituição do discurso político, deve pautar-se pela promoção do pluralismo em sua acepção mais ampla e, sempre que possível, de modo a alcançá-lo em sua plenitude”³²⁰.

Ao contrário do pluralismo político, o pluralismo cultural não é um princípio expressamente inscrito no texto da Constituição Federal de 1988. Entretanto, o princípio do pluralismo cultural pode ser inferido do disposto nos artigos 215 e 216 da Constituição³²¹. Vejamos a redação de referidos dispositivos constitucionais:

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

§ 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

(...)

§ 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:

I - defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro;

II - produção, promoção e difusão de bens culturais;

III - formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões;

IV - democratização do acesso aos bens de cultura;

V - valorização da diversidade étnica e regional.

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto,

³²⁰ “Meios de comunicação de massa: pluralismo e democracia deliberativa; as liberdades de expressão e de imprensa nos EEUU e no Brasil”. *Revista da EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 6, nº 23, 2003, p. 374.

³²¹ Esse também é o entendimento de José Afonso da Silva: *Curso de direito constitucional positivo*, p. 143.

portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

§ 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

(...)

§ 3º - A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

A idéia de pluralismo cultural permeia o disposto nos arts. 215 e 216 do texto constitucional. O art. 215 determina que o Estado (i) promova o acesso de todos os brasileiros às diversas fontes da cultura nacional, (ii) apóie e incentive a difusão da pluralidade das manifestações culturais existentes no país, e (iii) proteja as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. Já o *patrimônio cultural brasileiro* de que fala o art. 216 do texto constitucional é formado pelo conjunto dos bens de natureza material e imaterial portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos *diferentes* grupos formadores da sociedade brasileira. A Constituição Federal, ao proteger a cultura, o faz amparada no princípio do pluralismo cultural.

Na radiodifusão, o princípio do pluralismo cultural também está subjacente à disciplina da produção e programação das emissoras de radiodifusão (rádio e de televisão) traçada pelo art. 221 da Constituição. Com efeito, o dispositivo constitucional prevê que a produção e a programação das emissoras de rádio e de televisão deverão atender aos princípios de promoção da cultura nacional e regional (inc. II) e de regionalização da produção cultural (inc. III).

Além disso, o pluralismo cultural é assegurado no âmbito de documentos internacionais subscritos e referendados pelo Brasil. Nesse sentido, cumpre destacar, em primeiro lugar, a Convenção sobre a proteção e promoção da diversidade das expressões culturais da UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura), de 2005³²².

A Convenção afirma que a diversidade cultural é uma característica essencial da humanidade e sustenta que ela cria um mundo rico e variado que aumenta a gama de possibilidades e nutre as capacidades e valores humanos, constituindo, assim, um dos principais motores do desenvolvimento sustentável das comunidades, povos e nações. A Convenção reconhece que a cultura assume formas diversas através do tempo e do espaço e destaca que a diversidade se manifesta na originalidade e na pluralidade das identidades, assim como nas expressões culturais dos povos e das sociedades que formam a humanidade. A diversidade cultural se fortalece mediante a livre circulação de idéias e se nutre das trocas constantes e da interação entre culturas.

A Convenção afirma como objetivos, entre outros, (i) a proteção e a promoção da diversidade das expressões culturais e (ii) a promoção do respeito pela diversidade das expressões culturais e a conscientização de seu valor nos planos local, nacional e internacional. Entre os princípios orientadores da Convenção, destaca-se o princípio da igual dignidade e do respeito por todas as culturas, segundo o qual a proteção e a promoção da diversidade das expressões culturais pressupõem o reconhecimento da igual dignidade e o respeito por todas as culturas, incluindo as das pessoas pertencentes a minorias e as dos povos indígenas. A Convenção destaca ainda que a liberdade de expressão do pensamento e a liberdade de informação, bem como a diversidade da mídia, possibilitam o florescimento das expressões culturais nas sociedades. Por fim, segundo o texto da Convenção, as partes signatárias afirmam o direito soberano de formular e

³²² A Convenção foi ratificada pelo Decreto Legislativo nº 485, de 20.12.2006, e promulgada pelo Decreto nº 6.177, de 01.08.2007, incorporando-se, assim, ao direito interno brasileiro. O texto da Convenção encontra-se disponível no [sítio da Internet: http://www.cultura.gov.br/foruns_de_cultura/diversidade_cultural/a_convencao/index.php](http://www.cultura.gov.br/foruns_de_cultura/diversidade_cultural/a_convencao/index.php), acessado em 18.09.2008. Ver a propósito, Carla Gonçalves Antunha Barbosa, João Mitia Antunha Barbosa e Marco Antonio Barbosa: “Direito à diversidade cultural na sociedade da informação”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 15, nº 59, abr./jun./2007, pp. 38-55.

implementar as suas políticas culturais e de adotar medidas para a proteção e a promoção da diversidade das expressões culturais.

Anteriormente à Convenção sobre a proteção e promoção da diversidade das expressões culturais da UNESCO, o Brasil havia subscrito a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural de 2001³²³.

No art. 1º (Diversidade cultural, patrimônio comum da humanidade), a Declaração ressalta que a cultura adquire formas diversas através do tempo e do espaço. Essa diversidade se manifesta na originalidade e na pluralidade de identidades que caracterizam os grupos e as sociedades que compõem a humanidade. Nesse sentido, constitui o patrimônio comum da humanidade e deve ser reconhecida e consolidada em benefício das gerações presentes e futuras. A Declaração prossegue no art. 2º (Da diversidade cultural ao pluralismo cultural), afirmando que em nossas sociedades cada vez mais diversificadas, torna-se indispensável garantir uma interação harmoniosa entre pessoas e grupos com identidades culturais a um só tempo plurais, variadas e dinâmicas, assim como sua vontade de conviver. As políticas que favoreçam a inclusão e a participação de todos os cidadãos garantem a coesão social, a vitalidade da sociedade civil e a paz. Definido desta maneira, o pluralismo cultural constitui a resposta política à realidade da diversidade cultural. A Declaração proclama ainda em seu art. 6º (Rumo a uma diversidade cultural acessível a todos) que, na medida em que se garanta a livre circulação das idéias mediante a palavra e a imagem, deve-se cuidar para que todas as culturas possam se expressar e se fazer conhecidas. A liberdade de expressão, o pluralismo dos meios de comunicação, o multilingüismo, a igualdade de acesso às expressões artísticas, ao conhecimento científico e tecnológico – inclusive em formato digital - e a possibilidade, para todas as culturas, de estar presentes nos meios de expressão e de difusão, são garantias da diversidade cultural.

Por força do disposto no próprio texto constitucional, os direitos e garantias expressamente previstos na Constituição não excluem outros que possam ser extraídos dos princípios por ela adotados e dos tratados e convenções em que o Brasil seja parte. Nesse sentido, o art. 5, § 2º da Constituição Federal, inserido no Capítulo I – Dos

³²³ O texto da Declaração encontra-se disponível no sítio da Internet: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>, acessado em 18.09.2008.

direitos e deveres individuais e coletivos do Título II – Dos direitos e garantias fundamentais, estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Em complemento dessa disposição, o § 3º do mesmo art. 5º determina que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

O princípio do pluralismo político e cultural tem especial aplicação no setor de comunicação social. Nesse setor, a noção de pluralismo está geralmente associada à idéia de diversidade de informação, que pode ser traduzida, de um lado, na presença de um número significativo de diferentes fontes de informação e, de outro lado, na expressão das diversas correntes de opinião e pontos de vista sobre um determinado assunto de interesse público e das múltiplas manifestações culturais existentes na sociedade³²⁴.

No setor de mídia, o pluralismo ocupa um lugar central, de primazia. Ele constitui a viga mestra sobre a qual a configuração estrutural do setor está assentada. A primazia do princípio do pluralismo político e cultural assume grande relevância no setor de mídia na medida em que condiciona não só a atividade normativa (produção de leis e demais normas jurídicas), mas também a tarefa interpretativa (decisões em processos judiciais e administrativos).

O princípio do pluralismo como norteador do setor de comunicação social também encontra seu fundamento de validade na liberdade de expressão e no direito à informação.

³²⁴ Nesse sentido, Gillian Doyle assevera que “pluralism is generally associated with diversity in the media; the presence of a number of different and independent voices, and of differing political opinions and representations of culture within the media” (*Media ownership: the economics and politics of convergence and concentration in the UK and European media*. Londres: Sage Publications, 2002, p. 11).

2.2.2 – Liberdade de expressão

A Constituição Federal de 1988 garante a liberdade de manifestação do pensamento e de expressão em seus arts. 5º e 220. O art. 5º, em seus incisos IV e IX, afirma o seguinte:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:

(...)

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

(...)

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

O artigo 220 do texto constitucional determina, por sua vez, o seguinte:

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

§ 1º. Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º. É vedada toda e qualquer forma de censura de natureza política, ideológica e artística.

Finalmente, como visto acima, o artigo 5º, § 2º da Constituição Federal estipula que os direitos e garantias expressos no texto constitucional não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O Brasil, vale lembrar, foi um dos

signatários da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948)³²⁵ e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948)³²⁶, bem como ratificou e promulgou, incorporando à sua ordem jurídica interna, tanto o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966)³²⁷ quanto a Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (1969)³²⁸. Todos esses documentos internacionais possuem dispositivos protetores da liberdade de expressão de idéias e opiniões.

Preliminarmente, cumpre esclarecer que utilizaremos neste trabalho o termo *liberdade de expressão* para designar a liberdade de manifestação do pensamento e a liberdade de expressão sob as suas mais diferentes formas: artística, cultural, religiosa, política etc. Designaremos, assim, por liberdade de expressão a faculdade de qualquer pessoa de formar uma opinião, um juízo de valor, uma convicção, uma crença ou uma doutrina, sobre qualquer assunto dos mais variados campos da atividade humana (artes, ciências, moral, filosofia, religião, política etc.), bem como o direito de fazer conhecer aos outros, ou seja, exteriorizar, a sua formulação intelectual ou as suas sensações, sentimentos ou criatividade, de forma livre e sem peias³²⁹.

³²⁵ O art. 19 da Declaração Universal dos Direitos do Homem dispõe que “todo homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”.

³²⁶ O art. IV da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem proclama que “toda pessoa tem o direito à liberdade de investigação, de opinião e de expressão e difusão do pensamento, por qualquer meio”.

³²⁷ O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos foi ratificado pelo Decreto legislativo nº 226, de 12.12.1991, e promulgado pelo Decreto nº 592, de 06.07.1992. Seu art. 19 dispõe que: “1 - Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões. 2 - Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, de forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio a sua escolha”.

³²⁸ O Brasil aderiu à Convenção Americana de Direitos Humanos por ato de 25.09.1992, com ressalva dos artigos 45 -1 e 62 -1. A Convenção foi promulgada pelo Decreto nº 678, de 06.11.1992. O Pacto de San José da Costa Rica proclama que “toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão” (art. 13), afirmando ainda que esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza.

³²⁹ Nesse sentido ver André Ramos Tavares: “Liberdade de expressão-comunicação”. In Fernando Luiz Ximenes Rocha e Filomeno Moraes (orgs.): *Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, pp. 53 e seguintes. Alguns autores, como Guilherme Döring Cunha Pereira, preferem distinguir no âmbito da liberdade de opinião (*lato sensu*) entre liberdade de crítica (ou liberdade de opinião *stricto sensu*) e liberdade de expressão de idéias. A primeira corresponderia à liberdade de manifestar a opinião acerca de fatos, pessoas, instituições etc.; ao passo que a segunda designaria a liberdade de manifestar convicções mais gerais, doutrinas, concepções, teses etc. (*Liberdade e responsabilidade dos meios de comunicação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 65-66). Entretanto, Guilherme Döring Cunha Pereira acaba por reconhecer que “quando, no art. 220, a Constituição se refere a ‘pensamento’, ela parece estar referindo-se quer à ‘opinião’, no sentido estrito (...), quer à idéia, também em sentido estrito” (*Ibidem*, p. 66).

A liberdade de expressão pode ser entendida como uma liberdade pessoal, ou seja, cujo titular é uma pessoa natural, um homem individual. Nesse sentido, a liberdade de expressão visa ao desenvolvimento da personalidade e à realização pessoal da faculdade de manifestar criações intelectuais. Esse parece ser o teor do art. 5º, incisos IV e IX do texto constitucional³³⁰. Nessa acepção individual, o direito à livre expressão e manifestação do pensamento consiste em verdadeira liberdade na medida em que exige uma abstenção universal, ou seja, não só do Estado (Poder Público), mas também de outras pessoas, inclusive particulares. Essa visão individualista não esgota, porém, o conteúdo da liberdade de expressão.

A liberdade de expressão não é garantida constitucionalmente apenas para o desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Ela é assegurada para proteção do interesse coletivo na difusão e na circulação de idéias, opiniões e pensamentos na esfera pública. Nesse sentido coletivo, a liberdade de expressão está intimamente ligada à idéia de viabilidade e proteção do regime democrático³³¹. A participação dos cidadãos no debate sobre assuntos de interesse coletivo e na tomada de decisões políticas pressupõe, de um lado, a possibilidade de circulação de idéias, opiniões e pensamentos e, de outro, a liberdade e possibilidade de cada cidadão de tomar conhecimento da diversidade de idéias, opiniões e concepções existentes no seio da sociedade. Para o Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, “a liberdade de expressão pode ser entendida como uma garantia da diversidade de opiniões, o que (...) ajuda a formar uma convicção soberana, livre e popular acerca das mais variadas matérias, sejam políticas, sociais ou históricas”³³².

A liberdade de expressão, no direito constitucional brasileiro, pode ser vista também como um direito da coletividade³³³. Essa parece ser a acepção do art. 220,

³³⁰ O art. 5º está inserido no Capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais do Título II (Dos direitos e garantias fundamentais) da Constituição Federal de 1988.

³³¹ Cf. André Ramos Tavares: “Liberdade de expressão-comunicação”. In Fernando Luiz Ximenes Rocha e Filomeno Moraes (orgs.): *Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*, pp. 55-56.

³³² “Liberdade de expressão”. In Fernando Luiz Ximenes Rocha e Filomeno Moraes (orgs.): *Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 600.

³³³ Relata Gustavo Binenbojm que “há duas grandes concepções sobre as liberdades de expressão e de imprensa no pensamento norte-americano: (I) a *teoria libertária*, centrada na figura do autor da mensagem, seja ele um artista, escritor, jornalista ou qualquer sujeito que realize atividade expressiva de idéias; tal teoria prega que as garantias da Primeira Emenda visam a proteger fundamentalmente a autonomia privada e o direito à expressão do pensamento sem interferências externas. Aqui a liberdade de expressão se identifica

caput, da Constituição Federal, segundo o qual a “manifestação do pensamento e a expressão não sofrerão qualquer restrição”³³⁴. A leitura do dispositivo constitucional sugere o predomínio da noção objetiva de livre expressão e manifestação do pensamento sobre a idéia de liberdade de expressão.

Alexandre Ditzel Faraco, com propriedade, atribui à liberdade de expressão o caráter de garantia institucional do regime democrático, pois, segundo ele, “a liberdade de expressão pública, em regra consagrada constitucionalmente, deve ser compreendida não apenas nos limites de um direito subjetivo de cada cidadão, mas como proteção a uma liberdade que apresenta um conteúdo institucional e mostra-se indispensável à realização de um Estado democrático, fundado no pluralismo político (artigo 1º, *caput*, e inciso V, da Constituição de 1988)”³³⁵.

As garantias institucionais, no entendimento de Fábio Konder Comparato, podem ser conceituadas como “formas de organização do Estado, ou institutos da vida social, cuja função é assegurar o respeito aos direitos subjetivos fundamentais, declarados na Constituição; não apenas das liberdades individuais (*Freiheitsrechte*), como pareceu aos autores alemães, mas de todas as demais espécies de direitos humanos. Na primeira classe de garantias institucionais, situa-se, por exemplo, a separação de poderes.

como uma dimensão da chamada *liberdade dos modernos*, para usar a expressão cunhada por Benjamin Constant, vista como emanção da personalidade individual a ser *defendida* da intervenção estatal. (II) a *teoria democrática*, que vê a Primeira Emenda, essencialmente, como instrumento de autogoverno, de forma a permitir que os cidadãos sejam livremente informados sobre os assuntos de interesse geral e, desde [sic] modo, estejam aptos a formar livremente a sua convicção; tal teoria coloca a figura do destinatário da mensagem no centro de gravidade das liberdades de expressão e imprensa. A preocupação com a autonomia individual é aqui centrada menos no emissor que nos receptores das mensagens. Usando mais uma vez a dicotomia vislumbrada por Constant, esta teoria se apresenta como dimensão da chamada *liberdade dos antigos*, identificada com a cidadania participativa e a construção da vontade comum pela participação ativa dos cidadãos nos negócios da *polis*” (“Meios de comunicação de massa: pluralismo e democracia deliberativa; as liberdades de expressão e de imprensa nos EEUU e no Brasil”. *Revista da EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 6, nº 23, 2003, p. 363). No mesmo sentido, ver Edilson Pereira de Farias: *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pp. 63 e seguintes.

³³⁴ É interessante notar que o *caput* do art. 220 do texto constitucional, inserido no capítulo da comunicação social, não diz que à empresa de comunicação é garantida a liberdade de expressão. A Constituição estabelece que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição”. Essa formulação impessoal ressalta o caráter de garantia objetiva da liberdade de expressão e manifestação do pensamento. No tocante aos meios de comunicação social, parece plausível afirmar que o sentido da liberdade de expressão de que fala o art. 220, *caput* do texto constitucional é o de garantia jurídico-institucional do regime democrático e não o de direito individual do proprietário da empresa de comunicação.

³³⁵ “Difusão do conhecimento e desenvolvimento: a regulação do setor de radiodifusão”. In: Calixto Salomão Filho (coord.): *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 97.

Na segunda, também exemplificativamente, os institutos componentes da seguridade social, ou o sistema público de ensino”³³⁶.

O instituto da liberdade de expressão – ou de forma mais apropriada a livre expressão e manifestação do pensamento –, na medida em que visa a assegurar a circulação da pluralidade de idéias, opiniões e pensamentos na esfera pública, no interesse da coletividade, pode ser entendido como uma garantia institucional do regime democrático.

Na sociedade de massas, cumpre observar que a expressão do pensamento, de opiniões e de idéias, principalmente de ordem política, necessita, em grande medida, da mediação dos meios de comunicação social para atingir a coletividade. Na sociedade contemporânea, a expressão das principais correntes de pensamento e de opinião necessita da mídia para atingir os destinatários de suas mensagens. Observa Sérgio Gardenghi Suiama que “o advento dos meios de comunicação de massa, no século XX, transformou radicalmente a estrutura do direito individual à livre expressão do pensamento. O pleno acesso, *por todos* os cidadãos, às opiniões e idéias essenciais à vida na *polis* somente pode ser feito por meio da televisão e do rádio. A imprensa escrita, como é sabido, não alcança número expressivo de leitores no Brasil, e a *internet*, espaço democrático, quase anárquico, de comunicação global, também possui um universo de usuários muito restrito”³³⁷. Assim, verificamos que existem meios onde há uma disponibilidade material e livre acesso, como a palavra falada e escrita e a imagem. No entanto, há meios não acessíveis a todos, como o rádio e a televisão. Nesses, apenas os detentores das licenças para exploração dos canais de radiodifusão possuem plena

³³⁶ “As garantias institucionais dos direitos humanos”. In *Enciclopédia digital de direitos humanos*. Disponível no sítio da Internet: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/comparato/comparato_garantias.html, acessado em 03.11.2008. Paulo Bonavides entende as garantias institucionais como sendo “a proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece fundamental para a sociedade, bem como a certos direitos fundamentais providos de um componente institucional que os caracteriza” (*Curso de direito constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 537). Procurando diferenciar os direitos fundamentais das garantias institucionais, Jorge Miranda sustenta que “para saber (...) se determinada norma se reporta a um direito ou a uma garantia institucional, haverá que indagar se ela estabelece uma faculdade de agir ou de exigir em favor de pessoas ou de grupos, se coloca na respectiva esfera jurídica uma situação activa que uma pessoa ou grupo possa exercer por si e invocar directamente perante outras entidades – hipótese em que haverá um direito fundamental; ou se, pelo contrário, se confina a um sentido organizatório objectivo, independentemente de uma atribuição ou de uma actividade pessoal – caso em que haverá apenas uma garantia institucional” (*Manual de direito constitucional*. Tomo IV (Direitos fundamentais). 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 69).

liberdade de manifestação do pensamento e de opiniões; os demais membros da coletividade, não, como aponta Fábio Konder Comparato³³⁸.

Para a maioria dos autores, a proteção constitucional do direito da sociedade à livre expressão do pensamento e de opiniões não permite falar em um direito pessoal de cada cidadão ou grupo social de acesso à mídia. O que importa para a vitalidade do debate na esfera pública, sustenta um autor, é o acesso aos meios de comunicação social pelas principais correntes de pensamento e de opinião existentes na sociedade³³⁹.

A liberdade de expressão não deve ser confundida com a liberdade de informação (que analisaremos a seguir), pois esta consiste no direito de receber e procurar informações sobre fatos e notícias, ao passo que aquela tem por objeto a manifestação de pensamentos, idéias e opiniões³⁴⁰. Evidentemente que a separação entre fato e opinião não possui limites precisos; entretanto, a distinção é útil no direito brasileiro em função da diversidade de regimes jurídicos aplicáveis à liberdade de expressão e ao direito à informação. Em razão dessa distinção, afirma-se que os elementos veracidade ou objetividade não são exigíveis no tocante à liberdade de expressão³⁴¹. A liberdade de

³³⁷ “A voz do dono e o dono da voz: o direito de resposta coletivo nos meios de comunicação social”. *Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União*, v. 1, nº 5, out./dez. 2002, p. 110.

³³⁸ “É possível democratizar a televisão”. In: Adauto Novaes: *Rede imaginária: televisão e democracia*. São Paulo: Companhia das Letras/Secretaria Municipal de Cultura de São Paulo, 1991, p. 306. Comparato considera lamentável a confusão entre liberdade de expressão e liberdade de empresa. Para o autor “liberdade de expressão não se confunde com liberdade de exploração empresarial nem é, de modo algum, garantida por ela. Constitui, pois, uma aberração que os grandes conglomerados do setor de comunicação de massa invoquem esse direito fundamental à liberdade de expressão, para estabelecer um verdadeiro oligopólio nos mercados, de forma a exercer, com segurança, isto é, sem controle social ou popular, uma influência dominante sobre a opinião pública” (“A democratização dos meios de comunicação de massa”. In Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (orgs.): *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 157-158). Sobre o tema, ver também Octavio Penna Pieranti e Deborah Moraes Zouain: “O Estado e os direitos fundamentais no Brasil: a colisão entre o direito de propriedade e a liberdade de expressão”. *Revista de Direito Público da Economia*, ano 6, nº 22, abr./jun. 2008, pp. 141-160.

³³⁹ Cf. Thomas Gibbons: *Regulating the media*. 2ª ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1998, pp. 33-34.

³⁴⁰ Nesse sentido Edilson Pereira de Farias: *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e de informação*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996, pp. 131-132. O mesmo entendimento é sustentado por José Alberto de Melo Alexandrino com relação ao direito português (*Estatuto constitucional da actividade de televisão*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 82). Com relação ao direito espanhol, Jose Carlos Laguna de Paz assevera que “las libertades de expresión e información son libertades distintas. La libertad de expresión protege la posibilidad de exteriorizar y difundir ideas, opiniones y juicios de valor. (...) La libertad de información es la libertad de comunicar hechos ‘noticiales’ o ‘noticiosos’, de trascendencia pública, a efectos de que sea real la participación de los ciudadanos en la vida colectiva” (*Regimen jurídico de la television privada*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Juridicas, 1994, p. 122).

³⁴¹ A propósito, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho sustenta que “enquanto a expressão de uma idéia, uma opinião, um pensamento, não encontra, necessariamente, qualquer apego aos fatos, à veracidade, à imparcialidade, atributos que não lhe cumpre preencher, a informação, como bem jurídico que é, não pode

expressão tem a ver, sobretudo, com a expressão da subjetividade (idéias, pensamentos e opiniões). Não se trata propriamente da comunicação de fatos e acontecimentos, para os quais faria sentido exigir objetividade³⁴².

Embora a liberdade de informação tenha nascido como consectário da liberdade de expressão, como se verifica inclusive pela redação de diversos documentos internacionais (Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, e Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966), ela irá adquirir existência autônoma a partir, sobretudo, da segunda metade do século XX.

2.2.3 – *Direito à informação*

A Constituição Federal de 1988 consagra no art. 5º, incisos XIV e XXXIII, de forma inovadora no âmbito constitucional brasileiro, o direito à informação, nos seguintes termos:

ser confundida como simples manifestação do pensamento. Quem veicula uma informação, ou seja, quem divulga a existência, a ocorrência, o acontecimento de um fato, de uma qualidade, ou de um dado, deve ficar responsável pela demonstração de sua existência objetiva, despida de qualquer apreciação pessoal” (*Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 24-25).

³⁴² Nesse sentido, ver também Edilson Pereira de Farias: *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 55. A não exigência de veracidade ou objetividade não implica dizer que a livre expressão e manifestação do pensamento não deva respeitar outros valores e direitos fundamentais, tais como o direito à honra, o direito à intimidade e à vida privada, o direito à imagem, e a dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, a liberdade de expressão não afasta, em princípio, a ocorrência dos crimes de calúnia, injúria e difamação, e de racismo. Esses aspectos abrem dois campos de discussão interessantes: a questão da colisão de direitos fundamentais e o problema do discurso do ódio (*hate speech*). Os estreitos limites deste trabalho não nos permitem adentrar essas discussões. Sobre a colisão de direitos fundamentais, ver Gilmar Ferreira Mendes: “Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem”. *Revista de Informação Legislativa*, nº 122, mai./jul. 1994, pp. 297-301; Edilson Pereira de Farias: *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e de informação*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996; Robert Alexy: “Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático”. *Revista de Direito Administrativo*, nº 217, jul./set. 1999, pp.67-79; Mônica Neves Aguiar da Silva Castro: *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; e Clèmerson Merlin Clève e Alexandre Reis Siqueira Freire: “Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais”. In Eros Roberto Grau e Sérgio Sêrvulo da Cunha (orgs.): *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, pp. 231-243. Sobre o *hate speech*, ver: Rita Kirk Whillock e David Slayden (ed.): *Hate speech*. Thousand Oaks, CA/Londres: Sage, 1995; Nicholas Wolfson: *Hate speech, sex speech, free speech*. Londres: Praeger, 1997; Kenneth D. Ward: “Free speech and the development of liberal virtues: an examination of the controversies involving flag-burning and hate speech”. *University of Miami Law Review*, vol.52, nº 3, 1998, pp.733-792; Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco: *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 359 e seguintes; e o Caso Ellwanger: HC 82424/RS, Pleno, Rel. Moreira Alves, j. 17.09.2003, publ. DJ 19.03.2004, p. 17.

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:

(...)

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

(...)

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

Além disso, o *caput* do art. 220 da Constituição Federal afirma, conforme visto anteriormente, que, no tocante aos meios de comunicação social, *a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerá qualquer restrição*, observado o disposto na Constituição. Pode-se afirmar, assim, que o direito à informação foi consagrado pela Constituição Federal de 1988 como um direito autônomo em relação à liberdade de expressão.

Carlos Roberto Siqueira Castro ensina que “o direito a informação, que compreende de modo amplo o direito de ser informado e a ter acesso às informações necessárias ou desejadas para a formação do conhecimento, constitui por certo, juntamente com o direito à vida, a mais fundamental das prerrogativas humanas, na medida em que o saber determina o entendimento e as opções da consciência, o que distingue os seres inteligentes de todas as demais espécies que exercitam o dom da vida. Trata-se, também, do pré-requisito mais essencial ao regime democrático, sabido que os indivíduos e sobretudo um povo desinformado e destituído da capacidade de crítica para avaliar o processo social e político acham-se proscritos das condições da cidadania que dão impulso aos destinos das nações”³⁴³.

³⁴³ *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 437.

A vinculação entre direito à informação e democracia é também ressaltada por Celso Lafer, para quem “o direito à informação (...) é precipuamente uma liberdade democrática, destinada a permitir uma adequada, autônoma e igualitária participação dos indivíduos na esfera pública”³⁴⁴. Para Paulo Bonavides, o direito à informação, assim como o direito à democracia e o direito ao pluralismo, constituiria um direito fundamental de quarta geração³⁴⁵.

A conceituação precisa do direito à informação não é tarefa das mais simples, mesmo porque alguns autores ainda questionam a própria autonomia do direito à informação em relação à liberdade de expressão³⁴⁶. Aluizio Ferreira procura definir o direito à informação como “o direito que todo ser humano tem de estar informado, vale dizer, o direito a ter e dispor de informações”³⁴⁷. Para Luis Gustavo Castanho de Carvalho, “o direito à informação compreende o seguinte conteúdo: 1. *faculdade de investigar*; 2. *dever de informar*; 3. *direito de informar*; 4. *direito de ser informado*; e 5. *faculdade de receber informação*”³⁴⁸.

O direito à informação liga-se, portanto, à idéia de direito de cada cidadão de ser informado e de ter acesso a informações, além da liberdade de informar. De um lado temos, portanto, a faculdade de comunicar livremente informação; e de outro o direito de ser mantido informado de forma completa e fidedigna e o direito de buscar informações desejadas sem limitações ou obstruções. Completando esse conjunto de idéias, é preciso acrescentar que a informação diz respeito a fatos, dados e acontecimentos da realidade política, econômica, social e cultural.

³⁴⁴ *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, p. 241. Esclareça-se que, na visão de Celso Lafer, o direito à informação está também ligado à liberdade de opinião e de expressão.

³⁴⁵ *Curso de direito constitucional*, p. 571.

³⁴⁶ Ver nesse sentido Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco: *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 349 e seguintes.

³⁴⁷ *Direito à informação, direito à comunicação: direitos fundamentais na Constituição brasileira*. São Paulo: Celso Bastos Editor/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997, p. 154.

³⁴⁸ *Direito de informação e liberdade de expressão*, p. 57. Após afirmar que o direito de informação é, na realidade, um complexo de direitos, José Alberto de Melo Alexandrino discrimina seus componentes: “(i) o direito de informar consiste na faculdade reconhecida a todos de comunicar publicamente informações, sem impedimentos nem discriminações; (ii) o direito de se informar consiste na faculdade reconhecida a todos de procurar informações, sem impedimentos nem discriminações; (iii) o direito de ser informado consiste na liberdade de receber informação e no direito de ser mantido informado de forma adequada - direito igualmente reconhecido a todos, sem impedimentos nem discriminações” (*Estatuto constitucional da actividade de televisão*, p. 116).

A rigor, dois elementos são considerados fundamentais para a caracterização do direito à informação: a objetividade e o interesse público. O direito à informação, por estar ligado ao relato de fatos e acontecimentos da realidade efetivamente ocorridos, pressupõe a objetividade ou veracidade da informação³⁴⁹. Por outro lado, o direito à informação diz respeito a fatos ou acontecimentos (notícias) de transcendência coletiva ou de interesse público. A idéia de *interesse público* ligada ao direito à informação não se confunde com *interesse do público*: nem tudo que interessa ao público ou que atiaça sua curiosidade tem uma transcendência coletiva – ou seja, diz respeito ao que é comum a todos – de forma a justificar a divulgação para a coletividade³⁵⁰.

A antiga concepção liberal de liberdade de informação, como um direito individual, sob a influência de idéias democráticas, adquire uma nova feição em uma sociedade de massas, uma dimensão coletiva, que é expressa de forma mais pertinente pelo termo “direito à informação”, cujo titular é a coletividade. Da liberdade individual de informar passamos ao direito à informação dos cidadãos³⁵¹.

³⁴⁹ Para Guilherme Döring Cunha Pereira, a veracidade é um atributo da liberdade de crônica, locução que ele utiliza como sinônimo de liberdade de informação. Nas palavras do autor, “o atributo da veracidade é central ao próprio conceito de crônica, compondo-a. Crônica é a narração ou exposição por imagens, sons etc., de fatos. Com o termo fato quer-se significar algo realmente ocorrido. Nesse sentido, liberdade de crônica não abarca a narração ou exposição de ‘fatos’ hipotéticos, fictícios, ou a descrição de situações não havidas na realidade apresentadas como tais, falsas, portanto. O atributo da veracidade está implícito na noção de crônica, quando esta se usa na locução liberdade de crônica” (*Liberdade e responsabilidade dos meios de comunicação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 98). Guilherme Döring Cunha Pereira entende, no entanto, que o atributo da verdade inerente à liberdade de informação diz respeito à verdade objetiva e real. Em sentido diverso, Edilson Pereira de Farias afirma que “no Estado democrático de direito o que se espera do sujeito emissor de uma notícia, como postura que denota apreço pela verdade, é o diligente contacto com as fontes das informações, examinando-as e confrontando-as, bem como o uso de todos os meios disponíveis ao seu alcance, como medidas profiláticas, para certificar-se da idoneidade do fato antes de sua veiculação” (*Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*, pp. 90-91). Dessa forma, segundo Edilson Pereira de Farias, o que se exige do comunicador é o cumprimento de um dever de cautela e diligência. Nesse sentido, ver também Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (*Direito de informação e liberdade de expressão*, p. 97).

³⁵⁰ Nesse sentido, afirma Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho que “somente o interesse público caracteriza a liberdade de informação como direito fundamental. Não qualquer interesse do público, porque o público tem interesse às vezes menos dignos daquela liberdade. A mera curiosidade, o prazer pela desgraça alheia, a fofoca, não podem ser consideradas como informação jornalística” (*Direito de informação e liberdade de expressão*, p. 88). Da mesma forma, afirma Alexandre de Moraes que “a proteção constitucional à informação é relativa, havendo a necessidade de distinguir as informações de fatos de interesse público, da vulneração de condutas íntimas e pessoais, protegidas pela inviolabilidade à vida privada, e que não podem ser devassadas de forma vexatória ou humilhante” (*Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 252).

³⁵¹ Segundo Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, “o postulado liberal da livre informação só garante que o informador noticie o que ele quiser noticiar, da maneira como quiser e no momento que entender oportuno” (*Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 50). Com a passagem da liberdade de informação ao direito à informação, ganha relevo o direito do público de receber informação. Na mesma linha de pensamento, afirma Emmanuel Derieux: “de la ‘liberté de’, on passe à l’idée d’un ‘droit à’. Du privilège de quelques-uns, on veut faire un droit pour tous.

Em uma sociedade democrática, o direito à informação assume um papel fundamental: ele assegura ao cidadão a possibilidade de ser informado e de buscar informações sobre todos os fatos e acontecimentos de transcendência coletiva que ocorrem na realidade social. Essa informação é condição indispensável para a participação do cidadão na tomada de decisões políticas e no governo da coisa pública.

Em interessante e inovador artigo, Airtton C. Leite Seclaender traçou a evolução do direito de informação e afirmou que, na última fase da evolução histórica, “ter-se-ia compreendido a necessidade de se estabelecerem normas que assegurassem o desempenho pelos mass media em geral, de sua função pública nas democracias, destinando-os a proporcionar aos governados a informação indispensável para que estes viessem, efetivamente, a influir em condições de igualdade na condução da sociedade”³⁵². Em função da primazia atribuída ao interesse do público-receptor, o direito de informação passou a ser concebido fundamentalmente como um direito de ser informado.

O direito à informação, direito fundamental consagrado no texto constitucional brasileiro, significa, sobretudo, direito a ser informado³⁵³. A propósito, José Afonso da Silva sustenta que “a liberdade de informação não é simplesmente a liberdade do dono da empresa jornalística ou do jornalista. A liberdade destes é reflexa no sentido de que ela só existe e se justifica na medida do direito dos indivíduos a uma informação correta e imparcial. A liberdade dominante é a de ser informado, a de ter acesso às fontes de informação e obtê-la. O dono da empresa e o jornalista têm um *direito fundamental* de exercer sua atividade, sua missão, mas especialmente têm um *dever*. Reconhece-se-lhes o *direito de informar* ao público os acontecimentos e idéias, mas sobre ele incide o dever de informar à coletividade de tais acontecimentos e idéias, objetivamente, sem alterar-lhes a

L'intérêt public constitue l'objectif et le critère d'appréciation essentiel” (*Droit des médias*. Paris: Dalloz, coleção “Connaissance du droit”, 1995, p. 21).

³⁵² “O direito de ser informado - base do paradigma moderno do direito de informação”. *Revista de Direito Público*, ano 25, nº 99, jul./set. 1991, p. 147.

³⁵³ Jean-Pierre Bizeau afirma que “si la liberté d'expression coïncidait initialement avec la liberté de la presse de diffuser sans censure ou autorisation préalable des informations, c'est aujourd'hui le droit de l'individu à recevoir librement l'information et donc le devoir pour les médias de fournir cette information qui passe au premier plan” (“Pluralisme et démocratie”. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à L'étranger*, mar./abr. 1993, p. 521).

verdade ou esvaziar-lhes o sentido original, do contrário, se terá não informação, mas deformação”³⁵⁴.

A titularidade do direito fundamental à informação é conferida pela Constituição Federal a todos os brasileiros. Nesse sentido, o art. 5º, inc. XIV do texto constitucional garante a *todos* o acesso à informação. Por se tratar de um direito universal, qualquer pessoa, sem restrições, tem direito à informação, independentemente de raça, credo ou convicção político-filosófica³⁵⁵. Ficam obrigados a prestar as informações de interesse dos brasileiros, em cumprimento da prescrição constitucional, os órgãos públicos, na forma do art. 5º, inc. XXXIII da Constituição³⁵⁶, e os veículos de comunicação social, pois essa é a sua função social específica³⁵⁷. O direito à informação impõe, portanto, deveres não só ao Estado, mas também a entidades privadas e profissionais da área jornalística, de forma a assegurar o interesse do público no recebimento da informação³⁵⁸. A propósito, Airton C. Leite Seclaender afirma tratar-se o direito de ser informado de um “direito subjetivo a um tempo do povo inteiro e de cada cidadão separadamente, e como direito-crédito válido tanto diante do Estado, quanto em face dos próprios meios de comunicação que se ocupam da atividade informativa”³⁵⁹. José Afonso da Silva lembra, ainda, que o direito à informação pode ser considerado também um direito coletivo, na medida em que visa a proteger o direito da coletividade à informação³⁶⁰. Merece menção

³⁵⁴ *Curso de direito constitucional positivo*, p. 246.

³⁵⁵ Nesse sentido, ver Alexandre de Moraes: *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, p. 252.

³⁵⁶ Vale observar ainda que o art. 37, *caput*, da Constituição Federal determina que a administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios deverá obedecer ao princípio da publicidade.

³⁵⁷ Referindo-se ao direito de informação, sustenta Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho que “trata-se de um direito subjetivo público, exercitável em face do Estado, para exigir a proibição de qualquer embaraço estatal bem como para permitir a livre investigação. É também um direito subjetivo de ordem privada, exercitável contra as demais pessoas físicas ou jurídicas, no sentido de exigir e de corrigir a informação” (*Direito de informação e liberdade de expressão*, p. 55).

³⁵⁸ Ver também Aluizio Ferreira: *Direito à informação, direito à comunicação: direitos fundamentais na Constituição brasileira*, pp. 222 e seguintes. De forma diversa, entende Vidal Serrano Nunes Júnior que “a Constituição Federal não atribuiu a nenhum organismo privado, de caráter informativo ou não, o dever de prestar informação” (*A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística*. São Paulo: FTD, 1997, p. 33). Segundo este autor, por força do art. 5º, inciso XXXIII e do art. 37, *caput* e § 1º da Constituição Federal, “o direito a receber informação, no regime constitucional brasileiro, fica restrito aos assuntos relativos às atividades do Poder Público” (*Ibidem*, p. 33).

³⁵⁹ “O direito de ser informado - base do paradigma moderno do direito de informação”. *Revista de Direito Público*, ano 25, nº 99, jul./set. 1991, p. 147. Sobre a função social da empresa de comunicação ver Fabiane Reschke Vicenzi: *Função e regularização do serviço de radiodifusão*. Dissertação de mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (orientador: Calixto Salomão Filho), 2003, pp. 113 e seguintes.

³⁶⁰ *Curso de direito constitucional positivo*, pp. 258-259.

ainda a posição de Luis Gustavo Castanho de Carvalho que sustenta existir um direito difuso à informação verdadeira³⁶¹.

Podemos afirmar, assim, que a concepção contemporânea do direito à informação é marcada pela superação da idéia liberal de liberdade de informação (liberdade individual) e pelo compromisso com a proteção e a promoção do interesse dos cidadãos de saber, por intermédio dos meios de comunicação social e dos Poderes Públicos, de tudo o que diga respeito ao governo da coisa pública (*res publica*).

Para promoção da democracia e proteção dos cidadãos, a informação não pode ser oriunda de uma única fonte ou veículo; a idéia de pluralidade de fontes e meios se impõe. Como bem observa Fabiane Reschke Vicenzi, “o direito à informação, no seu conceito mais amplo, implica uma pluralidade de fontes de informação e um livre acesso a essas fontes, sem qualquer obstáculo legal injustificado, imposto à livre circulação de notícias e idéias, garantindo o estabelecimento de uma cultura legítima e sem influências deliberadas”³⁶².

Como corolário do direito à informação, a Constituição Federal consagra a liberdade de informação jornalística. Nesse sentido dispõe o artigo 220, § 1º que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, incisos IV, V, X, XIII e XIV”. Essas exceções dizem respeito à vedação do anonimato (art. 5º, inc. IV), ao direito de resposta (art. 5º, inc. V), ao direito à proteção da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem pessoal (art. 5º, inc. X), à possibilidade de exigência de qualificações profissionais, conforme estabelecido por lei, para o exercício profissional (art. 5º, inc. XIII), e à garantia de sigilo de fonte, quando necessário ao exercício profissional (art. 5º, inc. XIV).

³⁶¹ *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira, passim*. O autor lembra que direitos difusos, como apropriadamente definido pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.09.1990), em seu artigo 81, são aqueles direitos “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (*Ibidem*, pp. 63 e seguintes). Ver também sobre o tema José Carlos Barbosa Moreira: “Ação civil pública e a programação da TV”. *Revista de Direito Administrativo*, nº 201, jul./set. 1995, pp. 45-56; Rodolfo de Camargo Mancuso: “Interesse difuso à programação televisiva de boa qualidade, e sua tutela jurisdicional”. *Revista dos Tribunais*, ano 83, nº 705, jul. 1994, pp. 51-62; e Fábio Henrique Podestá: *Interesses difusos, qualidade da comunicação e controle judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002 (Biblioteca de direito do consumidor, vol. 19).

³⁶² *Função e regularização do serviço de radiodifusão*. Dissertação de mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (orientador: Calixto Salomão Filho), 2003, p. 53.

A liberdade de informação jornalística substitui a antiga noção de liberdade de imprensa. Essa ampliação da noção decorre do advento, ao longo do século XX, de novos meios de comunicação social, como o rádio, a televisão e a Internet, que vieram se somar à imprensa como veículos de informação da sociedade. Segundo José Afonso da Silva, “a *liberdade de informação jornalística* de que fala a Constituição (art. 220, § 1º) não se resume mais na simples liberdade de imprensa, pois esta está ligada à publicação de *veículo impresso* de comunicação. A *informação jornalística* alcança qualquer forma de difusão de notícias, comentários e opiniões por qualquer veículo de comunicação social”³⁶³. A liberdade de informação jornalística aplica-se, portanto, ao jornalismo realizado no âmbito dos diferentes meios de comunicação social.

A história da afirmação da liberdade de imprensa é conhecida e já foi diversas vezes repetida. Ela se inicia na Inglaterra com a publicação em 1644 do panfleto *Areopagitica* de John Milton, criticando a exigência de licença governamental e de censura como condições para a publicação de livros, e passa pela expiração, sem renovação, em 1695 do *Licensing Act*, que exigia longos processos para a autorização de publicações. Esses eventos abriram caminho para a publicação do primeiro jornal diário inglês, o *Daily Courant*, em 1702³⁶⁴. A afirmação da liberdade de imprensa estende-se no final do século XVIII com (i) a Revolução Francesa e a promulgação, em 1789, da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (art. 11. A livre comunicação das idéias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei), e (ii) a Independência das treze colônias norte-americanas e a promulgação, em 1791, da Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos (O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos). Lembre-se também que a

³⁶³ *Curso de direito constitucional positivo*, p. 245. No mesmo sentido, observa Vidal Serrano Nunes Júnior que “o desenvolvimento tecnológico, incrementando a televisão, a radiodifusão, a informática etc., veio a oferecer (...) meios de difusão mais sofisticados, fazendo com que a antiga liberdade de imprensa assumisse também uma nova e mais moderna forma: a liberdade de informação jornalística” (*A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística*, p. 36).

³⁶⁴ Cf. John Keane: *The media and democracy*. Cambridge: Polity Press, 1994, pp. 2 e seguintes.

Suécia, em 1766, tornara-se o primeiro país a proteger a liberdade de imprensa por meio de disposição constitucional³⁶⁵.

A liberdade de imprensa surge assim, em grande medida, como um cavalo de batalha na luta da burguesia pela abolição do *ancién regime*. Segundo Aluizio Ferreira, “com as Revoluções Americana e Francesa, expressões máximas do triunfo das idéias liberais sintetizadoras das reivindicações da burguesia nos âmbitos econômico e político, firmou-se concomitante e decorrentemente o princípio da liberdade de imprensa”³⁶⁶. A liberdade de imprensa desponta como um direito individual, em oposição ao controle estatal e à censura realizada pelos poderes públicos. Ela se caracteriza como uma liberdade negativa que exige a abstenção do Estado. Nessa perspectiva liberal, a liberdade de imprensa corresponde, em grande medida, à liberdade individual do proprietário do jornal de informar a população³⁶⁷.

O século XX assiste ao surgimento de novos meios de comunicação: o rádio, a televisão, e, mais recentemente, a Internet. Ademais, a indústria de mídia não escapa do fenômeno da concentração econômica. Na segunda metade do século XX, com a evolução da visão liberal da liberdade de informação para uma perspectiva social traduzida no direito à informação da sociedade, a liberdade de imprensa adquire nova feição. Em um estado democrático de direito, preocupado com a proteção do direito da sociedade à informação, a liberdade de imprensa passa a ser vista não como uma liberdade individual do proprietário do jornal, mas como uma garantia institucional do regime democrático³⁶⁸.

³⁶⁵ Cf. Francis Balle: *Médias et sociétés*. 9ª ed. Paris : Montchrestien, 1999, pp. 271 e seguintes.

³⁶⁶ *Direito à informação, direito à comunicação: direitos fundamentais na Constituição brasileira*, pp. 128-129.

³⁶⁷ “Freedom of the press, A. J. Liebling once quipped, is limited to those who own one in the marketplace” (John Keane: *The media and democracy*, p. 80).

³⁶⁸ John Keane, em passagem esclarecedora, embora um pouco longa, afirma que “the old ideal of ‘liberty of the press’, brought back to life by the market liberals, is redolent of a time of hand-set pamphlets, penny newspapers, limited edition moral and scientific treatises, and widespread belief in decentralized market competition as the chief antidote to political despotism. Since those days, the patterns of ownership and control within the private sector of publishing, radio and television have become highly integrated, oligopolistic and bureaucratic. Multi-media enterprises, operating transnationally and communicating messages which are shaped and driven by market economic imperatives, are the prevailing model of development in the private information sector. This trend urgently needs to be publicized since, historically, the proponents of ‘liberty of the press’ directed their criticism mainly against the *state* regulation of market-based communications media. Today, by contrast, friends of the ‘liberty of the press’ must recognize that *communications markets restrict freedom of communication* by generating barriers to entry, monopoly and restrictions upon choice, and by shifting the prevailing definition of information from that of public good to that of a privately appropriable commodity. In short, it must be concluded that there is a structural contradiction between freedom of communication and unlimited freedom of the market, and the market liberal ideology of freedom of individual choice in the marketplace of opinions is in fact a justification of the

No estado democrático de direito, a liberdade de imprensa é protegida na medida em que serve ao direito da sociedade à informação. Sem imprensa livre, não é possível o exercício do direito à informação por parte da sociedade. Essa mudança de perspectiva é importante para compreender a proteção assegurada pela Constituição Federal à liberdade de imprensa, ou melhor, à liberdade de informação jornalística. Essa visão da liberdade de informação jornalística (antiga liberdade de imprensa) como garantia institucional, e não mais como liberdade individual do proprietário do jornal ou do veículo de comunicação, permite a crítica a dois problemas do jornalismo contemporâneo: a censura privada ou autocensura³⁶⁹ e a concentração dos veículos de comunicação social.

Sob uma perspectiva social e democrática, a liberdade de informação jornalística não fornece qualquer respaldo para a autocensura jornalística ou a concentração do poder econômico ou político no setor de comunicação social. Pelo contrário, orientada pelo direito da sociedade à informação, a liberdade de informação jornalística não se coaduna com a noção de liberdade de informar, mas implica verdadeiro dever de informar à população. Para o exercício do direito da sociedade à informação, os veículos de mídia ficam obrigados a fornecer informações verdadeiras e sem censura à população. A proscrição da censura atende, assim, ao direito da sociedade à informação e

privileging of corporate speech and of giving more choice to investors than to citizens. It is an apology for the power of king-sized business to organize and determine and therefore to *censor* individual's choices concerning what they listen to or read and watch" (*The media and democracy*, p. 89). No mesmo sentido, John Thompson sustenta que "it would be misleading to suggest that the traditional liberal theory of the free press could be transported to the conditions of the late twentieth century without substantial modification. Two developments, which distance our world today from that of the early nineteenth century, are particularly significant in this regard. One development is the growing concentration of resources in the media industries, leading to the formation of large-scale communication conglomerates with interests in a diversified array of media activities. (...) The second development is the intensification of processes of globalization. Today, the world is much more interconnected than it was two hundred years ago. (...) As a consequence these two developments, the configuration of issues that confront us in the late twentieth century is quite different from that which faced liberal thinkers two centuries ago. For early liberal thinkers, the main threat to individual liberty and freedom of expression was a threat that stemmed from the state: the rights of the individual had to be protected against the excessive use of state power. (...) With the transformation of media organizations into large-scale commercial organizations, the freedom of expression was increasingly confronted by a new threat, a threat stemming not from the excessive use of the state power, but rather from the unhindered growth of media organizations *qua* commercial concerns. A laissez-faire approach to economic activity is not necessarily the best guarantor of freedom of expression, since an unregulated market may develop in a way that effectively reduces diversity and limits the capacity of most individuals to make their views heard" (*The media and modernity: a social theory of the media*. Cambridge: Polity Press, 1995, pp. 238-239).

³⁶⁹ John Keane argumenta que "market competition produces market censorship. (...) Those who control the market sphere of producing and distributing information determine, prior to publication, what products (such as books, magazines, newspapers, television programmes, computer software) will be mass produced and, thus, which opinions officially gain entry into the 'marketplace of opinions'" (*The media and democracy*, p. 90).

está endereçada tanto ao poder político ou governamental quanto ao poder econômico dos grupos privados³⁷⁰. Ademais, a configuração estrutural do setor de comunicação social deve ser aquela que garanta, da melhor forma possível, o direito da sociedade à informação, isto é, uma configuração que proteja e promova o pluralismo da informação.

2.3 – A vedação constitucional à concentração da mídia

A promoção do pluralismo no setor de comunicação social é reforçada no plano constitucional brasileiro pelo disposto no art. 220, § 5º da Constituição Federal de 1988, que considera ilegítima a concentração de poder no setor de mídia.

2.3.1 – O artigo 220, § 5º da Constituição Federal

A Constituição Federal de 1988 trouxe de forma inovadora um capítulo sobre comunicação social (Capítulo V do Título VIII – Da Ordem Social), o qual estabelece, nos artigos 220 a 224, algumas regras e princípios sobre a atividade dos meios de comunicação social.

O dispositivo constitucional que mais nos interessa é o § 5º do art. 220, que estabelece que “os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio”. Esse dispositivo foi introduzido no texto constitucional de 1988, pela Assembléia Constituinte, por força de uma emenda popular proposta pela FENAJ – Federação Nacional dos Jornalistas e subscrita por 32 mil cidadãos³⁷¹.

Uma primeira leitura que se pode fazer do art. 220, § 5º do texto constitucional é que ele veda a monopolização dos meios de comunicação social pelo Estado. Em outras palavras, a Constituição brasileira proíbe que a mídia seja monopolizada pelo governo. Essa é uma leitura correta, mas muito limitada do dispositivo constitucional.

³⁷⁰ Nesse sentido, afirma também Edilson Pereira de Farias que “a doutrina constitucional hodierna tem interpretado o princípio da vedação de censura e licença de maneira mais ampla, para abarcar não somente a típica censura administrativa (...) como também a censura privada, proveniente de qualquer entidade ou poder que esteja em condições de obstar a expressão de idéias e a comunicação de informações” (*Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*, p. 188).

³⁷¹ Cf. “Resolução da Executiva da FENAJ”. *Comunicação & Política*, Vol. III, nº 1, jan./abr. 1996, p. 190.

Ainda mais se levarmos em conta que, na sociedade contemporânea, é largamente difundida a percepção de que não só um governo arbitrário, mas também a concentração de poder por empresas privadas representam um perigo para a independência dos meios de comunicação social e, em última análise, para a democracia. Em face disso, a eficácia do art. 220, § 5º da Constituição Federal parece ser muito mais ampla³⁷².

A análise dos termos “monopólio” e “oligopólio”, empregados pelo art. 220, § 5º do texto constitucional, permite expandir o alcance do dispositivo constitucional. Modesto Carvalhosa lembra que a origem etimológica do termo “monopólio” é grega: “‘monos’ = só; ‘polei’ = vender; donde ‘vender só’”³⁷³. Em sentido estrito, afirma o autor, monopólio significa a existência de um único vendedor para a totalidade de determinado mercado. Entretanto, sustenta Carvalhosa que a palavra monopólio, além de seu sentido estrito, possui também um sentido lato, que consiste em “uma posição de força dos vendedores em relação aos seus compradores, ou vice-versa, em um determinado mercado. (...) o conceito amplo de monopólio abrange as posições de força, absolutas ou relativas, no mercado, tanto de oferta como de procura”³⁷⁴. Werter R. Faria corrobora o entendimento de Carvalhosa na medida em que entende que o conceito de monopólio “compreende, desde a exclusividade na produção e comercialização de bens e serviços, até a situação em que uma ou mais empresas possuem tamanho grau de poder de mercado que o fecham ao acesso de outros agentes econômicos, ou suprimem a concorrência numa parte substancial dele”³⁷⁵.

De forma mais precisa, esclarece Calixto Salomão Filho que “a teoria do monopólio não se aplica exclusivamente àquelas empresas que detêm 100% do mercado, mas, também, àquelas situações em que um dos produtores detém parcela substancial do mercado (por hipótese, mais de 50%) e seus concorrentes são todos atomizados, de tal forma que nenhum deles tem qualquer influência sobre o preço do mercado. Essas situações são, em linhas gerais, idênticas em suas conseqüências ao monopólio *stricto*

³⁷² No direito constitucional contemporâneo, como se sabe, encontra-se consagrado o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, o qual é formulado, por J. J. Gomes Canotilho, da seguinte forma: “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê” (*Direito constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 227).

³⁷³ *Poder econômico: a fenomenologia – seu disciplinamento jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 30. Sobre a origem da palavra monopólio, ver também Isabel Vaz: *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, pp. 34 e seguintes.

³⁷⁴ *Poder econômico: a fenomenologia – seu disciplinamento jurídico*, pp. 31-32.

sensu”³⁷⁶. Na mesma direção, afirma ainda Ana Maria de Oliveira Nusdeo que, “para efeitos da aplicação da lei antitruste (...) considera-se monopolizado o mercado que tem uma empresa dominante e outras concorrentes comparativamente pequenas, que não têm condições de enfrentar a monopolista. Esta última, assim, age de forma independente e indiferente com relação às demais”³⁷⁷. Portanto, a noção de monopólio, em sentido amplo, abrange aquelas situações em que uma empresa ou agente econômico detém parcela substancial do mercado, encontrando-se em posição de força com relação aos demais concorrentes.

Já a palavra oligopólio designa a “estrutura de mercado caracterizada pela existência de reduzido número de produtores e vendedores produzindo bens definidos como substitutos próximos entre si”³⁷⁸. Também para Modesto Carvalhosa, o oligopólio ocorre “quando determinado mercado – quanto a certos produtos ou serviços – está dominado por um número restrito de vendedores”³⁷⁹. Segundo Fábio Nusdeo, oligopólio “é o regime no qual a oferta está concentrada nas mãos de poucos. Do grego *oligos* (poucos) e *polein* (vender). Isso sucede não apenas quando os vendedores formam realmente um pequeno grupo, como também quando, muito embora em grande número, há profunda diferença de envergadura econômica”³⁸⁰.

O art. 220, § 5º da Constituição Federal de 1988 prescreveu – com força normativa – uma determinada configuração estrutural para o setor de mídia baseada na inexistência de monopólios ou oligopólios. Essa arquitetura ideal desenhada pela Constituição Federal para a mídia está intimamente ligada ao princípio do pluralismo político e cultural também consagrado pelo texto constitucional.

³⁷⁵ “Caracterização e formas do abuso do poder econômico”. In *Constituição econômica, liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 156.

³⁷⁶ *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, pp. 132-133.

³⁷⁷ *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 38.

³⁷⁸ Isabel Vaz: *Direito econômico da concorrência*, p. 36.

³⁷⁹ *Poder econômico: a fenomenologia – seu disciplinamento jurídico*, p. 33.

³⁸⁰ *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 271. Afirma ainda o autor que “a indústria automobilística constitui um oligopólio porque são poucas as fábricas de veículos. A situação não se alteraria substancialmente caso uma ou duas dezenas de novas fábricas viesse a se instalar, porém, com uma capacidade produtiva muito inferior a das atuais. Outros setores também podem caracterizar um oligopólio, ainda que apresentem 50 ou 100 vendedores, desde que alguns – digamos os 10 primeiros – detenham uma parcela preponderante da oferta, por exemplo 80%. Neste

Eventual interpretação de que o art. 220, § 5º do texto constitucional proibiu especificamente a adoção de condutas anticompetitivas por monopólios ou oligopólios não se sustenta. A redação do dispositivo constitucional trata do monopólio e do oligopólio como estruturas de mercado. A Constituição Federal não fala em condutas anticompetitivas, mas sim em estruturas concentradas de poder. Com efeito, especificamente para o setor de comunicação social, a Constituição Federal veda configuração estrutural da mídia que caracterize monopólio (mercado no qual um agente, detentor de parcela substancial do mercado, encontra-se em posição de força com relação aos demais) ou oligopólio (mercado composto por número restrito de agentes econômicos)³⁸¹.

Podemos afirmar sem medo de erro que, no tocante ao setor de comunicação social, a Constituição de 1988 procurou proteger e promover uma configuração estrutural excepcional, indo além dos limites colocados pela aplicação da regra geral do art. 173, § 4º, que determina a repressão ao abuso do poder econômico. No setor de mídia, não só o abuso de poder econômico é vedado, mas também a própria concentração de poder é proscrita. Ao condenar as estruturas concentradas de poder (monopólio e oligopólio), o art. 220, § 5º do texto constitucional afirma de forma contundente a prevalência e a primazia do princípio do pluralismo político e cultural no setor de comunicação social³⁸².

Vale observar que, também no plano internacional, a questão da concentração dos meios de comunicação social levanta preocupações. Nesse sentido, é interessante citar a Declaração de princípios sobre liberdade de expressão, aprovada no ano de 2000 pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos – OEA, que estabelece que “os monopólios ou oligopólios na propriedade e

caso a influência dos demais 90 competidores será mínima e na prática o mercado estará sendo marcado pela atuação dos 10 primeiros, caracterizando assim um oligopólio” (*Ibidem*, p. 271).

³⁸¹ A doutrina concorrencial identifica como possibilidade teórica a existência de concorrência mesmo em mercados oligopolizados ou prática de preços razoáveis (competitivos) em situação de monopólio. Ao proscrever estruturas monopolizadas ou oligopolizadas de mercado para o setor de comunicação social, a Constituição de 1988 desconsidera a possibilidade de ocorrência de efetiva concorrência apesar do monopólio ou do oligopólio ou mesmo a potencial existência de agentes econômicos dispostos a ingressar no mercado diante da lucratividade auferida pelos agentes presentes no mercado monopolizado ou oligopolizado.

³⁸² Nesse sentido, também afirma Edilson Pereira de Farias que “o princípio da vedação de monopólio e oligopólio tem no campo da comunicação social uma função proeminente: assegurar o pluralismo de vozes na arena política” (*Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*, p. 209).

controle dos meios de comunicação devem estar sujeitos a leis anti-monopólio, uma vez que conspiram contra a democracia ao restringirem a pluralidade e a diversidade que asseguram o pleno exercício do direito dos cidadãos à informação. Em nenhum caso essas leis devem ser exclusivas para os meios de comunicação. As concessões de rádio e televisão devem considerar critérios democráticos que garantam uma igualdade de oportunidades de acesso a todos os indivíduos” (item 12).

No setor de comunicação social, que pode ser visto como o principal elemento da esfera pública em uma sociedade de massas, a concentração de poder econômico e político é ilegítima; não deve ocorrer. Se existente, deve ser combatida. O que a Constituição Federal determina é que, no setor de mídia, deve haver pluralismo político e diversidade cultural. O poder econômico, se existente, deve ser diluído.

2.3.2 – A ilegitimidade da concentração de poder no setor de comunicação social

Ao contrário de outros setores da economia, para os quais a Constituição Federal estabeleceu o regime do art. 173, § 4º que reprime o abuso do poder econômico (e não o poder econômico em si), na comunicação social, a proteção dos interesses dos usuários e dos cidadãos justificou tratamento diferente.

Ricardo Antônio Lucas Camargo observa que “o § 5º do artigo 220 da Constituição Federal, ao proibir a adoção de expedientes concentracionistas no âmbito das empresas de comunicação social estabelece disposição mais restritiva do que as cláusulas gerais asseguradoras da concorrência postas tanto no artigo 170, IV, quanto no artigo 173, § 4º, da Constituição Federal”³⁸³. Na mesma linha, Caio Mario da Silva Pereira Neto afirma que “a própria Constituição estabelece um regime especial para a comunicação social, proibindo a consolidação de estruturas oligopolistas ou monopolistas. Note-se, que o regime estabelecido no artigo 220 difere-se muito do regime geral de defesa da concorrência erigido pelo art. 173, § 4º, que determina a repressão ao abuso de poder econômico. No caso do setor de comunicação social, a proibição de estruturas

³⁸³ *Os meios de comunicação no direito econômico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 70.

concentradas de mercado independe da constatação de qualquer abuso (efetivo ou potencial) perpetrado pelos meios de comunicação”³⁸⁴.

Assim, para o setor de mídia, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma configuração estrutural na qual o poder econômico é considerado ilegítimo. Ao proscrever o monopólio e o oligopólio, o texto constitucional considerou a concentração de poder no setor de comunicação social como ilegítima. Em outras palavras, de acordo com o art. 220, § 5º da Constituição Federal, qualquer configuração estrutural do setor de mídia marcada (i) pela presença de um agente detendo parcela substancial do mercado, em posição de força com relação aos demais (monopólio), ou (ii) pela existência de número restrito de agentes econômicos (oligopólio), é ilegítima e contrária ao disposto no texto constitucional³⁸⁵.

Esse tratamento especial dos meios de comunicação social, em comparação com outros setores da economia, não foi feito por acaso e tem uma razão de ser. Tal razão decorre da constatação de que a comunicação social, em especial a televisão aberta, nas sociedades contemporâneas, é uma atividade econômica com alto grau de influência política e social. Nessa medida, o tratamento da concentração da mídia, além de aspectos econômicos, não pode descurar de aspectos políticos e das liberdades fundamentais afetadas pela atividade de comunicação social. A regulação do setor deve lidar não só com o poder econômico dos veículos de comunicação social, mas também com seu poder político³⁸⁶.

Sob uma perspectiva política, os veículos de comunicação social assumem uma função de interesse público: informar os cidadãos sobre questões políticas

³⁸⁴ “Análise de concentração econômica no setor de comunicação: defesa da concorrência, democracia e diversidade na esfera pública”. *Revista de Direito da Concorrência* (Edição Especial – Retrospectiva 2003), 2003, p. 67.

³⁸⁵ Em sentido diverso, entende Daniel Herz que “o problema dos monopólios e oligopólios no país não é a sua existência, mas suas políticas equivocadas” (“Mercado audiovisual brasileiro: impactos econômicos, políticos e culturais da introdução da televisão por assinatura”. *Comunicação & Política*, Vol. III, nº 1, jan./abr. 1996, p. 181).

³⁸⁶ David Croteau e William Hoynes observam que “in important respects, the business of media is unique. Unlike other industries, the media deal in ideas, information, and culture. They inform and entertain us, influencing how we understand ourselves and our world, as well as how we spend our leisure time. Because they play such significant political and cultural roles, the media hold a unique position in democratic societies that value free and creative expression, independent thought, and diverse perspectives” (*The business of media: corporate media and the public interest*. 2ª ed. Thousand Oaks, CA: Pine Forge Press, 2006, p. 1).

locais, nacionais e mundiais, de forma a permitir sua participação no governo da coisa pública. Se, por um lado, não se pode negar a importância econômica da comunicação social, por outro, diminuir sua relevância política e cultural é absolutamente equivocado. Na sociedade contemporânea, força é reconhecer que a mídia exerce o papel de principal vetor de difusão da variedade de correntes de pensamento e de opinião política e das diversas manifestações culturais existentes na sociedade.

Na linguagem econômica, o setor de comunicação social pode ser considerado como gerador de externalidades positivas e negativas³⁸⁷. Externalidades positivas, como definido por Fábio Nusdeo, são “benefícios transferidos incompensadamente a terceiros, ou seja, externalidades ou efeitos externos positivos, chamados, ainda, de benefícios sociais, quando os beneficiários não são identificáveis nem formam um grupo definido de pessoas”³⁸⁸. Externalidades negativas, por sua vez, conforme o mesmo autor, correspondem a custos incompensados que recaem sobre terceiros determinados ou indeterminados³⁸⁹.

No setor de comunicação social, exemplo típico de externalidade negativa são programas televisivos para crianças com conteúdo violento, pois segundo alguns estudos comportamentais, crianças que costumam assistir a programas com conteúdo violento tendem a ser mais agressivas e a apresentar comportamento impetuoso e, certas vezes, hostil. Por outro lado, telejornais, debates e documentários sobre temas de interesse público são vistos como exemplos de externalidades positivas no setor de mídia, pois oferecem à população a oportunidade de se informar sobre os rumos da política interna e internacional e as questões relevantes para o destino da coletividade.

Em razão das externalidades positivas ou negativas que podem ser geradas pelo setor de mídia e dos impactos que tais externalidades têm na sociedade como um todo, muitos autores, inclusive da área econômica, pregam que tal setor não pode ser

³⁸⁷ C. Edwin Baker assevera que a questão é simples: “individuals are tremendously benefited or harmed if the country makes wise or stupid decisions about welfare, warfare, provision of medical care, the environment, and a myriad of other issues. These harms or benefits depend on the extent and quality *other* peoples’ political participation. The media significantly influence this participation. In this way, each person can be tremendously advantaged (or disadvantaged) by the other people’s media consumption. People’s media consumption produces huge externalities” (*Media, markets and democracy*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2002, p. 45).

³⁸⁸ *Curso de economia: introdução ao direito econômico*, p. 158.

³⁸⁹ *Curso de economia: introdução ao direito econômico*, p. 157.

deixado ao exclusivo arbítrio de agentes privados. A intervenção estatal é necessária para coibir as externalidades negativas e incentivar as positivas. Embora o conceito de externalidade ajude a compreender o porquê do tratamento privilegiado dado ao setor de mídia pela Constituição Federal, o que importa ressaltar é que a atividade dos veículos de comunicação social envolve valores e princípios relevantes para o sistema democrático e não fica reduzida apenas a um simples cálculo econômico.

A Constituição de 1988 considerou o setor de comunicação socialmente tão importante que excluiu a sua configuração estrutural do livre jogo ou do arbítrio das forças de mercado³⁹⁰. Com felicidade, Alexandre Ditzel Faraco esclarece que, “especificamente com relação aos meios de comunicação social, a Constituição de 1988 acabou por vincular a legitimidade do poder econômico a sua manifestação de forma desconcentrada. Identificou, portanto, a existência de uma diversidade de agentes econômicos como indispensável para que tais atividades possam estar voltadas ao seu papel de viabilização do pluralismo de idéias no espaço público. A referência, aqui, é feita em relação ao artigo 220, § 5º, o qual estabelece que ‘os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio’. Esse específico tratamento constitucional para o setor implica, por conseguinte, a ilegitimidade *a priori* de estruturas concentradas de poder em atividades envolvendo os meios de comunicação social. Nota-se, portanto, um tratamento diverso daquele verificado para os demais setores da economia”³⁹¹.

Conforme procuramos evidenciar, a Constituição Federal de 1988 vedou a existência de estruturas concentradas e concentradoras de poder no setor de comunicação social. Pode-se afirmar, assim, que o texto constitucional proibiu o poder econômico (ou posição dominante ou poder no mercado, termos que neste trabalho utilizaremos como sinônimos) no setor de mídia.

³⁹⁰ Segundo Owen M. Fiss, a mídia não pode ficar sob o controle exclusivo das forças do mercado. Para o autor “none of this is meant to denigrate the market. It is only to recognize its limitations. The issue is not market failure by market reach. The market might be splendid for some purposes but not for others. It might be an effective institution for producing cheap and varied consumer goods and for providing essential services (including entertainment) but not for producing the kind of debate that constantly renew the capacity of a people for self-determination” (“Why the State?” *Harvard Law Review*, vol. 100, 1987, p. 788).

³⁹¹ *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 109.

A noção de poder econômico está ligada à capacidade do seu detentor de tomar decisões econômicas independentes e com indiferença com relação ao comportamento e reação adotados pelos demais agentes econômicos³⁹².

Na doutrina antitruste norte-americana, poder econômico é identificado com poder de mercado (*market power*). *Market power* que é definido, a partir de influência da teoria econômica neoclássica, como a capacidade de uma empresa de aumentar seus lucros por meio da redução da produção ou do aumento do preço de seus produtos³⁹³. Ocorre, porém, que o poder econômico permite ao seu detentor não só aumentar o preço de seu produto ou serviço, mas também influir de forma determinante sobre outros agentes econômicos e na configuração do mercado. A propósito, para Calixto Salomão Filho, “a definição teoricamente mais correta de poder de mercado não é a possibilidade de aumentar os preços, mas sim a possibilidade de escolher entre essas diferentes alternativas: grande participação no mercado e menor lucratividade ou pequena participação e maior lucratividade”³⁹⁴.

Já para o direito concorrencial europeu, poder econômico é assimilado à idéia de posição dominante. A posição dominante no direito concorrencial europeu está relacionada com a capacidade de um agente econômico de adotar um comportamento independente com relação aos seus concorrentes³⁹⁵. O Regulamento (CEE) nº 4064/89 do

³⁹² Tratando do poder econômico, Modesto Carvalhosa afirma que são dois os elementos que possibilitam o seu exercício: “o primeiro deles é estrutural. A dimensão própria da empresa ou sua vinculação consorcial com outras possibilita-lhe poderio econômico suficiente e predominante sobre o mercado, a ponto de facultar-lhe decisões econômicas independentes ou mesmo contrárias às leis concorrenciais. O segundo diz respeito aos critérios de comportamento da empresa sobre o mercado, isto é, sua ação estratégica sobre ele. (...) a empresa titular de poder econômico detém uma *capacidade estratégica* de ação sobre o mercado, caracterizada pela possibilidade de se comportar, nesse mesmo mercado, de forma como não o faria uma concorrente sua, sujeita aos efeitos das leis concorrenciais, por insuficiência de poderio econômico” (*Poder econômico: a fenomenologia – seu disciplinamento jurídico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967, p. 6).

³⁹³ Cf. Herbert Hovenkamp; *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. 3ª ed. St. Paul: Thomson/West, 2005, p. 79. Criticando essa definição, Calixto Salomão Filho afirma que “a possibilidade de aumentar preços, mais que uma manifestação, é uma consequência necessária da existência de poder no mercado. Aumentar preços é o ‘comportamento racional’ dos agentes, cuja importância no mercado é grande a ponto de poder influenciar o preço através de uma diminuição na produção” (*Direito concorrencial: as estruturas*, p. 82).

³⁹⁴ *Direito concorrencial: as estruturas*, p. 83.

³⁹⁵ D. G. Goyder esclarece que a definição de posição dominante foi elaborada pela jurisprudência europeia a partir do texto do art. 82 do Tratado de Amsterdam (antigo art. 86 do Tratado de Roma), nos famosos casos *United Brand* (caso da banana Chiquita, 1978) e *Hoffmann-La Roche* (caso das vitaminas, 1979). Segundo o autor, no caso *United Brand*, posição dominante foi caracterizada como “the position of economic strength enjoyed by an undertaking enabling it ... to behave to an appreciable extent independently of its competitors and customers and ultimately of its consumers”; ao passo que no caso *Hoffmann-La Roche*, foi decidido que

Conselho Europeu, relativo ao controle das operações de concentração de empresas, definiu posição dominante como *uma situação de poderio econômico detida por uma ou várias empresas que lhes daria a faculdade de obstar a manutenção de uma concorrência efetiva no mercado em causa, dando-lhes a possibilidade de adotarem comportamentos independentes numa medida apreciável em relação aos seus concorrentes, aos seus clientes e, finalmente, aos consumidores*³⁹⁶.

Também no Brasil, é mais comum o uso do termo posição dominante para referir-nos à existência de poder econômico. A Lei nº 8.884, de 1994, em seu art. 20, § 2º, esboçou uma definição de posição dominante nos seguintes termos: “ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa”. Para Sérgio Varella Bruna, “a definição legal, todavia, não traz em si todos os elementos necessários à compreensão do que seja *posição dominante* em Direito brasileiro. Refere-se à posição dominante como sendo ‘o controle de parcela substancial de mercado relevante’, presumindo existir tal controle quando haja participação de mercado da ordem de vinte por cento. Mas isso não é suficiente, já que a presunção, isoladamente, apesar de poder apresentar alguma utilidade prática, não revela em si o que seja *controle* de mercado”³⁹⁷.

No mesmo sentido, acrescenta Paula Forgioni: “é fato que a posição dominante deriva não da parcela de mercado de que o agente é titular, mas sim do poder econômico que detém e que lhe permite *independência e indiferença* em relação ao comportamento dos outros agentes, colocando-lhe a salvo de pressões concorrenciais”³⁹⁸. O agente econômico detentor de poder econômico não necessariamente precisa ser o único que atua em determinado mercado. Não se deve olvidar que poder econômico é uma questão de grau, não existindo limites precisos para definir as situações onde ele exista e aquelas onde ele não exista. Esclarece Paula Forgioni, demais disso, que “mesmo um

“the dominant position ... relates to a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by affording the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, its customers and ultimately of the consumers” (*EC competition law*. 4ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2003, pp. 268-269).

³⁹⁶ O Regulamento (CEE) nº 4064/89 foi substituído pelo Regulamento (CE) nº 139/2004 do Conselho da União Européia, que trata do controle das concentrações de empresas no âmbito europeu. A definição de posição dominante trazida pelo Regulamento (CEE) nº 4064/89 continua a ser largamente utilizada no direito concorrencial europeu.

³⁹⁷ *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*, p. 113.

agente econômico que não seja o único a atuar no mercado pode deter *poder econômico* tal (ou seja, *razoável*) que lhe permita atuar de forma independente e com indiferença à existência ou comportamento dos outros agentes. Em virtude da ausência de um ambiente concorrencial, o agente econômico titular de ‘razoável’ poder não sofre maiores pressões dos competidores”³⁹⁹.

A capacidade de aumentar preço do agente econômico (*power over price*) é uma noção muito limitada para lidar com o problema da concentração de poder no setor de comunicação social. Nesse setor, o problema da concentração de poder vai além da dimensão econômica. Isso por duas razões principais. Em primeiro lugar, o produto oferecido pela mídia aos usuários não é um bem qualquer, uma *commodity*, uma torradeira, mas sim informação, opiniões e pontos de vista. Nessa medida, a visão econômica é muito estreita para captar a real dimensão do impacto da comunicação social na sociedade. Em segundo lugar, convém lembrar que em diversos veículos de mídia, como o rádio e a televisão aberta, o usuário não paga nada diretamente para a emissora pela recepção do conteúdo.

A definição de posição dominante a partir da noção de independência e indiferença de atuação do agente econômico também não parece apreender a verdadeira essência do problema da concentração de poder no setor de comunicação social.

O setor de mídia constitui o principal elemento da esfera pública contemporânea e encontra-se intimamente relacionado com o funcionamento da democracia. O principal produto oferecido pelos veículos de comunicação social aos usuários (cidadãos) são informações, pontos de vista e opiniões sobre assuntos de interesse coletivo. Dessa forma, a maior preocupação decorrente da concentração de poder dos veículos de comunicação de massa não é com a possibilidade de aumento de preços para os usuários ou anunciantes ou com a adoção de comportamento independente ou indiferente em relação ao dos demais agentes econômicos, mas com a redução da diversidade de vozes, de informação e de opiniões na esfera pública. Na mesma linha, Alexandre Ditzel Faraco afirma que, ao se regular o poder dos meios de comunicação social, “a preocupação não é a de limitar a possibilidade de um agente econômico aumentar o seu preço de forma

³⁹⁸ *Os fundamentos do antitruste*, pp. 285-286.

³⁹⁹ *Os fundamentos do antitruste*, p. 268.

abusiva, mas, sim, a de concentrar poder político no espaço público de diálogo de uma democracia”⁴⁰⁰.

A existência de posição dominante no setor de comunicação social é problemática por seus impactos econômicos – possibilidade de atuação de forma independente e com indiferença à existência ou comportamento dos outros agentes – e, sobretudo, porque implica a possibilidade do agente econômico (veículo de mídia) de exercer poder político consistente em controlar – e eventualmente reduzir, ou até mesmo sufocar – a pluralidade de vozes, o pluralismo de informação e de opiniões e a diversidade cultural. Podemos dizer, assim, que, no setor de mídia, o problema decorrente da concentração de poder (econômico e político) diz respeito fundamentalmente à possibilidade de atuação independente e estratégica do agente econômico sobre a pluralidade de fontes e a diversidade do conteúdo político e cultural transmitido aos usuários (cidadãos).

A Constituição Federal de 1988 (art. 220, § 5º), ao considerar ilegítima a existência de estruturas monopolistas ou oligopolistas no setor de comunicação social, proscreeu não apenas a concentração de poder econômico (entendido como capacidade de aumentar preços ou de tomar decisões econômicas independentes e com indiferença com relação ao comportamento e reação adotados pelos demais agentes econômicos), mas também a concentração de poder político (entendida como a possibilidade de atuação independente e estratégica do agente econômico sobre a pluralidade de fontes e a diversidade do conteúdo político e cultural transmitido aos cidadãos).

Conclusões

Pelo exposto nesta parte, pensamos terem restado evidenciadas de forma robusta as hipóteses inicialmente avançadas.

A ligação entre pluralismo e democracia é estreita. As dificuldades na conceituação da democracia não impedem o reconhecimento do papel desempenhado pelo

⁴⁰⁰ *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação – rádio, televisão e Internet*, p. 52.

pluralismo de idéias e opiniões na conformação de um regime democrático. Associado a isso, em uma sociedade de massas, a noção de esfera pública – entendida como o espaço social que permite a circulação de informações e de pontos de vista e opiniões, o debate de idéias e a formação de uma opinião por parte do público – reserva aos meios de comunicação social uma posição de destaque. Entretanto, para servir à democracia e exercer em sua plenitude esse papel central na esfera pública, a mídia deve ser capaz de fornecer aos cidadãos a diversidade de vozes, de opiniões e de pensamentos necessária para propiciar o debate esclarecido e informado sobre assuntos de interesse coletivo.

Para a concretização do ideal da democracia como *regime do poder visível*, a atuação da mídia na fiscalização das ações governamentais é fundamental. O exercício saudável da função de cão-de-guarda ou Quarto Poder exige uma pluralidade de veículos de mídia, independentes não só com relação ao Poder Político, mas também no tocante ao poder econômico.

Vimos também que a idéia de desenvolvimento conjuga crescimento econômico auto-sustentado com alteração qualitativa do nível econômico e do nível cultural-intelectual da população. A difusão da informação e do conhecimento pela sociedade, aliada à idéia de pluralismo da informação, constitui uma alavanca fundamental para o desenvolvimento social e econômico. A configuração estrutural do setor de mídia, se comprometida com o princípio do pluralismo da informação, representa um elemento chave para a construção de uma sociedade democrática e para a promoção do desenvolvimento.

O pluralismo é o princípio jurídico norteador do setor de comunicação social. Seu fundamento constitucional não se encontra nas liberdades econômicas (liberdade de iniciativa e livre concorrência) nem na regra do art. 173, § 4º que coíbe não o poder econômico, mas apenas seu exercício abusivo. O pluralismo na mídia está amparado e fundado no princípio do pluralismo político e cultural e nos direitos de comunicação social, assegurados pela Constituição Federal. Os direitos de comunicação social – liberdade de expressão e o direito à informação – conferem ao pluralismo da informação seu fundamento de validade e legitimidade⁴⁰¹. Segundo Fabiane Rechke Vicenzi, “o

⁴⁰¹ A propósito, Mike Feintuck e Mike Varney sustentam que “the media, to continue legitimately to claim the power associated with freedom of communication and the domination of its channels, must contribute to

conceito de pluralismo (...) surge como uma espécie de ‘mola-mestra’ na garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, isto é, o direito à informação, liberdade de expressão e manifestação do pensamento”⁴⁰².

Por outro lado, de acordo com o art. 220, § 5º do texto constitucional, é plausível argumentar que o setor de mídia encontra-se submetido, de maneira geral, ao princípio do pluralismo e, de maneira específica, a uma configuração estrutural que proscreve estruturas monopolistas e oligopolistas e prescreve a diluição do poder econômico.

A identificação e análise de valores éticos e princípios constitucionais relacionados à organização do setor de comunicação social permitem não só a crítica da realidade existente no Brasil, mas também a formulação de propostas de mecanismos jurídicos voltados para a promoção do pluralismo e a diluição do poder econômico no setor de comunicação social.

the acquisition by citizens of a range of political and cultural ‘information’, from which they may engage, individually or collectively, in a triangulation process which ultimately allows them an informed view of the world. In this sense, the media may properly be viewed as a public resource. If the commercial imperative drives the media to monopoly or near-monopoly of control, and this in turn results in a more restricted range of information or views being available, where ‘knowledge becomes ever less a common good and more and more the privileged possession of individual owners’ (...), then this may be viewed as running counter to the democratic expectations on which freedom of communication is premised” (*Media regulation, public interest and the law*. 2ª ed. Edimburgo: Edinburgh University Press, 2006, p. 16).

⁴⁰² *Função e regularização do serviço de radiodifusão*. Dissertação de mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (orientador: Calixto Salomão Filho), 2003, p. 74.

PARTE 3 – PROMOÇÃO DO PLURALISMO NO SETOR DE COMUNICAÇÃO SOCIAL: DIREITO CONCORRENCIAL E REGULAÇÃO

Esta terceira parte do trabalho será dedicada à reflexão sobre como enfrentar o problema da concentração de poder no setor de mídia. O foco de nossa atenção estará na elaboração de construções jurídicas voltadas para a atuação do direito concorrencial e da regulação no sentido de combater o poder econômico e político e promover a diluição de centros de poder no setor de comunicação social.

Nossa preocupação será, em primeiro lugar, estabelecer as bases teóricas para uma teoria geral do pluralismo no setor de mídia, assim como analisar criticamente os posicionamentos teóricos relativos à regulação e ao direito concorrencial que representam uma negação ou um empecilho à configuração pluralista do setor de mídia. Em seguida, pretendemos avaliar de forma crítica a contribuição da tecnologia como fator de promoção do pluralismo e da democratização da mídia. Por fim, procuraremos apresentar algumas sugestões de medidas regulatórias e de modificação da forma de aplicação do direito concorrencial com vistas a promover o pluralismo interno e externo nos meios de comunicação social.

Capítulo 1 – Elementos específicos do setor de mídia: pluralismo e diluição do poder

Nos dois primeiros capítulos desta terceira parte de nosso trabalho, intentaremos aprofundar os elementos centrais do regime constitucional aplicável ao setor de comunicação social. Trataremos, assim, de um lado, do princípio do pluralismo e, de outro lado, dos desdobramentos decorrentes da configuração estrutural estabelecida pela Constituição Federal para o setor de mídia. Complementando esse segundo ponto, convém também avaliar as implicações da configuração estrutural do setor de mídia,

constitucionalmente definida, e o controle das estruturas de mercado no tocante aos meios de comunicação social.

Ao abordarmos o princípio do pluralismo e as implicações decorrentes da configuração estrutural prescrita pelo texto constitucional para o setor de mídia, fundada na diluição do poder econômico, estaremos assentando as vigas mestras de uma teoria geral do pluralismo no setor de mídia.

1.1 – Pluralismo

Na segunda parte deste trabalho, verificamos ser plausível e fundamentada a hipótese inicialmente colocada, isto é, de que o pluralismo político e cultural é um elemento central do sistema democrático, contribui para o desenvolvimento econômico, social e cultural da sociedade, bem como constitui princípio consagrado no texto da Constituição Federal de 1988. O princípio do pluralismo político e cultural assume um papel de primazia no setor de mídia.

De acordo com o dicionário Houaiss, no âmbito da ciência política, o vocábulo “pluralismo” possui duas acepções: (i) “pensamento, doutrina ou conjunto de idéias segundo as quais os sistemas políticos, sociais e culturais podem ser interpretados como o resultado de uma multiplicidade de fatores ou concebidos como integrados por uma pluralidade de grupos autônomos, porém interdependentes”; (ii) “sistema que admite a existência, no seio de um grupo organizado, de opiniões políticas e religiosas e de comportamentos culturais e sociais diversos; a coexistência dessas correntes”⁴⁰³. De forma semelhante, o *Dicionário de política* organizado por Norberto Bobbio afirma que, na linguagem política, utiliza-se o termo “pluralismo” para designar “a concepção que propõe como modelo a sociedade composta de vários grupos ou centros de poder, mesmo que em conflito entre si, aos quais é atribuída a função de limitar, controlar e contrastar, até o

⁴⁰³ Antônio Houaiss e Mauro de Villar Salles: *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2007, p. 2.241, verbete “pluralismo”.

ponto de o eliminar [sic], o centro de poder dominante, historicamente identificado como o Estado”⁴⁰⁴.

A questão que se coloca neste momento é identificar de forma mais precisa o significado do pluralismo ou diversidade no setor de mídia⁴⁰⁵. Tendo em vista que as palavras são plurívocas⁴⁰⁶, cumpre aprofundar a noção de pluralismo no setor de comunicação social.

1.1.1 – Pluralismo externo

Uma das faces do pluralismo no setor de comunicação social é o pluralismo de veículos ou fontes de informação. Nessa acepção, o pluralismo significa variedade e diversidade de veículos e fontes de informação. Essa é a denominada faceta externa do pluralismo ou pluralismo externo. O pluralismo externo diz respeito à configuração estrutural do setor de comunicação social. Ele propugna por uma organização específica, isto é, baseada na existência de uma significativa variedade de veículos e fontes de informação diferentes.

A noção de pluralismo externo (ou estrutural) está próxima, assim, da idéia de pluralidade. Segundo o *Dicionário Aurélio*, “pluralidade” significa “1. o maior número; o geral; 2. grande número; multiplicidade”⁴⁰⁷. Já para o *Dicionário Houaiss*, pluralidade designa “1. o fato de existir em grande quantidade, de não ser único;

⁴⁰⁴ Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino: *Dicionário de política*. Vol. 2 (L-Z). Trad. Carmen C. Varriale et. al. 4ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992, p. 928, verbete “pluralismo”.

⁴⁰⁵ Segundo Robert B. Horwitz, “a central problem (...) is what is meant by diversity, and how we should access it. Should we understand diversity by the number of owners of media outlets, or rather (perhaps in addition) by the number of sources that provide content, or by the number of different perspectives conveyed in information content, or, to take the question out of the dimension of the purely informational and political, by the number of distinct audience segments or demographics appealed to by various content providers, a measure that examines program formats? Or should we understand diversity by the varied racial composition of a media outlet’s workforce?” (“On media concentration and the diversity question”. In Philip M. Napoli (ed.): *Media diversity and localism: meaning and metrics*. Mahwah, N.J.: Lawrence Erlbaum Associates, 2007, pp. 12-13).

⁴⁰⁶ Para uma discussão das diversas acepções do termo diversidade na regulação dos meios de comunicação de massa, ver Ronald J. Krotoszynski Jr. e A. Richard M. Blaiklock: “Enhancing the spectrum: media power, democracy and the marketplace of ideas”. *University of Illinois Law Review*, vol. 2000, nº 3, 2000, pp. 813-888. Vale notar que os termos pluralismo e diversidade são tratados neste trabalho como sinônimos. Ressaltamos, entretanto, que o termo diversidade é mais comum nos Estados Unidos, ao passo que na Europa é mais corriqueiro encontrar-se o uso do termo pluralismo.

⁴⁰⁷ Aurélio Buarque de Holanda Ferreira: *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 3ª ed. Curitiba: Positivo, 2004, p. 1582, verbete “pluralidade”.

multiplicidade, diversidade (...). 2. o maior número”⁴⁰⁸. Assim, pode-se dizer que o pluralismo externo está associado à idéia de multiplicidade ou maior número possível de veículos ou fontes de informação.

É importante ressaltar, no entanto, que a simples existência de uma quantidade significativa de veículos de mídia não significa que estamos necessariamente diante de um cenário de diversidade de fontes de informação se esses veículos não forem independentes e autônomos, ou seja, controlados por diferentes pessoas e entidades. O controle de diversos veículos de mídia pelo Estado ou por um punhado de grandes conglomerados de mídia pouco acrescenta para o pluralismo de fontes de informação⁴⁰⁹. Assim, pluralismo externo deve ser entendido como diversidade de veículos de comunicação social, controlados por diferentes pessoas ou entidades. Em outras palavras, trata-se da existência de um número significativo de veículos de comunicação social, independentes e autônomos. Somente uma configuração estrutural do setor de mídia caracterizada pela diversidade de veículos de mídia, independentes e autônomos, é compatível com a noção de pluralismo.

Na medida em que a noção de pluralismo externo exige uma diversidade de veículos de mídia, independentes e autônomos, ela liga-se também à idéia de diversidade de propriedade ou controle dos veículos de mídia⁴¹⁰. A diversidade de proprietários ou controladores de veículos de mídia é importante para a democracia, pois a propriedade ou controle de meios de comunicação social implica a possibilidade de influência sobre o conteúdo difundido ou publicado, ou mais especificamente sobre a linha editorial do veículo, seja em termos comerciais seja em termos ideológicos. O que é

⁴⁰⁸ Antônio Houaiss e Mauro de Villar Salles: *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, p. 2.241, verbete “pluralidade”.

⁴⁰⁹ Philie Marcangelo-Leos sustenta que “la détention d’un ensemble de médias par une seule personne, même si elle n’a qu’une motivation économique, peut avoir pour effet de rendre la diffusion d’idées tributaires de l’acceptation d’un seul et limiter les vies alternatives, alors que la multiplication des opérateurs accentue la possibilité d’avoir une diversité d’information, même si cette relation ne présente pas un caractère automatique” (*Pluralisme et audiovisuel*. Paris : LGDJ (Bibliothèque de Droit Public – Tome 240), 2004, p. 305). A propósito, assevera Gillian Doyle: “pluralism is not simply about the presence in a given market of several different products, or even several separate suppliers, for their own sake. The need for pluralism is, ultimately, about sustaining representation within a given society for different viewpoints and forms of cultural expression” (*Media ownership: the economics and politics of convergence and concentration in the UK and European media*. Londres: Sage Publications, 2002, p. 14).

⁴¹⁰ Philie Marcangelo-Leos ressalta que a dimensão externa do pluralismo “est garantie par la diversité des opérateurs ou des médias et favorisée essentiellement par un dispositif destiné à prévenir les concentrations s’agissant d’une même catégorie de services ou de l’ensemble du système audiovisuel et à assurer de la variété d’investisseurs” (*Pluralisme et audiovisuel*, p. 291).

importante destacar é que, em princípio, os proprietários ou controladores das empresas de mídia podem utilizar seus veículos de comunicação para difundir suas visões políticas, econômicas, religiosas e culturais particulares⁴¹¹.

Ainda que a influência dos proprietários ou controladores das empresas de mídia não ocorra de forma significativa todos os dias, o simples risco de que essa influência possa ser exercida e, nessa medida, determinar a agenda política ou desvirtuar o debate na esfera pública é uma ameaça significativa para a democracia. Fábio Konder Comparato adverte que “é um engano imaginar (...) que os controladores das empresas mercantis de imprensa, rádio e televisão buscam exclusivamente o lucro como seu objetivo final. A atração pelo exercício do poder, sobretudo o político, é um dos impulsos mais fortes do ser humano. Os grandes empresários do setor de comunicação, muito mais freqüentemente do que se pensa, contentam-se em ter uma lucratividade medíocre, contanto que a rede das suas empresas, compreendendo jornais, radioemissoras e televisões, tenha condições de exercer uma influência preponderante sobre as decisões governamentais, tanto no plano local, como no nacional”⁴¹². Ainda que se admita que os proprietários ou controladores dos meios de comunicação de massa não exercem uma influência decisiva no conteúdo editorial de seus veículos diariamente, é razoável supor que em momentos críticos, quando seus interesses vitais estiverem em jogo, essa influência potencial será efetivamente exercida⁴¹³.

Na sociedade de massas, os meios de comunicação social são instrumentos de poder, pois possuem a capacidade de estabelecer a agenda política e influenciar o debate na esfera pública. Por outro lado, em um sistema democrático de

⁴¹¹ Mark Cooper afirma que “the number of independently owned outlets is critical to civic discourse for a variety of reasons. Positive externalities flow from having a large number of outlets. When media outlets are numerous, they are also more accessible. In addition, independent ownership of outlets should be promoted because ownership influences media organization’s structure and content. Simply put, ownership dictates viewpoint” (*Media ownership and democracy in the digital information age: promoting diversity with First Amendment principles and market structure analysis*. Centre for Internet Society, Stanford Law School, 2003, p. 62).

⁴¹² “Controle público e social dos meios de comunicação”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 128, out./dez. 2002, pp. 27-28.

⁴¹³ A experiência brasileira infelizmente revela diversos casos nos quais a Rede Globo procurou influenciar o processo político brasileiro ou o resultado das disputas eleitorais. Os episódios mais conhecidos são a cobertura das greves do ABC (1978), o caso Proconsult no contexto da eleição para o Governo do Estado do Rio de Janeiro (1982), a campanha pels Diretas-Já (1984) e a eleição de Fernando Collor de Mello (1989). Ver a respeito, Venício de A. Lima: “Globo e política: ‘tudo a ver’”. In Valério Cruz Brittos e César Ricardo Siqueira Bolaño: *Rede Globo: 40 anos de poder e hegemonia*. São Paulo: Paulus, 2005, pp. 103-129; e

governo, as fontes de poder devem sempre ser controladas ou contrabalançadas⁴¹⁴. O princípio do pluralismo externo, na medida em que está associado à noção de diversidade de fontes de informação, independentes e autônomas, e a uma configuração estrutural do setor de mídia na qual a propriedade e/ou o controle dos veículos não esteja concentrada nas mãos de poucos, representa um mecanismo legítimo para combater o poder político e econômico decorrente da concentração dos veículos de mídia. Entretanto, a proteção do pluralismo externo, para ser efetiva, reclama a adoção de medidas voltadas para a regulação estrutural do setor de mídia.

A diversidade de veículos de mídia, independentes e autônomos, sustentada pela idéia de pluralismo externo, significa não só uma repulsa ao controle dos meios de comunicação pelo Estado (monopólio estatal da mídia), mas também uma oposição à concentração dos veículos de mídia nas mãos de poucos grupos privados.

A noção de pluralismo de fontes de informação está ligada indissociavelmente à idéia de dispersão da propriedade e/ou do controle dos meios de comunicação. O pluralismo externo busca criar uma diversidade estrutural de fontes de informação. É difícil, no entanto, definir em termos absolutos quantos veículos de mídia são necessários para assegurar o pluralismo externo⁴¹⁵. Pode-se afirmar, porém, que a

Carlos Roberto Siqueira Castro: *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 576-584.

⁴¹⁴ Nesse sentido, Mike Feintuck e Mike Varney afirmam que “a fundamental distinction between democracy and other political systems is the expectation that arises from democracy that power will not be unlimited. Those who exercise political power are expected to be accountable to those who elect them, to their peers, and to the courts, and should be subjected not only to giving an account of their actions, but also be liable to sanction if their behavior exceeds limits established by the constitution. It can be also argued, however, that those who exercise significant ‘private’ power, for example employers or corporate owners, will also, legitimately, have their powers limited by the state (...), and such arguments should apply especially in situations (...) where corporate entities acquire powers traditionally associated with public, state bodies. Given the degree of power that the media exercise by (...) providing ‘the informational building blocks to structure views of the world’ (...), it is reasonable to expect that they too should be accountable, that their activities should be regulated” (*Media regulation, public interest and the law*. 2ª ed. Edimburgo: Edinburgh University Press, 2006, pp. 4-5). Da mesma forma, Ronald J. Krotoszynski Jr. e A. Richard M. Blaiklock sustentam que “just as unchecked political power presents an unacceptable threat to liberty, so, too, unchecked media power requires structural controls to maintain a viable marketplace of ideas” (“Enhancing the spectrum: media power, democracy and the marketplace of ideas”. *University of Illinois Law Review*, vol. 2000, nº 3, 2000, p. 128). Acrescentam os autores que aqueles que “advocate sole reliance on market forces to protect diversity have simply failed to consider the importance of maintaining structural diversity among the electronic media as a means of enhancing democracy” (*Ibidem*, p. 128).

⁴¹⁵ A propósito, Lesley Hitchens observa que “diversity is not easily measurable; it is not like a chemical, about which it can be determined, with reasonable certainty, what level of exposure will be harmful. It will not be possible to conclude with respect to a certain degree of concentration what the impact on the diversity of voice and ideas will be. Regulation of ownership and control will of necessity be prophylactic regulation.

promoção do pluralismo de fontes (pluralismo externo) implica a busca pelo maior número possível de fontes de informação independentes e autônomas, consideradas as possibilidades técnicas existentes. Em outras palavras, o pluralismo externo significa a promoção da disseminação de informações mais ampla possível por meio de fontes e veículos diversos, independentes e autônomos.

1.1.2 – Pluralismo interno

Ao lado do pluralismo de fontes de informação (pluralismo externo), a idéia de pluralismo também está associada à diversidade do conteúdo da mídia. Nesse sentido, que podemos denominar de pluralismo interno, pluralismo significa diversidade de conteúdo oferecido ao público pelos veículos de comunicação social⁴¹⁶.

Diversos autores destacam que o pluralismo interno está ligado à idéia de diversidade de pontos de vista, de correntes de pensamento e de opinião e de juízos de valor (divergentes e mesmo conflitantes) sobre temas de interesse coletivo. O pluralismo interno significa, portanto, diversidade política e ideológica. Essa diversidade de juízos de valor e de opiniões sobre assuntos de natureza política é denominada por alguns autores como “diversidade editorial”.

Para Ángela Vivanco Martínez, “pluralismo consiste no respeito à variedade, isto é, a uma multiplicidade de opiniões, idéias, formas de pensar, comportamentos, interesses de grupo etc. Significa, sem dúvida, um pronunciamento efetivo a favor da tolerância pelas diferentes idéias, opiniões, doutrinas e ideologias

The choice then of the permissible limits will lack clear objectivity and certainty” (*Broadcasting pluralism and diversity: a comparative study of policy and regulation*. Oxford: Hart Publishing, 2006, p. 137).

⁴¹⁶ Abordando os dois ângulos da noção de pluralismo, Gillian Doyle sustenta que “the definition of pluralism embraces both diversity of *ownership* (i.e. existence of a variety of separate and autonomous media suppliers) and diversity of *output* (i.e. varied media content). It is useful to distinguish between these two concepts. A related distinction is drawn sometimes between the idea of ‘external’ and ‘internal’ pluralism. External pluralism exists when there is a range of suppliers (diverse ownership) whereas internal pluralism (i.e. pluralism within the firm) is about diversity of content” (*Media ownership: the economics and politics of convergence and concentration in the UK and European media*, p. 12). Na mesma direção, a exposição de motivos relativa à Recomendação nº R (99) 1 do Conselho da Europa, que trata das medidas visando à promoção do pluralismo na mídia, afirma que “la notion de ‘pluralisme des médias’ est entendue au sens d’une diversité de l’offre, reflétée, par exemple, dans l’existence d’une pluralité de médias indépendants et autonomes (ce qu’on appelle généralement le pluralisme structurel) ainsi que d’une diversité des types de médias et des contenus (points de vue et opinions) proposés au public. Les aspects structurel/quantitatif et qualitatif participent donc tous deux de la notion de pluralisme des médias” (a exposição de motivos foi adotada pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa em 19.01.1999, e está disponível no sítio da Internet : [http://cm.coe.int/ta/rec/1999/fExpRec\(99\)1.htm](http://cm.coe.int/ta/rec/1999/fExpRec(99)1.htm), acessado em 04.10.2002).

políticas que as pessoas defendem e uma garantia de que estas poderão se expressar livremente através dos mecanismos institucionais estabelecidos pela democracia, dentre os quais devemos destacar a liberdade de comunicar a outros o pensamento próprio e de poder associar-se em torno das correntes que a cada um melhor representem”⁴¹⁷.

No entanto, a noção de pluralismo interno não se esgota na diversidade política. O pluralismo interno se completa com a idéia de diversidade de manifestações culturais existentes no seio da coletividade⁴¹⁸. A idéia de diversidade cultural leva em consideração a variedade de identidades regionais e a heterogeneidade de origens, raças, cores, credos e orientações sexuais encontradas na sociedade. Nesse sentido, o pluralismo interno abrange também a idéia de diversidade cultural.

Assim, do ponto de vista interno dos veículos de comunicação social, a noção de pluralismo significa diversidade de pontos de vista e de correntes de pensamento e de opinião, assim como diversidade cultural⁴¹⁹. A antítese da diversidade é a homogeneidade. O adjetivo homogêneo designa aqueles elementos ou objetos “cujas partes

⁴¹⁷ “A concentração dos meios de comunicação em sociedades democráticas: perigo para a liberdade de expressão ou condição de subsistência?”. In *A mídia entre regulamentação e concentração*. Cadernos Adenauer VIII (2007), nº 4. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2008, p.15.

⁴¹⁸ Sobre o assunto, escreve Gillian Doyle: “more generally, the concept of pluralism is comprised of two aspects. ‘Political’ pluralism is about the need, in the interests of democracy, for a range of political opinion and viewpoints to be represented in the media. Democracy would be threatened if any single voice, with the power to propagate a single political viewpoint, were to become too dominant. ‘Cultural’ pluralism is about the need for a variety of cultures, reflecting the diversity within society, to find expression in the media. Cultural diversity and social cohesion may be threatened unless the cultures and values of all groupings within society (for example, those sharing a particular language, race or creed) are reflected in the media” (*Media ownership: the economics and politics of convergence and concentration in the UK and European media*, p. 12). De forma semelhante, a exposição de motivos relativa à Recomendação nº R (99) 1 do Conselho da Europa, que trata das medidas visando à promoção do pluralismo na mídia, assevera que “le concept de pluralisme comporte un aspect politique et un aspect culturel. Le pluralisme politique repose sur la nécessité de représenter, dans l’intérêt de la démocratie, un large éventail d’opinions et d’opinions politiques différentes dans les médias. La démocratie serait en effet en danger si une voix devait à elle seule prendre possession du paysage médiatique et avoir le pouvoir de propager un point de vue politique unique. Le pluralisme culturel répond quant à lui au besoin des diverses composantes culturelles de la société de s’exprimer dans les médias” (a exposição de motivos está disponível no sítio da Internet: [http://cm.coe.int/ta/rec/1999/fExpRec\(99\)1.htm](http://cm.coe.int/ta/rec/1999/fExpRec(99)1.htm), acessado em 04.10.2002).

⁴¹⁹ David Croteau e William Hoynes afirmam que “media serve the public interest to the extent that they portray the diversity of experiences and ideas in a given society. Only through exposure to a wide range of perspectives can citizens begin to truly understand their society and make informed decisions. Mainstream ideas and the views of those in power have a variety of avenues through which they can be expressed, including that of the major media. The media, however, must serve the public interest by regularly including ideas that are outside the boundaries of the established consensus. In this way, media become a place where old ideas can be scrutinized and where new ideas can emerge and be debated. With a focus on diversity that welcomes disagreement and dissent, media can make a significant contribution to democratic public life” (*The business of media: corporate media and the public interest*. 2ª ed. Thousand Oaks, CA: Pine Forge Press, 2006, p. 34).

ou unidades não apresentam ou quase não apresentam desigualdades, altos e baixos” (*Dicionário Aurélio*)⁴²⁰. Em outras palavras, homogêneo é aquilo “que possui igual natureza e/ou apresenta semelhança de estrutura, função, distribuição etc. em relação a (diz-se de qualquer coisa em comparação a outra)” (*Dicionário Houaiss*)⁴²¹. Homogeneidade traduz, portanto, a idéia de semelhança, de origem comum, de falta de caracteres ou elementos distintivos ou diferenciadores.

É importante esclarecer que pluralismo interno não se limita à questão da pluralidade de programas⁴²². Um canal de televisão pode transmitir uma quantidade razoável de programas diferentes (shows de música, programas de auditório, telenovelas, programas humorísticos, eventos esportivos etc.) e mesmo assim apresentar uma variedade muito reduzida de pontos de vista e de correntes de pensamento e de opinião. A noção de pluralismo interno exige uma percepção mais qualitativa que quantitativa do conteúdo. Mais conteúdo não significa necessariamente conteúdo diversificado. A multiplicidade de conteúdo (pluralidade de tipos de programas) é um aspecto relevante do pluralismo interno, mas não o mais importante⁴²³. Na realidade, o pluralismo interno encontra seu traço característico fundamental na diversidade política e na diversidade cultural do conteúdo oferecido pelos veículos de mídia aos usuários e não na pluralidade de tipos de

⁴²⁰ Aurélio Buarque de Holanda Ferreira: *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*, p. 1054, verbete “homogêneo”.

⁴²¹ Antônio Houaiss e Mauro de Villar Salles: *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, p. 1548, verbete “homogêneo”.

⁴²² Para explicar como as emissoras de televisão comercial, financiadas pela publicidade, escolhem o tipo de programa a ser difundido e prever o grau de diversidade de programas em situações de monopólio ou de competição, economistas americanos procuraram desenvolver alguns modelos econômicos. Embora a análise de tais modelos esteja fora do escopo de nosso estudo, vale mencionar que o trabalho pioneiro foi realizado por Peter Steiner (“Program patterns and preferences, and the workability of competition in radio broadcasting”. *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 66, nº 2, 1952, pp. 194-243). Posteriormente, o modelo de Steiner foi aperfeiçoado por Jack Beebe (“Institutional structure and program choices in television markets”. *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 91, nº 1, 1977, pp. 15-37). Na mesma linha de análise, mas com perspectiva diferente, cumpre citar o trabalho de Michel Spence e Bruce Owen (“Television programming, monopolistic competition, and welfare”. *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 91, nº 1, 1977, pp. 103-126). Sobre o tema, ver também os trabalhos de Steven T. Berry e Joel Waldwogel: “Do mergers increase product variety? Evidence from radio broadcasting”. *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 116, nº 3, 2001, pp. 1009-1025; e Simon P. Anderson e Stephen Coate: “Market provision of broadcasting: a welfare analysis”. *Review of Economic Studies*, vol. 72, nº 253, 2005, pp. 947-972. Para uma discussão dos diversos modelos, ver Bruce M. Owen e Steven S. Wildman: *Video economics*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1992, capítulos 3 e 4.

⁴²³ No tocante à radiodifusão, a pluralidade de conteúdo atende aos objetivos de informar, educar e entreter geralmente associados aos serviços de televisão e rádio. Com relação à radiodifusão brasileira, nunca é demais recordar que o art. 221, inciso I da Constituição Federal determina que a programação e os programas de rádio e de televisão aberta deverão ter preferencialmente finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas.

programas. Contudo, não se pode negar que a pluralidade de tipos de programas pode ajudar à promoção da diversidade de manifestações políticas e culturais na mídia.

Caio Mario da Silva Pereira Neto, além de reconhecer que o conceito de diversidade em mídia não é unívoco, assevera que “a diversidade de programas não é a única, nem a mais relevante, manifestação de diversidade no setor de comunicação. Na realidade, mais importante é a diversidade de pontos de vista, ou também chamada ‘diversidade editorial’”⁴²⁴. Não há dúvidas de que a variedade de programas é importante na atividade dos meios eletrônicos de comunicação social (rádio e televisão, tanto aberta como por assinatura). Entretanto, quando se fala em promoção do pluralismo interno, estamos nos referindo fundamentalmente à idéia de diversidade de pontos de vista e de correntes de pensamento e de opinião e à diversidade de manifestações culturais.

Alguns autores salientam que é de difícil comprovação, do ponto de vista empírico, a afirmação de que a diversidade de fontes de informação independentes e autônomas (pluralismo externo) leva necessariamente a uma maior diversidade de conteúdo (pluralismo de opiniões e de pontos de vista e diversidade cultural)⁴²⁵. No entanto, é comum os autores relacionarem em maior ou menor extensão diversidade de fontes de informação (pluralismo externo) e diversidade política e cultural do conteúdo difundido pelos meios de comunicação de massa (pluralismo interno). Em nossa opinião, a existência de um número significativo de veículos de comunicação social, independentes e autônomos (pluralismo externo), contribui – talvez não de maneira determinante, mas certamente de forma significativa – para a diversidade política e cultural do conteúdo difundido pelos veículos de mídia⁴²⁶. Por essa razão, a promoção do pluralismo externo anda de mãos dadas com a diversidade política e cultural do conteúdo veiculado pela mídia (pluralismo interno). O pluralismo externo (pluralismo de fontes de informação) e o

⁴²⁴ “Análise de concentração econômica no setor de comunicação: defesa da concorrência, democracia e diversidade na esfera pública”. *Revista de Direito da Concorrência* (Edição Especial – Retrospectiva 2003), 2003, p. 65.

⁴²⁵ Cf. C. Edwin Baker: *Media concentration and democracy: why ownership matters*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 15.

⁴²⁶ Gillian Doyle afirma que “although diverse ownership of broadcasting and the press will not necessarily guarantee diversity of media output, the existence of a diversity of media owners should contribute positively to pluralism. Even if all owners choose to rely on or share many sources of content, their rivalry will promote a culture of dissent which is healthy for democracy. Most importantly, diverse ownership will prevent any single supplier from having absolute control over the agenda and will therefore reduce the scope for potentially dangerous abuses of public or political influence” (“*Media ownership: the economics and politics of convergence and concentration in the UK and European media*, p. 28).

pluralismo interno (pluralismo de idéias e de correntes de opinião e diversidade de manifestações culturais) são duas faces da mesma moeda.

Relacionando pluralismo de fontes (pluralidade de meios) e pluralismo de pontos de vista (diversidade de correntes de opinião ou diversidade editorial), Caio Mario da Silva Pereira Neto, afirma que “a garantia de diversidade de controle dos meios de comunicação é um dos elementos essenciais na promoção de diversidade editorial. O controle monopolista sobre diferentes canais tende a eliminar as diferenças editoriais, empobrecendo o debate político sobre questões de interesse público e o debate cultural em geral”⁴²⁷.

Na sociedade de massas, a expressão da diversidade política, isto é, de correntes de opiniões e de pontos de vista, é mediada pelos meios de comunicação social. A propriedade ou controle dos meios de comunicação de massa significa a possibilidade de privilegiar algumas idéias e opiniões – do governo de turno ou dos proprietários ou controladores dos veículos de mídia – em detrimento do pluralismo e da diversidade⁴²⁸. Tal fato justifica a implementação de mecanismos jurídicos voltados para a abertura dos veículos de comunicação social às diversas correntes de pensamento e de opinião e à diversidade de manifestações culturais existentes na sociedade (pluralismo interno).

Alguns observadores poderão contestar a definição do pluralismo externo e do pluralismo interno em termos genéricos e demandar parâmetros quantitativos mais precisos para sua caracterização. Pensamos, no entanto, ser difícil conceber o pluralismo em termos de números absolutos de veículos de comunicação social independentes e autônomos, ou mesmo conceber uma quantificação exata para as noções de diversidade política e cultural do conteúdo da mídia. A noção de pluralismo (externo e interno) no setor de mídia deve ser complementada por elementos concretos decorrentes da dinâmica

⁴²⁷ “Análise de concentração econômica no setor de comunicação: defesa da concorrência, democracia e diversidade na esfera pública”. *Revista de Direito da Concorrência* (Edição Especial – Retrospectiva 2003), 2003, p. 65.

⁴²⁸ Gillian Doyle assevera que “the main problem as regards pluralism is (...) a heightened risk of over-representation of certain political viewpoints or values or certain forms of cultural output at the expense of others. (...) It may be that in some instances of consolidated ownership, editorial functions and consumer choices will not be affected and, therefore, it may be argued that pluralism is not damaged. However, the problem with concentrated ownership is the *risk* of direct or indirect influence over content and agenda, irrespective of whether, in practice, many or most media owners try to cause a predominance of certain forms of output” (“*Media ownership: the economics and politics of convergence and concentration in the UK and European media*”, p. 147).

evolutiva das condições econômicas e tecnológicas dos veículos de comunicação social. A caracterização do pluralismo de forma aberta – e, portanto, mais flexível – parece ser preferível para lidar com a rápida e constante mutação da realidade econômica e tecnológica do setor de mídia.

1.1.3 – Pluralismo e concorrência: distinção necessária

No tocante ao setor de comunicação social, é importante distinguir entre as noções de concorrência e pluralismo. Não se pretende com tal distinção advogar a tese segundo a qual o direito da concorrência não se aplicaria aos veículos de comunicação social. Não se trata disso. Nossa preocupação é, de um lado, deixar claro que a noção de pluralismo não se identifica plenamente com a de concorrência, e, de outro lado, ressaltar a prevalência no sistema jurídico brasileiro do princípio do pluralismo sobre a idéia de concorrência no que tange à estruturação do setor de mídia.

Como visto anteriormente, a noção de concorrência está ligada fundamentalmente à idéia de disputa entre dois ou mais agentes por determinada oportunidade econômica⁴²⁹. Para Benjamin Shieber, “concorrência ou competição no campo econômico consiste na luta entre diversas empresas para conseguir maior penetração no mercado, quando se fala de vendedores, ou maior ou melhor parte da oferta, quando se fala de compradores”⁴³⁰.

A concorrência é normalmente vista como um mecanismo que assegura que as empresas mantenham seus custos e preços baixos, o que contribui para o uso mais eficiente dos recursos econômicos. A pressão competitiva faz com que as empresas

⁴²⁹ Ver a propósito, Isabel Vaz: *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 19 e seguintes. D. G. Goyder define concorrência da seguinte forma: “competition is basically the relationship between a number of undertakings which sell goods or services of the same kind at the same time to an identifiable group of customers. Each undertaking having made a commercial decision to place its goods or services on the market, utilizing its production and distribution facilities, will by that act necessarily bring itself into a relationship of potential contention and rivalry with the other undertakings in the same geographical market, whose limits may be a single shopping precinct, a city, a region, a country, a group of countries, the entire European Community, or even the whole world” (*EC competition law*. 4ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 8).

⁴³⁰ *Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966, p. 61.

melhorem sua produtividade e a qualidade de seus produtos e serviços, o que beneficia consumidores e a sociedade como um todo⁴³¹.

A idéia de concorrência esteve inicialmente ligada à existência de uma grande quantidade de agentes econômicos no mercado, produzindo ou consumindo bens ou serviços (atomização). Observa Ana Maria de Oliveira Nusdeo, no entanto, que “a tendência à concentração do mercado e a absorção da noção de eficiência impõem uma mudança no conceito de concorrência, o qual deixa de corresponder necessariamente à atomização para ser definido pelo elemento de rivalidade, da luta entre os concorrentes pela conquista do mercado. Assim, o que se exige em termos de política antitruste é a manutenção das condições de competitividade, compreendida enquanto postura de disputa pela clientela nos mercados”⁴³².

Portanto, a noção de concorrência está atualmente ligada à idéia de competição por oportunidades econômicas (disputa por fatias de mercado) e busca de eficiência econômica. A partir dessa noção de concorrência, faz sentido a afirmação de César Bolaño segundo a qual “o âmbito da concorrência entre as emissoras de televisão é a luta pela distribuição de verba de mídia, pela apropriação de parcelas crescentes do investimento publicitário”⁴³³. Extrapolando essa idéia, pode-se afirmar que, nos meios de comunicação social, a noção de concorrência está, em grande medida, ligada à competição por verbas publicitárias. A noção atualmente mais propagada de concorrência – concorrência como luta ou disputa entre agentes econômicos por maior parcela de mercado – não se coaduna plenamente com o conceito de pluralismo de informação. Principalmente se aceitarmos que (i) a competição no setor de comunicação social ocorre em função da

⁴³¹ Phillip Areeda, John Solow e Herbert Hovenkamp resumem assim as virtudes e finalidades da concorrência: “competition serves many ends. First and foremost, competition is thought to yield the highest output and lowest prices consistent with competitors’ ability to earn minimally profitable returns to their investments. In addition, competitive processes substitute impersonal and hence more tolerable market decisions for the dictates of private decision makers, and for the governmental bureaucratic controls to which unchecked private power may otherwise lead. By controlling cartels and monopolies, moreover, competition limits wealth transfers from consumers to capital owners. Furthermore, many believe that competition disperses business assets and broadens independent entrepreneurial opportunities, thereby improving the social and political climate. Finally, competition may promote innovation, at least to an extent” (*Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*. Vol. IIB. 3ª ed. Austin/Boston/Chicago/Novato: Aspen Publishers, 2007, p. 4).

⁴³² *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 256-257. No mesmo sentido, Luís Fernando Schuartz: “Poder econômico e abuso do poder econômico no direito de defesa da concorrência brasileiro”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 94, abr./jun. 1994, p. 26.

⁴³³ *Mercado brasileiro de televisão*. 2ª ed. São Paulo/Aracaju: Editora da PUC-SP, 2004, p. 54.

apropriação de verbas de publicidade, (ii) o objetivo principal da concorrência é a busca da eficiência econômica⁴³⁴, e (iii) o direito concorrencial se preocupa apenas com o abuso de posição dominante⁴³⁵.

Observa Alexandre Ditzel Faraco que “o direito antitruste (...), ao considerar as estruturas de mercado e impor limitações à formação do poder econômico, tipicamente admite uma análise de custo e benefício que acaba por permitir certos níveis significativos de concentração do poder econômico, sob a justificativa das eficiências econômicas potencialmente geradas (que nada tem a ver com as preocupações relacionadas com a regulação específica das comunicações sociais)”⁴³⁶.

O pluralismo de informação diz respeito, de um lado, à existência de um número significativo de diferentes vozes independentes e autônomas (pluralismo externo) e, de outro lado, à expressão da diversidade política e cultural na mídia (pluralismo interno). Mais importante ainda, o pluralismo visa a proteger o debate livre e aberto na esfera pública, a manifestação da diversidade cultural existente na sociedade, bem como prevenir a concentração de poder político no setor de comunicação social⁴³⁷. Em síntese, o princípio do pluralismo tem por objetivo principal promover a diversidade de opiniões e de informação na esfera pública.

⁴³⁴ Alguns autores críticos da regulação da mídia, como Massimo Motta e Michele Polo, não deixam de reconhecer que “while competition policy promotes economic efficiency, it cannot safeguard the objective of pluralism of views, which is one of the main goals of public policy in the broadcasting sector. Hence, competition policies should be complemented by regulations which guarantee that no single firm has enough market power to jeopardize the pluralism of opinions in society. This calls for measures such as the imposition of a maximum permitted audience share, or limitations on the shareholding of a single investor in broadcasting company, even if such measures are in contradiction to economic efficiency objectives” (“Concentration and public policies in the broadcasting industry: the future of television”. *Economic Policy*, vol. 25, out./1997, p. 327).

⁴³⁵ “De façon générale, les règles anti-concentration du droit des médias et le droit de la concurrence se différencient par leurs objectifs. Alors que le droit des médias vise principalement à garantir le pluralisme des médias, le droit de la concurrence a pour mission d’assurer le bon fonctionnement des mécanismes commerciaux et notamment d’empêcher, dans ce cadre, l’abus de position dominante” (*La télévision et la concentration des médias : modèles de réglementation aux niveaux national et européen*. Estrasburgo : Observatoire européen de l’audiovisuel (IRIS Spécial), 2001, p. 4).

⁴³⁶ *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação – rádio, televisão e Internet*. Tese de livre-docência. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p. 56.

⁴³⁷ Gillian Doyle ressalta que “safeguarding competition and promoting pluralism are different objectives. The need to ensure plurality in the media on democratic, social and cultural grounds is a separate and distinct policy objective from ensuring market efficiency through competition” (*Media ownership: the economics and politics of convergence and concentration in the UK and European media*, p. 170).

A concorrência, orientada no sentido da busca da eficiência econômica, pode, em diversos casos, levar à aceitação de estruturas de mercado ou à aprovação de operações de concentração econômica no setor de mídia que, se avaliadas sob o prisma do pluralismo de fontes e da diversidade de opiniões e de informação, seriam fatalmente consideradas indesejáveis⁴³⁸.

No setor de comunicação social, como visto, o princípio que tem primazia é o do pluralismo da informação. Um mercado onde exista concorrência entre os agentes econômicos (luta por parcelas do mercado de bens ou serviços e busca da eficiência econômica) não necessariamente garante a pluralidade de vozes e a diversidade de opiniões e pontos de vista associados à noção de pluralismo de informações⁴³⁹. Por outro lado, um mercado onde exista uma diversidade de agentes econômicos, independentes e autônomos, tende a favorecer a competição. Assim, parece ser possível afirmar que o pluralismo favorece a concorrência entre os agentes econômicos no setor de comunicação social. O contrário não é necessariamente verdadeiro⁴⁴⁰.

Considerado o exposto até agora, parece-nos razoável sustentar que, caso determinado sistema jurídico eleja o pluralismo de agentes ou a diluição de poder em determinado mercado como um princípio, ficaria também o direito concorrencial vinculado à consecução de tal finalidade. No tocante ao setor de comunicação social, pensamos ser possível dizer que, no Brasil, o direito da concorrência e a aplicação da legislação antitruste devem ter como objetivo específico a promoção do pluralismo de informação, ou dito de outra forma, a diluição do poder econômico. No mesmo sentido, afirma Caio Mario da Silva Pereira Neto, “ao se avaliar a concentração empresarial e práticas anticompetitivas

⁴³⁸ Cf. Mike Feintuck e Mike Varney: *Media regulation, public interest and the law*. 2ª ed. Edimburgo: Edinburgh University Press, 2006, p. 94.

⁴³⁹ Thomas Gibbons reconhece que “whether competition regulation is adequate to deal with problems in the media industry depends on the way that is characterised. If media companies are regarded as supplying a particular kind of consumer product – broadly entertainment – there is no case for treating them in a special way, but if the media’s association with free communication is considered significant, the economic criteria for competition may be insufficient to allow a diversity of viewpoints to reach the readership or audience” (*Regulating the media*. 2ª ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1998, p. 205).

⁴⁴⁰ Alexandre Ditzel Faraco admite que “a garantia da concorrência na radiodifusão (...) pode ser vista como medianamente capaz de estimular o pluralismo” (“Difusão do conhecimento e desenvolvimento: a regulação do setor de radiodifusão”. In: Calixto Salomão Filho (coord.): *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 106). Essa correlação entre concorrência e pluralismo exige condições particulares, segundo o autor: “se condições concorrenciais conduzem à possibilidade de difusão do poder econômico, gerando uma diversidade de opções possíveis, sua manifestação na radiodifusão significará uma pluralidade de agentes influenciando o conteúdo daquilo que alcança a esfera pública de distribuição e discussão de idéias” (*Ibidem*, p. 106).

nesse setor [de comunicação], é preciso levar em consideração que a concorrência possui uma função instrumental de promover valores básicos da sociedade em que vivemos. Nesse sentido, o impacto de certas estruturas de mercado e condutas anticoncorrenciais sobre a diversidade de perspectivas na esfera pública e sobre a liberdade de fluxos de informação são fatores extremamente relevantes”⁴⁴¹.

1.1.4 – Pluralismo e possibilidade de escolha

É preciso esclarecer que a definição do pluralismo de informação como princípio fundamental do setor de comunicação social não implica a escolha ou no privilégio de uma determinada orientação político-ideológica, econômica, religiosa ou cultural ou de um conteúdo específico a ser difundido pela mídia.

Guilherme Döring Cunha Pereira pondera que “são muitas, para não dizer infinitas, as possibilidades de comunicação verdadeiramente dignas do homem, que promova o bem comum. Qualquer tentativa de definir de antemão qual a comunicação socialmente adequada viria em detrimento do próprio bem comum, empobrecendo a convivência humana. Suporia a pretensão de onisciência, tão própria dos Estados totalitários, ainda que tal definição proviesse não do Estado mas de outra instância social”⁴⁴².

O princípio do pluralismo nos meios de comunicação social tem natureza eminentemente instrumental, pois visa a assegurar condições de igualdade material entre veículos de comunicação e permitir a transmissão de informações e opiniões diversas para a coletividade. A difusão de diversos pontos de vista e correntes de pensamento e de opinião e da multiplicidade de expressões culturais, aliada à liberdade de escolha existente em um sistema democrático, permite ao cidadão, usuário dos meios de comunicação de massa, descobrir as melhores opções políticas, sociais e econômicas, bem como enriquecer sua experiência cultural⁴⁴³.

⁴⁴¹ “Análise de concentração econômica no setor de comunicação: defesa da concorrência, democracia e diversidade na esfera pública”. *Revista de Direito da Concorrência* (Edição Especial – Retrospectiva 2003), 2003, pp. 58-59.

⁴⁴² *Liberdade e responsabilidade dos meios de comunicação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 39.

⁴⁴³ Mike Feintuck e Mike Varney afirmam com pertinência que “choice is certainly significant in liberal-democratic theory, though whether as an end in itself or instrumentally as a means to achieving or fulfilling other ends is open to debate. What is not open to question, however, is that choice in this context must be

Como bem lembra André Carvalho Nogueira, “a capacidade de escolha está intrinsecamente ligada à capacidade de *julgar*. Por capacidade de julgar nos referimos à capacidade de, no processo de decisão, ou seja, de escolha do ato a ser realizado, analisarmos as informações que recebemos, inserindo-as no conjunto dos conhecimentos anteriormente obtidos e valorando-a de acordo com sua utilidade para os fins preconizados pelo agente”⁴⁴⁴.

O princípio do pluralismo da informação nos meios de comunicação social não pré-determina a escolha político-ideológica ou cultural da coletividade ou de cada cidadão – o que seria radicalmente contra o regime democrático –, mas apenas constitui um mecanismo institucional para que essa escolha possa ser feita de forma consciente e informada, na medida em que promove a difusão da diversidade de pontos de vista e de correntes de opinião e a diversidade de manifestações culturais existentes no seio da coletividade⁴⁴⁵.

Observa Philie Marcangelo-Leos que, pelo princípio do pluralismo, “o destinatário da mensagem audiovisual é considerado como um ser responsável, que deve ser capaz, por ele mesmo, de decidir livremente sem que o liberalismo econômico ou o intervencionismo estatal afetem sua escolha”⁴⁴⁶. Essa observação feita no tocante à televisão pode ser estendida a todos os meios de comunicação de massa.

Em suma, a promoção do pluralismo não significa a opção por uma determinada corrente de pensamento político-ideológica ou certo tipo de manifestação

informed choice. Choice based on inadequate information cannot be considered choice in any meaningful sense. Equally, meaningful choice must be between a range of attractive, desirable, differentiated options; the choice between fifty or a hundred remarkably similar options is scarcely worthy of the name” (*Media regulation, public interest and the law*, p. 101).

⁴⁴⁴ *A dissolução do poder econômico como princípio regulatório*. Tese de doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (orientador: José Tadeu de Chiara), 2005, p. 38.

⁴⁴⁵ Nesse sentido, o princípio do pluralismo da informação permite o que Friedrich von Hayek, ao tratar da concorrência, denominou de *processo de descoberta* (ver “The meaning of competition”. In *Individualism and economic order*. Chicago: The University of Chicago Press, 1948, pp. 92-106). O princípio do pluralismo, ao disseminar informações, opiniões e pontos de vista, favorece a formação de opinião pelos cidadãos sobre questões e problemas não só econômicos, mas também políticos, sociais, religiosos e culturais.

⁴⁴⁶ No original: “Le destinataire du message audiovisuel est considéré comme un être responsable, qui doit être à même de décider librement sans que le libéralisme économique ou l’interventionnisme étatique n’affecte son choix” (*Pluralisme et audiovisuel*. Paris : LGDJ (Bibliothèque de Droit Public – Tome 240), 2004, p. 94).

cultural. Ela tem por objetivo, em realidade, que exista nos meios de comunicação social uma diversidade de informação, opiniões e pontos de vista e uma variedade de expressões culturais, que permitam ao cidadão formar suas convicções e realizar suas escolhas.

1.2 – Estrutura específica do setor de comunicação social e suas consequências

Ao considerar ilegítima a concentração de poder no setor de comunicação social, em função do disposto no art. 220, § 5º, a Constituição Federal definiu por via transversa a configuração estrutural legítima do setor e proscreeu estruturas tendentes a violar a configuração estrutural constitucionalmente legitimada.

Em função da ilegitimidade constitucional da concentração de poder no setor de comunicação social, é possível afirmar, de um lado, que a configuração estrutural do setor deve ser pulverizada, e, de outro lado, que o texto constitucional estabeleceu uma proibição *per se* de concentração na mídia.

1.2.1 – Estrutura pulverizada de mercado

O texto da Constituição Federal de 1988 (art. 220, § 5º) prescreveu – com força normativa, portanto – uma configuração estrutural para o setor de comunicação social fundada na diluição do poder econômico. No direito concorrencial, a antítese do poder econômico é a atomização e a pulverização dos agentes. Em uma configuração estrutural do mercado marcada pela atomização e pulverização, há uma grande quantidade de agentes e nenhum deles detém parcela significativa de poder.

A idéia de atomização dos agentes econômicos está ligada ao período inicial do direito antitruste nos Estados Unidos, após a promulgação do *Sherman Act* (1890), do *Clayton Act* e da criação da *Federal Trade Commission – FTC* (ambos em 1914), quando prevalecia o entendimento de que, para manutenção da concorrência, era

necessário um número elevado de participantes no mercado, sendo que cada agente econômico não poderia dispor de poder para influenciar a formação de preços⁴⁴⁷.

Nesse período, a aplicação da legislação antitruste buscava prioritariamente combater o poder dos conglomerados econômicos – estabelecidos sob a forma de trustes ou cartéis – de fixar preços e dividir os mercados de produtos e serviços. A fixação unilateral do preço de produtos ou serviços era vista como um atentado à liberdade de contratar, a qual falseava, ademais, a atuação da lei da oferta e da procura. A preocupação inicial subjacente à aplicação da lei antitruste estadunidense era com a preservação da liberdade de contratar frente à concentração de poder econômico e a proteção das pequenas e médias empresas. Entendia-se que a liberdade econômica somente existiria em um mercado composto por pequenas e médias empresas, todas desprovidas de poder com relação à determinação do nível de preço dos produtos ou serviços ofertados⁴⁴⁸. A idéia prevalecente na época era a de que o progresso econômico somente ocorreria se houvesse proteção das estruturas atomizadas de mercado. A dispersão do poder em função de estruturas atomizadas (pequenos produtores) atendia também o ideal Jeffersoniano de democracia política⁴⁴⁹. Para Thomas Jefferson, o ideal democrático residia em uma sociedade composta por pequenos produtores independentes, na qual inexisteriam grandes disparidades de riqueza e poder⁴⁵⁰.

Essa visão é bem ilustrada pela decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *Brown Shoe Co. vs. United States* (1962)⁴⁵¹. Em sua decisão, a Suprema Corte impediu o fabricante de sapatos Brown Shoe de adquirir o revendedor varejista de sapatos Kinney, mesmo tendo a Brown Shoe apenas 5% do mercado nacional de fabricação de sapatos e o revendedor Kinney apenas 1,2% do mercado nacional varejista de sapatos⁴⁵². A liberdade dos pequenos produtores de continuar no mercado assumia

⁴⁴⁷ Para uma visão da evolução do direito antitruste norte-americano, ver Ana Maria de Oliveira Nusdeo: *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, pp. 75 e seguintes.

⁴⁴⁸ Cf. Giuliano Amato: *Antitrust and the bounds of power: the dilemma of liberal democracy in the history of market*. Oxford: Hart Publishing, 1997.

⁴⁴⁹ Cf. Lawrence Sullivan e Warren Grimes: *The law of antitrust: an integrated handbook*. St. Paul: West Group, 2000, p. 5.

⁴⁵⁰ Cf. Giuliano Amato: *Antitrust and the bounds of power: the dilemma of liberal democracy in the history of market*, p. 97; e Lucia Helena Salgado: *A economia política da ação antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 1997, p. 17.

⁴⁵¹ *Brown Shoe Co. vs. United States*, 370 U.S. 294 (1962).

⁴⁵² Comentando o caso, observa Herbert Hovenkamp: “in *Brown Shoe Co. v. United States* the Supreme Court held that a horizontal merger between competing retailers of shoes was illegal because the large, post-

posição de primazia. A decisão do caso (i) rejeitou a justificativa de eficiência gerada pela concentração, descartando inclusive o argumento de que a redução de preços beneficiaria o consumidor, (ii) privilegiava o direito de competir dos produtores menores, e (iii) buscava frear a concentração econômica e o acúmulo de poder de mercado em seu início.

Voltando para a realidade brasileira, observamos acima que, no setor de comunicação social, o texto da Constituição Federal prescreveu uma configuração estrutural caracterizada pela pluralidade de agentes econômicos. Em outras palavras, é preciso existir, no setor de mídia, uma quantidade significativa ou razoável de agentes econômicos, independentes e autônomos. Mas isso não é tudo. Os agentes econômicos do setor devem ser, tanto quanto possível, materialmente equivalentes, sendo que nenhum deles pode deter uma “posição de força” pronunciada em comparação aos demais. Embora não se possa afirmar que o texto constitucional prescreva uma organização estrutural para o setor de mídia baseada na pequena empresa (atomização dos agentes), pensamos ser possível sustentar que o art. 220, § 5º da Constituição Federal estabelece uma configuração estrutural caracterizada pela maior pulverização possível dos agentes (veículos de mídia). A exigência de pulverização de agentes econômicos implica, conseqüentemente, a maior dispersão possível da propriedade e/ou controle dos meios de comunicação de massa.

A configuração estrutural do setor de mídia na qual exista uma situação de dispersão da propriedade e/ou controle dos veículos geraria dois benefícios para o sistema democrático: (i) redução do risco de uma pessoa ou grupo político, utilizando-se de seu poder político ou econômico, dominar o debate na esfera pública, e (ii) distribuição mais igualitária das oportunidades de participação dos cidadãos e dos grupos políticos relevantes na esfera pública⁴⁵³. No setor de comunicação social, a concentração do poder econômico e político nas mãos de uma pessoa ou grupo político tende a reduzir o debate e o confronto de diferentes pontos de vista e opiniões sobre assuntos de interesse para a coletividade. Quanto mais concentrada a estrutura de propriedade e/ou de controle dos meios de comunicação de massa, mais fácil para uma pessoa ou grupo político influenciar

merger firm could undersell its competitors. The Court concluded that Congress desired ‘to promote competition through the protection of viable, small, locally owned business’, and the creation of a large company with lower costs would frustrate this goal. ‘Congress appreciated that occasional higher costs and prices might result from the maintenance of fragmented industries and markets’, the Supreme Court acknowledge, but it ‘resolved these competing considerations in favor of decentralization’” (*Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*, p. 505).

⁴⁵³ Cf. C. Edwin Baker: *Media concentration and democracy: why ownership matters*, p. 17.

e eventualmente controlar a agenda política e o debate na esfera pública. Portanto, pode-se afirmar sem medo de errar que a dispersão da propriedade e/ou do controle dos meios de comunicação social reduz o risco de domínio ou influência da esfera pública por uma pessoa ou um único grupo político específico⁴⁵⁴.

Embora a configuração estrutural do setor de mídia prescrita pelo texto constitucional tenha sido a mais pulverizada possível, não se pode ignorar que na sociedade capitalista de massa, as unidades produtivas precisam ter uma escala de produção suficiente para poder ofertar seus produtos ou serviços no mercado. Também no setor de comunicação social, os agentes econômicos precisam ter certa escala para produzir de forma eficiente, para investir em tecnologia e eventualmente para competir no mercado internacional⁴⁵⁵. Ao se permitir – e, inclusive, incentivar – a exploração dos veículos de comunicação social por agentes privados, é preciso ponderar que o investimento necessário a ser feito pela empresa privada precisa ser rentável⁴⁵⁶. Do contrário, segundo a racionalidade empresarial (capitalista), não ocorrerá. Não se pode ignorar, portanto, que o componente econômico (eficiência e lucratividade) está sempre presente no setor comercial de mídia e na administração das empresas privadas de comunicação de massa⁴⁵⁷.

⁴⁵⁴ Para C. Edwin Baker, “the basic standard for democracy would then be a very wide and fair dispersal of power and ubiquitous opportunities to present preferences, views, visions. This is a democratic distribution principle for communicative power – a claim that democracy implies as wide as practical a dispersal of power within public discourse. As applied to media ownership, this principle can be plausibly interpreted structurally as requiring, possibly among other things, a maximum dispersal of media ownership” (*Media concentration and democracy: why ownership matters*, p. 7).

⁴⁵⁵ Guillermo Mastrini e Carolina Aguerre lembram que “frente à crescente mundialização do mercado cultural, aparecem fortes pressões para possibilitar a existência de campeões nacionais que possam sobreviver nesse mercado” (“Muitos problemas para poucas vozes: a regulamentação da comunicação no século XXI”. in *A mídia entre regulamentação e concentração*. Cadernos Adenauer VIII (2007), nº 4. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2008, p. 50). Com relação à competição internacional, observa ainda Philie Marcangelo-Leos que “schématiquement, se confrontent d’une part, la logique libérale qui entend soutenir la constitution de groupes forts aptes à lutter contre la pression de la concurrence internationale, laquelle conception confère au droit commun de la concurrence le pouvoir de réguler les concentrations dans le secteur de la communication et d’autre part, une logique interventionniste plaidant pour une protection du pluralisme par l’application d’une législation spécifique” (*Pluralisme et audiovisuel*. Paris : LGDJ (Bibliothèque de Droit Public – Tome 240), 2004, p. 298).

⁴⁵⁶ Gillian Doyle alerta, no entanto, que “a possible argument against using diverse ownership to secure pluralism is that allowing concentrated ownership may generate cost-efficiencies which would support a greater diversity of content. But if the link between media ownership and potential influence (over public opinion) has been accepted as valid and as a matter of concern for public policy, then it becomes difficult to accept the idea of diversity of ownership should be sacrificed, even in order to secure diversity of output. Additional diversity of content may become economically feasible with concentrated ownership, but it does not stamp out the danger that owners can exert influence over the political agenda of their products. Additional diversity of output cannot counteract the threat to pluralism posed by allowing concentrations of media power. Thus, diverse ownership remains important for achieving pluralism” (*Media ownership: the economics and politics of convergence and concentration in the UK and European media*, pp. 21-22).

⁴⁵⁷ Nas palavras de Robert G. Picard: “media cannot be considered separately from the economic system in which they operate because the economic forces of the system direct and constrain the choices of those who

O estabelecimento de limitações ao tamanho das empresas de comunicação social ou de restrições à concentração da propriedade e/ou do controle de veículos de mídia (integração horizontal, vertical ou cruzada) implica sacrifícios em termos de ganhos de eficiência produtiva. Nesse sentido, pode-se afirmar que a regulação da concentração dos veículos de comunicação social tem, em certa medida, uma repercussão no nível de faturamento e de lucros das empresas privadas de mídia. Pode existir um *trade-off* entre a regulação para a promoção do pluralismo na mídia e a eficiência econômica dos veículos privados de comunicação social⁴⁵⁸.

De maneira mais ampla, observa-se, ainda, que o pluralismo de fontes de informação no setor de mídia é uma função do tamanho e riqueza da economia de determinado país. Isso porque os recursos necessários para financiar a criação, o funcionamento e o desenvolvimento dos veículos de mídia (publicidade, preço de venda, tributos ou contribuições parafiscais, dependendo do caso) variam conforme a situação econômica e o tamanho da economia⁴⁵⁹.

Portanto, a configuração estrutural do setor de comunicação social de forma a privilegiar o pluralismo de informações tem como limites a preservação da participação de agentes privados na atividade de mídia – o que pressupõe a ocorrência de retornos financeiros sobre a forma de lucros – e o tamanho e riqueza da economia do país.

Não é intenção deste trabalho adentrar em considerações sobre o tamanho ideal das empresas de mídia ou que grau de eficiência tais empresas podem obter

manage media, just as they do the choices of managers of any other industry” (*Media economics: concepts and issues*. Londres: Sage Publications, 1989, p. 14).

⁴⁵⁸ Robert Pitofsky, citando o voto vencido do Justice Brandeis no caso *United States vs. Columbia Steel Co.*, sustenta que “an occasional loss of efficiency as a result of antitrust enforcement can be tolerated and is to be expected if antitrust is to serve other legitimate values. As Justice Brandeis wrote: *the only argument that has been seriously advanced in favor of private monopoly is that competition involves waste (...) Undoubtedly competition involves waste. What human activity does not? The wastes of democracy are among the greatest obvious wastes, but we have compensations in democracy which far outweigh that waste and make it more efficient than absolutism*” (“The political content of antitrust”. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 127, nº 4, 1979, pp. 1074-1075).

⁴⁵⁹ Para uma discussão mais profunda dos aspectos econômicos relacionados ao setor de mídia, ver Robert G. Picard: *Media economics: concepts and issues*. Londres: Sage Publications, 1989; Gillian Doyle: *Understanding media economics*. Londres: Sage Publications, 2002; Colin Hoskins, Stuart McFadyen e Adam Finn: *Media economics: applying economics to new and traditional media*. Londres: Sage Publications, 2004; e Gillian Doyle (ed.): *The economics of the mass media*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2006.

em função da busca por eficiências econômicas, ou mesmo especular sobre a quantidade de veículos que cada mercado de mídia poderia suportar. O que importa ressaltar é que, na configuração estrutural do setor de comunicação social, o princípio do pluralismo ocupa lugar de primazia⁴⁶⁰. Nesse sentido, lembra Lesley Hitchens que “inegavelmente, alguns setores da mídia operam em um contexto comercial, mas isso não significa, por exemplo, que influências comerciais devem prevalecer em detrimento do direito do público de receber informações e idéias”⁴⁶¹. Portanto, no tocante ao setor de comunicação social, pode-se afirmar que o texto constitucional priorizou o valor do pluralismo de informação e de opiniões em detrimento de eventual preocupação com o resultado do processo econômico (eficiência)⁴⁶².

Dito de outra maneira, por força da prevalência do princípio do pluralismo de informação, a pulverização dos agentes econômicos no setor de mídia deve ser a maior possível. Diversidade e pluralismo na mídia significam a maior dispersão possível da propriedade e do controle dos meios de comunicação social. Esclareça-se que, ao se propugnar a pulverização de agentes no setor de comunicação social, não se está sugerindo que deva existir concorrência perfeita entre eles⁴⁶³. No entanto, parece-nos incontornável que o princípio do pluralismo de informação está intimamente ligado à maior dispersão possível do poder econômico e político no setor de mídia.

A determinação constitucional segundo a qual a configuração estrutural do setor de comunicação social deve estar assentada no maior número possível de empresas, nenhuma delas detendo poder econômico e político suficiente para influenciar a

⁴⁶⁰ A propósito, adverte Gillian Doyle que “special policies to deal with ownership of the media owe their existence, in the first place, to concerns about *pluralism*, not economics. Even so, economic arguments have gained steadily and substantially greater importance in debates about media ownership policy in recent years” (*Media ownership: the economics and politics of convergence and concentration in the UK and European media*, p. 42).

⁴⁶¹ No original: “undeniably, some sectors of the media operate within a commercial context, but this not mean that commercial influences, for example, should prevail at the expense of public’s right to receive information and ideas” (*Broadcasting pluralism and diversity: a comparative study of policy and regulation*. Oxford: Hart Publishing, 2006, p. 204).

⁴⁶² No mesmo sentido, ver Alexandre Ditzel Faraco: “Difusão do conhecimento e desenvolvimento: a regulação do setor de radiodifusão”. In: Calixto Salomão Filho (coord.): *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 119.

⁴⁶³ A concorrência perfeita pressupõe uma estrutura de mercado na qual exista um grande número de produtores e compradores, todos eles pequenos em relação ao todo, não sendo possível para cada agente individual influenciar através de sua conduta o preço ou a oferta do bem ou serviço. O mercado perfeitamente competitivo é uma abstração teórica, de difícil identificação na realidade do capitalismo contemporâneo. Ver a propósito, Fábio Nusdeo: *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 4ª ed. São Paulo: Editora

esfera pública, tem por objetivo promover o pluralismo de vozes e a diversidade de informação e opiniões na esfera pública, mesmo que com algum sacrifício da eficiência econômica. A diluição do poder econômico no setor de mídia é uma garantia da liberdade de expressão do pensamento, do direito à informação e, em última, análise, do sistema democrático⁴⁶⁴. A Constituição brasileira legitima a promoção do pluralismo de fontes e a diluição da concentração de poder no setor de mídia, ainda que tais objetivos impliquem, para as empresas privadas de comunicação social, sacrifício quanto à eficiência econômica. Em última análise, como bem salientado por Maurice E. Stucke e Allen P. Grunes, uma democracia ineficiente é possivelmente mais valiosa que um estado autoritário eficiente⁴⁶⁵.

Por fim, vale observar que a defesa de uma configuração estrutural específica do setor de comunicação social não pode ser estendida, de forma imediata e sem reflexão, para outras áreas da economia. Como bem lembrado por Calixto Salomão Filho, “existem certos tipos de bens que por sua própria natureza requerem altos investimentos em tecnologia e cuja forma de produção é essencialmente sensível a economias de escala. Nesse caso, capacidades financeira e produtiva maiores das empresas participantes são uma exigência natural e uma vantagem para os consumidores, na medida em que são aptas – desde que utilizadas de forma competitiva – a gerar produto de maior qualidade e de menor custo”⁴⁶⁶.

1.2.2 – Proibição per se de concentração

Como visto anteriormente, o disposto no art. 220, § 5º da Constituição Federal, ao estabelecer que os meios de comunicação social não serão objeto de monopólio

Revista dos Tribunais, 2005, pp. 266-268, e Sérgio Varella Bruna: *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, pp. 26 e seguintes.

⁴⁶⁴ Alexandre Ditzel Faraco questiona se a “dispersão absoluta da propriedade dos meios de comunicação seria o cenário que melhor beneficiaria a democracia” (*Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação – rádio, televisão e Internet*. Tese de livre-docência. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p. 109). O autor procura ressaltar que “ainda que se entenda legítimo (...) restringir o aproveitamento de economias de escala e eficiências econômicas em vista da garantia do processo político, é preciso reconhecer que algum nível de concentração pode ser importante mesmo na perspectiva dos objetivos democráticos visados com a regulação setorial” (*Ibidem*, p. 109). Faraco justifica seu entendimento afirmando que “uma mídia fraca e dependente acaba por não promover dispersão do poder político, pois concentra o poder do governante e esvazia o espaço público de diálogo. Num ponto extremo, portanto, a desconcentração da mídia produziria mais (e não menos) concentração de poder político” (*Ibidem*, pp. 109-110).

⁴⁶⁵ “Antitrust and the market place of ideas”. *Antitrust Law Journal*, vol. 69, nº 1, 2001, p. 298.

⁴⁶⁶ *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 38.

ou oligopólio, proibiu a formação ou a existência de estruturas concentradas de poder no setor de mídia.

Ressalte-se que o artigo 220, § 5º da Constituição Federal não traz mera recomendação, exortação ou advertência moral. Ele tem caráter normativo. Ao determinar que os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio, ele prescreve como ilícita a configuração estrutural no setor de comunicação social em que ocorra situação de concentração de poder econômico.

Entende Caio Mario da Silva Pereira Neto que, ao prescrever que o setor de mídia não pode ser objeto de monopólio ou oligopólio, o art. 220, § 5º da Constituição de 1988 consagra uma proibição *per se* de concentração empresarial na comunicação social⁴⁶⁷. A regra da ilegalidade *per se*, no direito concorrencial, consiste na possibilidade de considerar-se ilícito determinado ato ou fato, independentemente de investigação sobre o contexto em que ele ocorreu ou os efeitos produzidos. São consideradas ilícitas *per se* aquelas práticas cuja natureza e efeitos anticompetitivos são tão evidentes que não requerem investigações adicionais. Como os efeitos perniciosos dos ilícitos *per se* são presumidamente superiores a eventuais benefícios que possam ser produzidos, é desnecessário realizar tal comparação em cada caso concreto. Em outras palavras, ao considerar um ato ou fato ilícito *per se*, o texto legal ou constitucional isenta o aplicador de efetuar uma ponderação entre os prejuízos causados (que são presumidos) e os benefícios eventualmente trazidos para a concorrência.

Em contraposição aos ilícitos *per se*, a jurisprudência antitruste norte-americana desenvolveu a chamada *rule of reason* (regra da razão)⁴⁶⁸. A regra da razão foi concebida como um mecanismo para distinguir os casos que violavam a Seção I do *Sherman Act* daqueles que não o faziam, permitindo assim a aplicação do direito antitruste. A redação da Seção I do *Sherman Act* considera ilícito “todo e qualquer contrato, combinação na forma de truste ou qualquer outra forma, ou conspiração em restrição do

⁴⁶⁷ “Análise de concentração econômica no setor de comunicação: defesa da concorrência, democracia e diversidade na esfera pública”. *Revista de Direito da Concorrência* (Edição Especial – Retrospectiva 2003), 2003, p. 67.

⁴⁶⁸ Para uma análise da evolução da doutrina norte-americana sobre a regra da razão, ver Benjamin Shieber: *Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966, pp. 72 e seguintes; e Paula Forgioni: *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, pp. 180 e seguintes.

tráfico ou comércio entre os Estados, ou com as nações estrangeiras (...)”. Uma interpretação literal do dispositivo, em princípio, permitiria considerar ilícito todo e qualquer contrato que implicasse restrição do tráfico ou comércio. Interpretando-se o texto por intermédio da regra da razão, a aplicação da Seção I do *Sherman Act* fica limitada apenas àqueles contratos que impliquem restrição desarrazoada (*unreasonable*) ao comércio⁴⁶⁹.

De forma mais genérica, pode-se afirmar que a aplicação da regra da razão permite que se investigue se um determinado ato ou fato, em princípio ilícito, pode produzir efeitos benéficos para a coletividade⁴⁷⁰. Pela regra da razão, esclarece Paula Forgioni, “somente são consideradas ilegais as práticas que restringem a concorrência *de forma não razoável* (que se subsumiriam, por via de consequência, à regra da proibição *per se*). *A contrario sensu*, por óbvio, são permitidas as práticas que não impliquem restrição desarrazoada ao livre comércio”⁴⁷¹. Lucia Helena Salgado, por sua vez, distingue a abordagem *per se* da regra da razão nos seguintes termos: “a abordagem *per se* implica uma proibição absoluta para certo tipo de comportamento. A Agência ou os Tribunais precisam apenas certificar-se de que o comportamento efetivamente ocorreu. Em geral a aplicação *per se* requer menos esforço e dispense menos recursos do que os demais casos.

⁴⁶⁹ A primeira tentativa de definição da “regra da razão” foi feita no caso *Standard Oil Co. vs. United States* (211 U.S. 1, 1911). Segundo Phillip Areeda e Herbert Hovenkamp, “the focus on ‘reasonableness’ began with the *Standard Oil* case of 1911, where the Supreme Court said simply that: [t]he standard of reason ... was intended to be the measure used for the purpose of determining whether in a given case a particular act had or had not brought about the wrong against which [Sherman Act § 1] provided. Ever since, antitrust law has been governed by the ‘rule of reason’. It was not that anyone favored unreasonable judgments. The Court was comparing ‘unreasonable’ restraint with the statute’s literal ‘every’ restraint, and since 1911 the statute has been read as if the word ‘unreasonable’ appeared before ‘restraint’” (*Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*. Vol. VII. 2ª ed. Nova Iorque: Aspen Law & Business, 2003, pp. 335-336). Calixto Salomão Filho esclarece, no entanto, que “essa regra encontra-se hoje substancialmente modificada. Se a regra da razão clássica tinha acrescentado o termo ‘desarrazoada’ à *Section I* do *Sherman Act*, sua evolução posterior é no sentido de acrescentar o termo ‘injustificada’. Contrário ao direito concorrencial passa a ser somente aquele comportamento ou estrutura que seja eficaz para proporcionar uma restrição *substancial e injustificável* da concorrência” (*Direito concorrencial: as estruturas*, p. 152).

⁴⁷⁰ A formulação clássica da “regra da razão” nos Estados Unidos é atribuída à decisão do caso *Chicago Board of Trade vs. United States* (246 U.S. 231, 1918). Nesse caso, o voto do *Justice Brandeis* declara que “the legality of an agreement or regulation cannot be determined by so simple a test, as whether it restrains competition. Every agreement concerning trade, every regulation of trade, restrains. (...) The true test of legality is whether the restraint imposed is such as merely regulates and perhaps thereby promotes competition or whether it is such as may suppress or even destroy competition. To determine that question the court must ordinarily consider the facts peculiar to the business to which the restraint is applied; its condition before and after the restraint was imposed; the nature of the restraint and its effect, actual or probable. The history of the restraint, the evil believed to exist, the reason for adopting the particular remedy, the purpose or end sought to be attained, are all relevant facts. This is not because a good intention will save an otherwise objectionable regulation or the reverse; but because knowledge of intent may help the court to interpret facts and to predict consequences”.

⁴⁷¹ *Os fundamentos do antitruste*, pp. 184-185.

(...) Leis que obedecem à regra da razão requerem análises mais aprofundadas do que a mera constatação de se o comportamento ocorreu. A conduta só é ilegal se apresenta um efeito anticompetitivo líquido. Neste caso, a Agência ou as Cortes observam os efeitos dos comportamentos e contrabalançam os prejuízos com os benefícios eventuais”⁴⁷².

A doutrina concorrencial observa que a regra da ilegalidade *per se* tem objetivos práticos, que consistem em (i) reduzir a margem de interpretação na aplicação da lei, (ii) facilitar o trabalho do intérprete, e (iii) sinalizar claramente para os agentes econômicos a orientação legal⁴⁷³. A propósito, sustenta Paula Forgioni que “a ilicitude *per se*, quando aplicada, desobriga a autoridade antitruste de uma profunda análise sobre o ato praticado pelo agente e seu contexto econômico: a partir do momento em que um ato é tomado como um ‘ilícito *per se*’ e considerado como restritivo da concorrência, de forma não razoável, deverá ser repudiado”⁴⁷⁴.

Podemos afirmar, assim, que a proibição *per se* de concentração empresarial no setor de comunicação social, consagrada no art. 220, § 5º do texto constitucional, reduz a margem de manobra do aplicador da regra, que fica desobrigado de investigar se determinada configuração estrutural (oligopólio ou monopólio) teria o potencial de trazer efeitos benéficos para a coletividade. Sendo considerada ilícita *per se* a configuração estrutural concentrada no setor de mídia, ela deve ser repudiada. Verificada a existência de concentração de poder no setor de mídia, surge a questão de saber o que fazer para enfrentar a situação ilegítima e ilegal e restaurar a organização estrutural prescrita constitucionalmente.

⁴⁷² *A economia política da ação antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 1997, p. 166.

⁴⁷³ Herbert Hovenkamp, por sua vez, afirma que “as a practical matter, to label something illegal *per se* is simply a shorthand form for expressing one of two different concepts, or perhaps both together. The first concept is that we can determine the illegality of a practice without inquiring into market structure or the market power of those engaged in the practice. (...) The second concept, far more difficult to manage, is that certain justifications or defenses will not be permitted” (*Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*, p. 255).

⁴⁷⁴ *Os fundamentos do antitruste*, p. 186. Herbert Hovenkamp explica a lógica por trás das regras *per se* nos seguintes termos: “the *per se* rule says that once we know a certain amount about a practice we can pass judgment on its legality without further inquiry. The difference between a ‘*per se*’ and a ‘rule of reason’ standard lies in how much we need to know before we can make that decision. A rational decision maker will collect information, beginning with that which is most relevant and easiest to gather, until he reaches a point at which the marginal cost of acquiring more exceeds its expected marginal return. In this case the ‘marginal return’ is the increased accuracy of the final decision. If the cost of obtaining certain information is very high, and the chance is small that it will make the final decision more accurate, the rational decision maker will not seek the additional information” (*Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*, p. 255).

1.3 – Diluição do poder e identificação de estruturas concentradas de mercado

A ilegitimidade da concentração de poder no setor de mídia, consagrada pelo texto constitucional, exige o enfrentamento do problema da desconstituição de situações existentes de dominação de mercado⁴⁷⁵. Essa tarefa não é simples.

É preciso indagar se a diluição do poder de mercado deve ocorrer apenas como uma resposta para a prática de determinados atos considerados antijurídicos ou se a própria situação estrutural em que ocorra concentração de poder econômico no mercado deve ser atacada. Demais disso, é conveniente abordar as formas de identificação de estruturas concentradas de mercado aplicáveis ao setor de mídia.

1.3.1 – Os limites da aplicação da desconcentração punitiva no setor de mídia

A doutrina concorrencial identifica duas formas de desconcentração empresarial: a desconcentração punitiva e a desconcentração meramente estrutural.

Segundo Calixto Salomão Filho, (i) a *desconcentração punitiva* é aquela que decorre de condutas anticoncorrenciais às quais não se considera possível dar resposta conveniente por meio da disciplina das condutas ilícitas, e (ii) a *desconcentração meramente estrutural* caracteriza-se por ser empregada sem que haja qualquer ato de concentração a controlar ou qualquer comportamento passado impugnável do ponto de vista concorrencial⁴⁷⁶.

A desconcentração punitiva surge como resultado seja do controle realizado em função de um ato de concentração ou cooperação seja em resposta à prática de determinada(s) conduta(s) ilícita(s) pelo agente econômico. Trata-se, portanto, de sanção a determinados comportamentos julgados pela lei como abusivos ou ilegais.

⁴⁷⁵ No tocante ao setor de mídia, não podemos concordar com a afirmativa de Luis Fernando Schuartz, para quem “a regulação do poder econômico não deve ser interpretada como tentativa de supressão” (“Fundamento do direito de defesa da concorrência”. *Revista de Direito Econômico* (CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica), nº 22, jan./mar. 1996, p. 90).

⁴⁷⁶ *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*, p. 86.

A Lei nº 8.884, de 1994, estabelece em seu art. 23 as sanções aplicáveis às empresas e aos administradores responsáveis por infrações à ordem econômica, conforme previstas nos art. 20 e 21. Complementando o disposto no art. 23, o art. 24, V da lei antitruste determina o seguinte:

Art. 24. Sem prejuízo das penas cominadas no artigo anterior, quando assim o exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:

(...)

V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, ou qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

O caráter sancionatório da previsão contida no art. 24, V é evidente. O dispositivo está inserido no Capítulo III da Lei nº 8.884, de 1994, que trata “Das penas”. Ademais, o *caput* do art. 23 é explícito ao determinar que as sanções nele previstas são aplicáveis às infrações à ordem econômica definidas nos arts. 21 e 22 da Lei nº 8.884, de 1994. Portanto, a cisão da sociedade, a transferência do controle societário, a venda de ativos e a cessação parcial de atividade são penalidades passíveis de serem impostas a empresas que cometerem infrações à ordem econômica.

No tocante ao controle de estruturas de mercado, realizado em função de atos de concentração ou cooperação econômica, a Lei nº 8.884, de 1994, prevê em seu art. 54, § 9º, que “o Plenário do CADE, se concluir pela sua não aprovação, determinará as providências cabíveis no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros”.

Temos assim que a desconcentração punitiva é consagrada pelo direito concorrencial brasileiro (Lei nº 8.884, de 1994) como uma sanção em função de um ato de

concentração ou cooperação (art. 54, § 9º) e/ou da prática de determinada(s) conduta(s) ilícita(s) pelo agente econômico (art. 23 c/c art. 24, V).

Calixto Salomão Filho adverte que “a lei concorrencial protege qualquer tipo de concorrente. Não deve e não pode ter preferência por qualquer tipo de agente econômico. Não pode privilegiar uma determinada estrutura de mercado. Isso significa dizer que ao direito concorrencial é dado, por exemplo, controlar o comportamento paralelo dos oligopolistas, mas não é permitido intervir no mercado, obrigando a venda de unidades empresariais, simplesmente porque aquele mercado estruturalmente pode requerer a presença de participantes de grande porte, dotados de capacidade financeira suficiente para investimentos em tecnologia ou melhoria da eficiência”⁴⁷⁷.

No setor de comunicação social, porém, não basta apenas aplicar sanções em função da realização de operações de concentração econômica ou da prática de infrações à ordem econômica, é necessário um controle mais ativo das estruturas de mercado no sentido de efetivamente promover o pluralismo da informação e a diluição do poder.

1.3.2 – Necessidade do recurso à desconcentração estrutural

A desconcentração estrutural é aquela aplicada em decorrência do simples fato do agente econômico deter poder econômico no mercado relevante de bens ou serviços. Ela não é uma resposta (sanção) à prática de infrações à ordem econômica ou mesmo a um ato de concentração empresarial. A desconcentração estrutural se opera mediante a modificação da estrutura da empresa ou do grupo econômico, principalmente por meio da transferência de ativos, de atividades ou de empresas para terceiros.

Segundo Calixto Salomão Filho, deve-se entender por controle meramente estrutural, em termos práticos, “a tentativa de fragmentação de um agente econômico, tendo como fundamento principal a existência em si de uma posição de dominação onde eventuais comportamentos (abusivos ou não) não são sequer mencionados ou não constituem fundamento principal do pedido”⁴⁷⁸.

⁴⁷⁷ *Direito concorrencial: as estruturas*, pp. 38-39.

⁴⁷⁸ *Direito concorrencial: as estruturas*, p. 346.

O controle meramente estrutural tem por objetivo diluir a concentração de poder econômico e eliminar eventuais posições dominantes. Não se trata apenas de combater eventuais abusos de posição dominante praticados por uma empresa ou grupo de empresas. No controle meramente estrutural, é atacada a própria situação de concentração de mercado, ainda que decorrente de crescimento interno da empresa, resultante de maior eficiência econômica⁴⁷⁹.

A origem de medidas de desconcentração meramente estrutural pode ser encontrada na jurisprudência antitruste estadunidense. As decisões sobre desconcentração estrutural resultaram de ações movidas pelo governo dos Estados Unidos contra empresas acusadas de monopolizar determinada indústria, em violação do disposto na Seção II do *Sherman Act*⁴⁸⁰. Os exemplos de aplicação de remédios estruturais a situações de concentração de poder econômico são limitados⁴⁸¹. Abaixo citamos os casos mais relevantes da jurisprudência norte-americana:

- a) *Caso Standard Oil*: A empresa Standard Oil, formada em 1870 por John D. Rockefeller, atuava no refino e comércio de petróleo. Rockefeller promoveu um agressivo processo de concentração da indústria de petróleo por intermédio da aquisição de participações societárias em diversas empresas e formação de um truste. O truste centralizou o controle de diversas empresas petrolíferas. O governo norte-americano processou a Standard Oil por violação do *Sherman Act*. Em 1911, a decisão final proferida pela Suprema Corte

⁴⁷⁹ Contrário a qualquer forma de desconcentração estrutural, Robert Bork afirma que “antitrust should not interfere with any firm size created by internal growth, and this is true whether the result is monopoly or oligopoly. The high probability is that any such interference will lead to a net loss in consumer welfare” (*The antitrust paradox: a policy at war with itself*. Nova Iorque: Basic Books Publishers, 1978, p. 178).

⁴⁸⁰ A Seção II do *Sherman Act* (1890) estabelece o seguinte: “Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding one million dollars if a corporation, or, if any other person, one hundred thousand dollars or by imprisonment not exceeding three years, or both said punishments, in the discretion of the court”. Explica Mark J. Green, todavia, que “while Section 1 of the Sherman Act clearly aimed at conspiratorial behavior, a Section 2 ‘monopolization’ charge is a different animal. It aims at monopoly *power* (the power to control price and exclude competitors) rather than evil *conduct*, although the two may overlap” (*The closed enterprise system: Ralph Nader’s study group report on antitrust enforcement*. Nova Iorque: Grossman, 1972, p. 295).

⁴⁸¹ Para um panorama da experiência norte-americana, ver Robert W. Crandall: “The failure of structural remedies in Sherman Act monopolization cases”. *Oregon Law Review*, vol. 80, nº 1, 2001, pp. 109-198.

determinou a dissolução do truste mediante a entrega das ações de cada uma das empresas que formavam o truste a seus acionistas⁴⁸². Como resultado, foram criadas 38 empresas independentes; as ações dessas empresas foram repartidas entre os mesmos acionistas; entretanto, a decisão proibia o estabelecimento de um controle comum das empresas por uma única entidade⁴⁸³. Segundo Robert Crandall, no entanto, não existem evidências de que a dissolução do truste da Standard Oil tenha gerado um efeito significativo na produção e nos preços da indústria de petróleo norte-americana⁴⁸⁴.

- b) *Caso United Shoe Machinery*: A United Shoe Machinery Corp. atuava na área de produção de máquinas de fabricação de sapatos. A empresa havia iniciado suas operações em 1899 com a aquisição de cinco fabricantes de máquinas. A United Shoe Machinery continuou crescendo nos anos seguintes por meio da aquisição de outras empresas. Em 1947, a United Shoe Machinery foi processada pelo governo norte-americano sob a acusação de violar o *Sherman Act*. A empresa foi condenada por monopolizar o mercado de máquinas de fabricação de sapatos em decisão final da Suprema Corte, proferida em 1954. Em uma revisão do caso realizada em 1964, a Suprema Corte determinou que a Corte de origem considerasse a venda de ativos ou atividades (*divestiture*)⁴⁸⁵. Em 1969, uma substancial parte dos ativos da United Shoe Machinery foi alienada⁴⁸⁶.

⁴⁸² Standard Oil Co. of N.J. vs. United States, 211 U.S. 1 (1911).

⁴⁸³ Calixto Salomão Filho esclarece que “o *Standard Oil Case* nada mais é do que uma forma indireta de controle das concentrações. Ocorre que à época, a legislação americana não dispunha de regras para o controle das concentrações. A principal acusação no referido caso era exatamente a formação de um *trust* (no sentido econômico) através da compra de participações em diversas empresas. Essas várias aquisições não tinham sido controladas à época em sua legalidade. Era, por isso, possível, e necessário à Corte fazer um controle superveniente dessas concentrações e do poder no mercado irregularmente adquirido” (*Direito concorrencial: as estruturas*, p. 346).

⁴⁸⁴ “The failure of structural remedies in Sherman Act monopolization cases”. *Oregon Law Review*, vol. 80, nº 1, 2001, p. 136.

⁴⁸⁵ United States vs. United Shoe Mach., 110 F. Supp. 295 (D. Mass. 1953), *aff'd*, 391 U.S. 244 e United States vs. United Shoe Mach. Corp., Civil Action No. 7198, 1969 U.S. Dist. Lexis 13280, at *1 (D. Mass. Feb. 20, 1969).

⁴⁸⁶ Cf. Robert W. Crandall: “The failure of structural remedies in Sherman Act monopolization cases”. *Oregon Law Review*, vol. 80, nº 1, 2001, pp. 163-164.

- c) *Caso AT&T*: A empresa de telecomunicações AT&T foi processada pelo Departamento de Justiça norte-americano sob a acusação de violação da Seção II do *Sherman Act*, isto é, tentativa de monopolização da indústria de telecomunicações em decorrência do domínio de mercado que ela exercia nas áreas de ligações locais, ligações de longa distância e comércio de equipamentos de telefonia. A AT&T detinha o monopólio no serviço de telefonia local em boa parte dos Estados Unidos e competia com outras empresas no serviço de ligações telefônicas de longa distância e na venda de aparelhos de telefonia. O processo antitruste iniciou-se em 1974 e foi encerrado em 1982, mediante acordo entre a AT&T e o Departamento de Justiça, celebrado antes do julgamento final do caso⁴⁸⁷. Pelo acordo, a AT&T concordou em se desfazer das participações detidas em 22 empresas de telefonia local (*Bell Companies*). O processo de cessão das participações foi concluído em 1984⁴⁸⁸.

Além da experiência norte-americana, é interessante mencionar como exemplo de aplicação de medidas de desconcentração estrutural o caso *IG Farben Konzern*, resultante do processo de descartelização da Alemanha ao final da Segunda Guerra Mundial⁴⁸⁹.

A concentração econômica é apontada como um traço marcante da industrialização alemã⁴⁹⁰. Ela assume uma forma particular na Alemanha por meio da

⁴⁸⁷ United States vs. AT&T, 552 F. Supp. 131 (D.D.C. 1982) *aff'd sub. nom.*, Maryland vs. United States, 460 U.S. 1001 (1983).

⁴⁸⁸ Cf. Kip Vicusi, Joseph Harrington e John Vernon: *Economics of regulation and antitrust*. 4ª ed. Cambridge, MA: The MIT Press, 2005, p. 550.

⁴⁸⁹ Para uma análise profunda do caso *IG Farben*, ver Raymond G. Strokes: *Divide and prosper: the heirs of I.G. Farben under Allied Authority (1945-1951)*. Berkeley/Los Angeles/Londres: University of California Press, 1988.

⁴⁹⁰ David Gerber destaca três características fundamentais da industrialização alemã: “One was the dominance of heavy industry. Whereas industrialization in countries such as France involved a relatively broad mix of large, small and intermediate-sized organizations, German industrialization centered on the rapid development of large factory complexes. Coal and iron, giant smokestacks and huge factories – these became the symbols of German capitalism. (...) The rapid development of heavy industry required ‘big business’ – enterprises capable of providing and co-ordinating the extensive financial and managerial resources necessary for the operation of large factories. Size thus became a further defining feature of German industrialization. By the turn of the century, German industrial firms had often become far larger than their rivals in France and even in England, and the pace of economic concentration was unprecedented.

cartelização. O processo de cartelização da economia alemã, iniciado após 1870, intensificou-se com a Primeira Guerra Mundial (1914-1918). Os cartéis tornaram-se uma instituição central da economia alemã e dominavam, por vezes, indústrias inteiras. O país chegou a ser conhecido como a “Terra dos Cartéis”. Economistas da Escola Ordo-liberal de Freiburg destacam a concentração econômica gerada pela cartelização como um elemento fundamental para consolidação do regime nazista. Durante o governo nazista, acentuou-se a interpenetração entre cartéis e aparelho estatal. O cartel conhecido como *IG Farben Konzern*, que atuava nas áreas químico-farmacêutica e siderúrgica, contribuiu de forma relevante para o esforço bélico da Alemanha durante a Segunda Guerra Mundial. Ao final da guerra, as potências aliadas, lideradas pelos Estados Unidos, identificam a necessidade de dismantelar a indústria bélica como um passo essencial para a reconstrução econômica da Alemanha. Nesse sentido, o governo militar norte-americano introduz leis visando à descartelização e à desconcentração da economia alemã⁴⁹¹. Com base nessa legislação o *IG Farben Konzern* é dismantelado, dando origem às empresas Hoeschst, Bayer e BASF⁴⁹².

Como exemplos de desconcentração estrutural específica no setor de mídia, vale a pena citar os casos NBC e Paramount:

These two factors were associated with a third – high levels of vertical integration. The organizations that ran the new heavy industries often did not merely own factories, but also often controlled production from sources of supply to the marketing of finished products” (*Law and competition in twentieth century Europe: protecting Prometheus*. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 72). Gerber observa ainda que “the predominance of heavy industry and large enterprises generated particularly close alliances between German companies and their banks, and, as a result, banks often acquired not only enormous economic power, but important political influence as well” (*Ibidem*, p. 72).

⁴⁹¹ David Gerber explica que “these laws reflected the view widely held by occupation officials (in particular US officials) that Hitler’s easy access to heavily concentrated and cartelized industries had aided his consolidation of power and encouraged his military aggression. By combating concentration and cartelization, the allies hoped to eliminate these threats without actually preventing or retarding German reconstruction. In addition, US officials believed that an effective antitrust law based on the US model would be a powerful support for democratization effort in Germany. By enacting such laws during the occupation period they hoped to demonstrate their value” (*Law and competition in twentieth century Europe: protecting Prometheus*, p. 268).

⁴⁹² No tocante ao I. G. Farben, Harold Zink relata que “this industrial octopus, which had been heavily relied on by Hitler, owned 48 manufacturing plants and more than 100 other units in the American Zone alone, though only some 15 per cent of its properties were located within that zone. An action of the Allied Control Council in November 1945 placed all Farben properties under Allied administration and stipulated the break up and disposal of the assets of this concern which engaged in the pharmaceutical, photographic, chemical, and numerous other business. When the break between the western Allies and the Russians took place, a commission made up of British, French and American representatives took over the Farben assets in the West and proceeded to deal with them in such a manner that they could be disposed of in various units. (...) Eventually it was decided to divide the Farben properties in the western zones into three groups. The process had, however, not been completed at the end of the occupation and the West German Federal Government took over” (*The United States in Germany: 1944-1955*. Princeton, N.J./Toronto/Londres/Nova Iorque: D. van Nostrand Co., 1957, p. 266).

- a) *Caso NBC*: A empresa RCA – *Radio Corporation of America*, controlada pela General Electric, formou na década de 1920 duas redes de emissoras de radiodifusão sonora: a *Red Network* e a *Blue Network*, ambas controladas pela divisão denominada NBC – *National Broadcasting Company*. A *Red Network* difundia programas musicais e de entretenimento oferecidos por patrocinadores comerciais; ao passo que a *Blue Network* voltava-se para a transmissão de notícias e programas culturais. Em razão da dominação da audiência do rádio e do mercado publicitário pela NBC, a FCC – *Federal Communications Commission* inicia em 1939 um processo antitruste contra a NBC no qual é requerida a separação das redes de rádio e a venda de uma delas para terceiros (*divestiture*). Em 1940, a NBC foi dividida em duas empresas: a *NBC Blue Network, Inc.*, composta pelas emissoras da *Blue Network*, e a *NBC Red Network, Inc.*, formada pelas emissoras da *Red Network*. Em 1943, após decisão final da Suprema Corte sobre o caso, confirmando a competência da FCC para estabelecer limites à propriedade de emissoras de radiodifusão⁴⁹³, a RCA vende a empresa *NBC Blue Network, Inc.* para o empresário Edward Noble, que posteriormente renomeia a rede de emissoras de rádio como *ABC – American Broadcasting Company*⁴⁹⁴.
- b) *Caso Paramount*: Nesse caso, os grandes produtores de filmes de Hollywood (Fox, RKO, Warner Bros., Loew's e Paramount) foram acionados em função da dominação que detinham na produção, distribuição e exibição de filmes (integração vertical). Historicamente, a indústria de cinema nos Estados Unidos passou por um período de concentração vertical entre estúdios (produtores-distribuidores) e salas de cinema após a Primeira Guerra Mundial.

⁴⁹³ NBC vs. United States, 319 U.S. 190 (1943).

⁴⁹⁴ Sobre a história da divisão da NBC e formação da ABC, ver sítios na Internet: <http://wapedia.mobi/en/NBC?t=1.1.4>, e <http://en.wikipedia.org/wiki/NBC>, acessados em 11.09.2008. Sobre a decisão da Suprema Corte sobre o caso *NBC vs. EUA*, ver Michael Botein: *Regulation of the electronic mass*

Como resultado do processo de integração, em 1931, seis estúdios detinham o controle de nada menos que 2.500 salas de cinema distribuídas em todo o território norte-americano⁴⁹⁵. Em 1938, o governo propôs uma ação antitruste contra os cinco maiores estúdios – Fox, RKO, Warner Bros., Loew's e Paramount – que eram também proprietários de salas de cinema, e três distribuidores menores. A ação antitruste promovida pelo governo norte-americano tinha por fundamento diversas condutas anticoncorrenciais, inclusive a exclusão de filmes de produtores independentes dos circuitos detidos pelos grandes estúdios. O caso foi decidido em 1948 pela Suprema Corte⁴⁹⁶. O resultado da decisão foi a criação de diferentes sociedades e a separação das operações de produção-distribuição de filmes e de salas de cinema.

A doutrina concorrencial normalmente vê como legítimo o poder econômico alcançado pelo crescimento interno da empresa⁴⁹⁷. A Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 8.884, de 1994, parecem corroborar esse entendimento. O art. 173, § 4º do texto constitucional estipula que a lei reprimirá o *abuso* do poder econômico e não o poder econômico em si. Já o art. 20, § 1º da Lei nº 8.884, de 1994, estabelece que a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência do agente econômico em relação aos seus competidores elimina o caráter ilícito da dominação de mercado relevante de bens ou serviços.

Ocorre, porém, que, pelo menos no tocante ao setor de comunicação social, é possível sustentar, como visto acima, que (i) o artigo 220, § 5º da Constituição Federal proibiu uma configuração estrutural caracterizada pela concentração de poder (monopólio ou oligopólio), (ii) a concentração de poder político e/ou econômico é ilegítima, impondo-se, por força do texto constitucional, a necessária adoção de medidas de diluição do poder, e (iii) o princípio do pluralismo de informações e não a eficiência

media: law and policy for radio, television, cable and the new video technologies. 3ª ed. St. Paul, Minn: West Group, 1998, pp. 250-255.

⁴⁹⁵ Cf. Robert W. Crandall: "The failure of structural remedies in Sherman Act monopolization cases". *Oregon Law Review*, vol. 80, nº 1, 2001, p. 155.

⁴⁹⁶ *United States vs. Paramount Pictures*, 334 U.S. 131 (1948).

⁴⁹⁷ Cf. Pedro Dutra: "A livre concorrência e sua defesa". *Revista de Direito Econômico* (CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica), nº 22, jan./mar. 1996, p. 86.

econômica tem posição de primazia. Portanto, no setor de mídia, a disciplina do poder econômico é particular. Ela não pode ser comparada ao regime aplicável aos demais setores da economia. Na comunicação social, a configuração estrutural do mercado caracterizada pela concentração de poder (monopólio ou oligopólio) é considerada ilegal (ou melhor, inconstitucional) *per se*.

Nesse sentido, Calixto Salomão Filho afirma que, no tocante aos meios de comunicação social, o artigo 220, § 5º da Constituição Federal (“os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio”), ao considerar expressamente ilegal *per se* a pura e simples situação de poder econômico (monopólio ou oligopólio), admite a aplicação de medidas de desconcentração meramente estruturais⁴⁹⁸.

A aplicação de medidas para a desconcentração estrutural é bastante delicada tanto no tocante aos aspectos econômicos quanto no que tange aos aspectos jurídicos. Com relação aos aspectos econômicos, é necessário enfrentar, em eventual caso concreto, o problema da viabilidade operacional tanto da empresa ou grupo de empresas dividido como da unidade, atividade ou ativos cindidos ou apartados. A questão que se coloca é saber quais os ativos ou atividades que devem permanecer na empresa ou no grupo dividido e quais devem compor a empresa cindida ou apartada, de forma a que ambos sejam operacionalmente viáveis. Do ponto de vista jurídico, dois problemas constitucionais são suscitados por Calixto Salomão Filho na hipótese de adoção de medidas de desconcentração estrutural: (i) a possibilidade de caracterização de direção econômica e (ii) a violação ao direito de propriedade⁴⁹⁹.

O primeiro problema decorre do disposto no *caput* do art. 174 da Constituição Federal (“como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”). O dispositivo constitucional determina que o planejamento econômico será determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. Planejamento econômico, conforme

⁴⁹⁸ *Direito concorrencial: as estruturas*, p. 98. No mesmo sentido, ver Alexandre Ditzel Faraco: “Difusão do conhecimento e desenvolvimento: a regulação do setor de radiodifusão”. In: Calixto Salomão Filho (coord.): *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, pp. 109-110.

⁴⁹⁹ *Direito concorrencial: as estruturas*, pp. 352 e seguintes.

ensina Eros Roberto Grau, consiste na “forma de ação estatal, caracterizada pela previsão de comportamentos econômicos e sociais futuros, pela formulação explícita de objetivos e pela definição de meios de ação coordenadamente dispostos, mediante a qual se procura ordenar, sob ângulo macroeconômico, o processo econômico, para melhor funcionamento da ordem social, em condições de mercado”⁵⁰⁰. Assim, a desconcentração estrutural, na medida em que implica a definição pelo Estado de determinada configuração para o mercado e as empresas que nele atuam, e a determinação dos meios para tanto, se encaixaria no conceito de planejamento econômico⁵⁰¹.

Entendemos, no entanto, que eventual ilegalidade decorrente da possibilidade não se verifica por dois motivos: (i) algumas atividades que compõem o setor de comunicação social são qualificadas como serviços públicos – a saber: a radiodifusão sonora (rádio) e de sons e imagens (televisão aberta), por força do art. 21, XII, “a” do texto constitucional, e, de forma controversa, o serviço de TV a cabo, em função do art. 6º da Lei nº 8.977, de 1995 – e, de acordo com a Constituição Federal, o planejamento será determinante (obrigatório) para setor público, que compreende não só empresas públicas, mas também as atividades econômicas caracterizadas como serviços públicos⁵⁰²; e (ii) mesmo para as atividades do setor de comunicação social que não são qualificadas como serviços públicos (como, por exemplo, imprensa), a própria Constituição Federal, no art. 220, § 5º, já definiu para o setor de mídia uma configuração estrutural fundada na diluição do poder econômico e na inexistência de situações de monopólio e oligopólio.

Com relação ao segundo problema jurídico (violação do direito de propriedade), o próprio Calixto Salomão Filho se encarrega de esclarecer que “não haveria qualquer infringência ao direito de propriedade em um eventual processo de fragmentação empresarial compulsória. Não é possível esquecer que, tratando-se de meios de produção, é preciso entender a propriedade em seu aspecto dinâmico, e não estático. Isso significa que a ela se aplica diretamente o princípio constitucional da função social da propriedade (art.

⁵⁰⁰ *Planejamento econômico e regra jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978, p. 65.

⁵⁰¹ Cf. Calixto Salomão Filho: *Direito concorrencial: as estruturas*, p. 353.

⁵⁰² Observam Floriano de Azevedo Marques Neto e João Eduardo Lopez Queiroz o seguinte: “impende notar que o art. 174 alude ao caráter vinculante para o Setor Público (e não apenas estatal). Daí por que temos que o caráter vinculante abrange empresas estatais e privadas que explorem serviços públicos, próprios ou impróprios (como no caso dos setores de saúde e educação)” (“Planejamento”. In José Eduardo Martins Cardozo, João Eduardo Lopez Queiroz e Márcia Walquíria Batista dos Santos (orgs.): *Curso de direito administrativo econômico*. Vol. II. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 63). No mesmo sentido, ver André

170, inciso II, da CF), o que permitiria em tese a justificação da intervenção. Note-se, ademais, que em um processo de fragmentação compulsória não haveria qualquer expropriação, mas apenas determinação pelo CADE do destino do patrimônio, que seria vendido regularmente”⁵⁰³.

Vale a pena mencionar, ainda, que a previsão na própria Constituição Federal de configuração específica para o setor de comunicação social, fundada na diluição do poder econômico, permite afastar eventual questionamento de medidas de desconcentração estrutural feito com fundamento no princípio da livre iniciativa (art. 170 da Constituição Federal). Isso porque, conforme ensina Eros Roberto Grau, “o regime de liberdade econômica é aquele definido pela ordem jurídica. Vale dizer: o direito de liberdade econômica só tem existência no contexto da ordem jurídica, tal como o definiu a ordem jurídica”⁵⁰⁴. Portanto, pode-se afirmar sem medo de errar que o conteúdo da liberdade de iniciativa econômica em um determinado setor da economia será aquele definido pelo texto constitucional⁵⁰⁵.

Para maior segurança, a desconcentração estrutural do setor de mídia deveria vir acompanhada de uma regulação estrutural específica, pela qual fossem definidos limites à concentração da propriedade e/ou controle dos veículos.

A adoção de medidas de desconcentração estrutural no setor de comunicação social, ou mesmo a implementação de mecanismos voltados para uma regulação estrutural do setor, não reduz a importância, do ponto de vista do direito concorrencial, do controle de condutas e da apuração e punição de infrações à ordem econômica eventualmente praticadas por veículos de mídia.

Carvalho Nogueira: *A dissolução do poder econômico como princípio regulatório*. Tese de doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (orientador: José Tadeu de Chiara), 2005, p. 256.

⁵⁰³ *Direito concorrencial: as estruturas*, pp. 353-354.

⁵⁰⁴ *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 189.

⁵⁰⁵ Nesse sentido, afirma Luís S. Cabral de Moncada que “sendo o direito de iniciativa privada um direito que incide prioritariamente sobre a disponibilidade de meios de produção, ele há-de ser sempre interpretado quanto ao respectivo conteúdo em consonância com as normas da ‘constituição econômica’ ou seja, aceitando sempre as limitações, explícitas e implícitas, que para o conteúdo daquele direito decorrem do contexto geral das normas da ‘constituição econômica’” (*Direito Económico*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, pp. 144-145).

A diluição do poder no setor de comunicação social exige, porém, uma reflexão mais aprofundada sobre a identificação de situações de concentração de poder econômico e político.

1.3.3 – Controle societário, influência dominante e influência relevante do ponto de vista concorrencial

Um importante aspecto para a promoção do pluralismo no setor de mídia e a diluição do poder dos veículos de comunicação diz respeito à identificação das situações nas quais, potencialmente, pode ocorrer uma redução ou eliminação da diversidade política e cultural. Para tal desiderato, o direito societário e o direito concorrencial fornecem um instrumental teórico interessante.

O direito societário busca, por intermédio da noção de “poder de controle”, identificar a pessoa ou grupo de pessoas responsável pela efetiva direção dos negócios de uma sociedade ou grupo de sociedades⁵⁰⁶. Do ponto de vista concorrencial, o que importa identificar são as situações nas quais os agentes econômicos, que antes atuavam de forma independente, passam a se submeter a um centro decisório comum.

No direito concorrencial, para se realizar o controle das estruturas de mercado e eventual sancionamento em caso de dominação de mercado (poder econômico) deve-se procurar identificar o maior número de situações em que exista não só controle de um agente econômico por outro (concentração), mas também os casos em que acordos entre os agentes econômicos permitam a adoção de comportamento coordenado no desenvolvimento de suas atividades (cooperação). A doutrina concorrencial reconhece

⁵⁰⁶ Sobre o poder de controle, ver Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho: *O poder de controle na sociedade anônima*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005; Frederico Augusto Monte Simionato: “A função social e o controle do poder de controle nas companhias”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 135, jul./set. 2004, pp. 94-109; Eduardo Secchi Munhoz: *Empresa contemporânea e o direito societário*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002; Ricardo Ferreira de Macedo: “Limites de efetividade do direito societário na repressão ao uso disfuncional do poder de controle nas sociedades anônimas”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 120, out./dez. 2000, pp. 195-227; Marcelo M. Bertoldi: “O poder de controle na sociedade anônima”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 118, abr./jun. 2000, pp. 62-76; Adolf A. Berle e Gardiner C. Means: *A moderna sociedade anônima e a propriedade privada*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 3ª ed. (Os Economistas). São Paulo: Nova Cultural, 1988; Nelson Eizirik: “Propriedade e controle na companhia aberta – uma análise teórica”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 54, abr./jun. 1984, pp. 90-104; José Alexandre Tavares Guerreiro: “Sociedade anônima: poder e dominação”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 53, jan./mar. 1984, pp. 72-80; e Carlos

como bastante amplas as formas jurídicas pelas quais as operações e os atos de concentração de poder econômico são realizados. A preocupação subjacente está na possibilidade de aferição da real abrangência do poder de uma empresa ou grupo econômico sobre determinado mercado relevante.

Voltando ao direito societário, importa destacar que é amplamente aceita a distinção segundo a qual o poder de controle pode ser interno ou externo. O poder de controle interno é aquele que utiliza mecanismos de poder próprios da estrutura societária. Na tipologia do poder de controle, a doutrina societária distingue duas formas de controle interno: (i) controle derivado de mecanismo societário, ou seja, aquele no qual existe a participação no capital da sociedade controlada, e (ii) controle gerencial, isto é, aquele exercido de fato pelos administradores da sociedade. Já o controle externo é aquele exercido de fora da sociedade, por pessoa ou grupo de pessoas que não possuem participação societária na empresa controlada ou nela exercem cargos de administração⁵⁰⁷.

No sistema da lei brasileira (Lei nº 6.404, de 1976, que dispõe sobre as sociedades por ações), “entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de votos, ou sob controle comum, que (a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores, e (b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia” (art. 116). Ademais, referida lei, ao tratar das sociedades coligadas, controladoras e controladas, estabelece que “considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e poder de eleger a maioria dos administradores” (art. 243, § 2º). Da leitura dos dispositivos legais, verifica-se que a lei brasileira abarcou apenas o controle interno

Celso Orcesi da Costa: “Controle externo nas companhias”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 44, out./dez. 1981, pp. 70-75.

⁵⁰⁷ Fábio Konder Comparato distingue controle interno e externo nos seguintes termos: “no primeiro caso [controle interno], o titular do controle atua no interior da sociedade (*ab intus*), lançando mão dos mecanismos de poder próprios da estrutura societária, notadamente a deliberação em assembléia. No segundo [controle externo], o controle pertence a uma ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, que não compõem quaisquer órgãos da sociedade, mas agem de fora (*ab extra*)” (*O poder de controle na sociedade anônima*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 48).

baseado na detenção de participação societária⁵⁰⁸. Não incluiu, portanto, o controle externo ou o controle interno gerencial.

Não é nosso propósito, nos estritos limites deste trabalho, analisar de forma profunda as formas de exercício do poder de controle. Cumpre-nos apenas destacar os mecanismos amplamente reconhecidos pela doutrina societária de exercício do poder de dominação ou direção de sociedades ou grupo de sociedades. É preciso reconhecer que existe concentração empresarial toda vez que a direção de sociedades distintas é realizada por um centro de decisão único, pouco importando o percentual de participação de cada sócio em cada uma das sociedades envolvidas.

A idéia de controle societário, porém, não é suficiente para identificar todas as formas de concentração do poder decisório no âmbito empresarial. É preciso reconhecer que o controle de uma empresa por outra pode dar-se por mecanismos outros que não apenas a detenção de participação societária. Alexandre Ditzel Faraco observa que “o controle e a influência de um agente sobre a atividade de outro pode basear-se em liames contratuais ou numa relação de dependência de um para com o outro. Importa verificar, portanto, em cada situação concreta, se há o poder de influência na atividade e no comportamento no mercado de certo agente”⁵⁰⁹.

Procurando alargar a noção de controle, é oportuno citar a Resolução nº 15 do CADE, de 19.08.1998 (parcialmente revogada pela Resolução nº 45, de 28.03.2007), que disciplinava as formalidades e procedimentos perante o CADE da apresentação dos atos de concentração econômica (art. 54 da Lei nº 8.884, de 1994). O Anexo V da Resolução nº 15 trazia uma definição mais ampla de controle nos seguintes termos: *poder*

⁵⁰⁸ No direito estrangeiro, encontramos definições mais abrangentes de poder de controle. Nos Estados Unidos, por exemplo, a *Regulation 12B* da *Securities and Exchange Commission* (Securities Exchange Act 1934) define controle como “the possession, direct or indirect, of the power to direct or cause the direction of the management and policies of a person, whether through the ownership of voting securities, by contract or otherwise”. Na Itália, por sua vez, o art. 2.359 do Código Civil – inserido no Capítulo das Sociedades por Ações – trata do controle nos seguintes termos: Art. 2.359. Società controllate e società collegate: Sono considerate società controllate: 1. le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2. le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3. le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

⁵⁰⁹ *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação – rádio, televisão e Internet*. Tese de livre-docência. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p. 159.

*de dirigir, de forma direta ou indireta, interna ou externa, de fato ou de direito, individualmente ou por acordo, as atividades sociais e/ou o funcionamento da empresa*⁵¹⁰.

Um bom exemplo de norma que procura abarcar a maior gama possível de situações em que se pode identificar o exercício do poder de controle é dado pela Resolução da ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações nº 101, de 04.02.1999, que aprova o *Regulamento para apuração de controle e de transferência de controle em empresas prestadoras de serviços de telecomunicações*. A Resolução define inicialmente “controle” como o poder de dirigir, de forma direta ou indireta, interna ou externa, de fato ou de direito, individualmente ou por acordo, as atividades sociais ou o funcionamento da empresa; e “controladora” como a pessoa natural ou jurídica ou ainda o grupo de pessoas que detiver, isolada ou conjuntamente, o poder de controle sobre pessoa jurídica. Não bastasse a definição larga de *controle*, a Resolução nº 101 da ANATEL equipara à figura da *controladora* empresas que se encontrem em determinadas situações fáticas ou jurídicas e informa alguns indícios da existência de *controle*. Segundo o disposto na Resolução, equipara-se a *controladora* a pessoa que, direta ou indiretamente: (i) participe ou indique pessoa para membro de Conselho de Administração, da Diretoria ou órgão com atribuição equivalente, de outra empresa ou de sua controladora; (ii) tiver direito de veto estatutário ou contratual em qualquer matéria ou deliberação da outra; (iii) possua poderes suficientes para, por qualquer mecanismo formal ou informal, impedir a verificação de quorum qualificado de instalação ou deliberação exigido, por força de disposição estatutária ou contratual, em relação às deliberações da outra, ressalvadas as hipóteses previstas em lei; (iv) detenha ações ou quotas de outra, de tal classe que assegure o direito de voto em separado a que se refere o art. 16, III, da Lei nº 6.404/76⁵¹¹. Ademais, a Resolução considera como indício da existência de controle as seguintes situações: (a) existência de operações significativas, passivas ou ativas, de financiamento, sob qualquer forma; (b) prestação de garantia real, pessoal ou de qualquer espécie; (c) transferência de bens em

⁵¹⁰ Na mesma linha, vale mencionar ainda que o Regulamento (CE) nº 139/2004 do Conselho da União Européia, que trata do controle das concentrações de empresas no âmbito europeu e substitui o antigo Regulamento (CEE) nº 4064/89 Regulamento (CE) nº 139/2004 estabelece que “controle decorre dos direitos, contratos ou outros meios que conferem, isoladamente ou em conjunto, e tendo em conta as circunstâncias de fato e de direito, a possibilidade de exercer uma influência determinante sobre uma empresa e, nomeadamente: a) direitos de propriedade ou de uso ou de fruição sobre a totalidade ou parte dos ativos de uma empresa, ou b) direitos ou contratos que conferem uma influência determinante na composição, nas deliberações ou nas decisões dos órgãos de uma empresa”.

⁵¹¹ O art. 16, III da Lei nº 6.404, de 1976, estabelece que as ações ordinárias das companhias fechadas poderão ser de classes diversas em função de direito de voto em separado para o preenchimento de determinados cargos dos órgãos administrativos.

condições, termos ou valores distintos dos praticados no mercado; (d) existência de processo de transferência de conhecimentos tecnológicos estratégicos; (e) prestação de serviços de telecomunicações ou correlato em condições favorecidas ou privilegiadas; (f) existência de acordo operacional que estipule condições favorecidas ou privilegiadas; (g) uso de recursos, sejam eles materiais, tecnológicos ou humanos; (h) contratação em conjunto de bens ou serviços; (i) existência de instrumento jurídico tendo por objeto transferência de ações entre as prestadoras ou cessão de direito de preferência relativamente à transferência recíproca de ações; e (j) adoção de marca ou de estratégia mercadológica ou publicitária comum.

Para atender especialmente ao disposto no artigo 97 da Lei nº 9.472, de 16.07.1997 (Lei Geral de Telecomunicações), que condiciona a transferência do controle societário de empresa prestadora de serviços de telecomunicações à aprovação da ANATEL, a Resolução da ANATEL nº 101, de 1999, procura identificar as situações de transferência de controle de empresas prestadoras de serviços de telecomunicações a partir de uma definição ampla de controle, e da exemplificação de situações, colhidas na experiência prática, que permitam inferir a existência de controle em situações concretas.

O conceito de controle para o direito societário – inferido a partir do art. 116 da Lei nº 6.404, de 1976 – diz respeito à possibilidade de *disposição de ativos e dividendos da sociedade*, ao passo que, para o direito concorrencial, a noção de poder de controle se relaciona com a capacidade de tomar decisões sobre as atividades sociais e as condutas negociais da sociedade, as quais impactam a atuação da sociedade no mercado. Embora a noção de controle societário seja útil para identificar situações de concentração econômica em que o centro decisório seja único, ela não é suficiente, pois não abrange todas as situações nas quais os agentes econômicos adotam comportamentos uniformes, como se fossem um ente único, afetando a estrutura do mercado⁵¹².

Ana Maria Nusdeo alerta para o fato de que “o controle dos atos de concentração exige o uso de conceitos amplos e abrangentes, definindo antes o caráter econômico das operações do que o seu aspecto societário. Dentro dessa perspectiva, a doutrina antitruste, sobretudo na Alemanha e na Comunidade Européia, desenvolveu a

⁵¹² Cf. Calixto Salomão Filho: “Caracterização societária de concentração econômica”. In *Regulação e concorrência: estudos e pareceres*. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 88 e seguintes.

aplicação dos conceitos de *influência dominante* e de *influência relevante do ponto de vista concorrencial*⁵¹³.

A noção de *influência dominante* diz respeito ao poder de dirigir as atividades sociais e/ou os negócios de uma empresa, sem a detenção de participação majoritária no capital e mesmo sem qualquer participação societária. Abrange, assim, além do controle majoritário, os casos de controle minoritário, de controle gerencial e até de controle externo⁵¹⁴.

Calixto Salomão Filho esclarece que o uso do termo “influência dominante” em direito concorrencial é distinto da sua aplicação na área societária. Isso porque, no direito concorrencial o foco são os impactos da dominação sobre o mercado, ao passo que, para o direito societário, a preocupação está centrada na questão da transferência patrimonial da sociedade. “Daí por que a expressão ‘influência dominante’, quando utilizada pelo direito concorrencial, é identificada ao poder de influir sobre o planejamento empresarial do outro agente econômico”⁵¹⁵.

A utilidade da noção de *influência dominante* reside na possibilidade de ampliar as situações em que existe unidade de comando entre dois ou mais agentes econômicos. Nas palavras de Calixto Salomão Filho, “a expressão ‘influência dominante’ ganha em precisão quando aplicada no direito concorrencial para indicar aquelas situações

⁵¹³ *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 22. Preocupação semelhante é levantada por Alexandre Ditzel Faraco, para quem “o fato de um agente não ser proprietário de uma emissora e titular da respectiva concessão não afasta a possibilidade de que, por outros meios, esteja determinando o conteúdo da transmissão desta. (...) O controle e a influência de um agente sobre a atividade de outro pode basear-se em liames contratuais ou numa relação de dependência de um para com o outro. Importa verificar, portanto, em cada situação concreta, se há o poder de influência na atividade e no comportamento no mercado de certo agente” (“Difusão do conhecimento e desenvolvimento: a regulação do setor de radiodifusão”. In: Calixto Salomão Filho (coord.): *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, pp. 111-112).

⁵¹⁴ Ao tratar da noção de influência dominante, introduzida na Alemanha pela revogada lei acionária de 1937 (§ 15) e mantida pela lei de 1965 (§ 17), explica Fábio Konder Comparato que “a existência de uma situação de controle é reconhecida não só na hipótese de participação majoritária no capital votante, mas também quando uma sociedade exerce sobre a outra, direta ou indiretamente uma ‘influência dominante’ (*beherrschender Einfluss*). (...) A noção de ‘influência dominante’ é amplíssima e parece corresponder à própria noção de poder de controle, em sua mais vasta generalidade, abarcando, portanto, não só o controle interno (em todas as suas modalidades), como o externo” (*O poder de controle na sociedade anônima*, p. 48).

⁵¹⁵ *Direito concorrencial: as estruturas*, p. 257. Tratando do assunto, Ana Maria de Oliveira Nusdeo ressalta que “a utilização do conceito tem por objetivo a ampliação do controle sobre operações das quais não decorrem participação na maioria do capital de outro agente econômico mas pelas quais, assim mesmo, o poder titulado pelo detentor de posições minoritárias ou contratuais seja suficiente para o exercício da influência dominante nos negócios sociais da empresa” (*Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 22).

em que, mesmo sem a existência de controle no sentido societário, há o poder de dirigir a atividade e modificar estruturalmente a sociedade, produzindo efeitos de concentração econômica”⁵¹⁶.

Para completar as hipóteses nas quais a atuação conjunta de agentes econômicos gera impactos do ponto de vista concorrencial, é preciso admitir também o que se convencionou chamar de *influência relevante do ponto de vista concorrencial*. A noção de *influência relevante do ponto de vista concorrencial* tem origem na preocupação do direito concorrencial germânico com situações que geram impactos do ponto de vista concorrencial, mas que não podem ser incluídas no conceito de *influência dominante*. A principal virtude da noção de *influência relevante do ponto de vista concorrencial* é abarcar situações em que se possa inferir a existência de comportamentos cooperativos de agentes econômicos.

Em razão da fluidez do conceito, força é reconhecer que a *influência relevante do ponto de vista concorrencial* pode ocorrer de diversas formas. Tratando do assunto, Calixto Salomão Filho cita três situações em que pode ser configurada a influência relevante: participação minoritária que confira a seu titular poder de veto nas deliberações sociais; participação relevante no capital sem direito a voto de empresa concorrente; e grupos de coordenação contratual⁵¹⁷.

Observa Ana Maria de Oliveira Nusdeo que “esses dois conceitos – a *influência dominante* e a *influência relevante do ponto de vista concorrencial* – permitem ao direito de proteção à concorrência o controle sobre situações nas quais se dê a concentração de agentes de mercado anteriormente autônomos ou, ainda, sobre operações das quais decorra uma situação de interdependência tal, que se possa pressupor uma conduta cooperativa – antes do que concorrencial – entre empresas independentes”⁵¹⁸.

⁵¹⁶ *O poder de controle na sociedade anônima*, p. 81 (nota de texto 12). Na área de radiodifusão, é interessante destacar o relato de Lesley Hitchens, segundo o qual a legislação australiana “includes within the interpretation of ‘being in a position to exercise control’ the possibility that control could arise through selection of programming” (*Broadcasting pluralism and diversity: a comparative study of policy and regulation*. Oxford: Hart Publishing, 2006, p. 242).

⁵¹⁷ *Direito concorrencial: as estruturas*, pp. 261 e seguintes.

⁵¹⁸ *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, pp. 23-24.

As noções de “influência dominante” e “influência relevante do ponto de vista concorrencial” têm a virtude de ampliar o leque de situações nas quais se identifica (i) o poder de um agente econômico de dirigir os negócios de outro agente econômico e (ii) a existência de acordos entre agentes econômicos para o desenvolvimento de forma coordenada de suas atividades. Essa virtude permite que se estenda o controle de estruturas de mercados a situações nas quais os agentes econômicos, mesmo não apresentando laços societários, atuem de forma coordenada⁵¹⁹.

A propósito, vale observar que a lei brasileira da concorrência não reservou os casos de posição dominante apenas àquelas situações em que uma única empresa controla determinado mercado. O art. 20, § 2º da Lei nº 8.884, de 1994, estabelece que “ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia”. Da leitura do dispositivo legal verifica-se que a posição dominante pode ser detida por uma única empresa ou por um grupo de empresas. E por grupo de empresas entenda-se não apenas grupo de direito, conforme definição do art. 265 da Lei nº 6.404, de 1976, mas também qualquer forma de grupos empresariais de fato. Nesse sentido, ao tratar do assunto, ressalta Paula Forgioni: “note-se que a expressão ‘grupo de empresas’ é utilizada, no texto legal, em sua acepção mais ampla, referindo-se tanto aos grupos de direito constituídos sob a égide da Lei das Sociedades por Ações quanto ao grupo de fato (os conhecidos grupos empresariais). O que é relevante, para efeitos da caracterização da posição dominante, é que uma empresa pode deter um poder econômico, em virtude de sua inserção em um grupo empresarial, muito maior do que lhe seria próprio”⁵²⁰.

Sustentar o contrário do exposto aqui, isto é, que a preocupação com as estruturas de mercado no setor de mídia deve se limitar a casos de controle societário majoritário é advogar um formalismo vazio e favorecer a irreabilidade das formas. Podemos

⁵¹⁹ No setor de comunicação social, um exemplo típico de instrumento contratual que permite caracterizar uma situação de influência dominante é o contrato de afiliação entre emissoras de radiodifusão. No caso do contrato de afiliação, à emissora cabeça-de-rede é atribuída a prerrogativa de determinar parcela substancial da programação a ser veiculada pela emissora afiliada e de comercializar parte significativa dos espaços publicitários. Com o contrato de afiliação, a emissora cabeça-de-rede passa a controlar não só a atividade da emissora afiliada (veiculação de programas), mas também a interferir em sua principal fonte de financiamento (publicidade comercial). O contrato de afiliação, acrescente-se, permite uma influência estável e duradoura da emissora cabeça-de-rede sobre a atividade principal da afiliada.

⁵²⁰ *Os fundamentos do antitruste*, p. 280.

afirmar que a proteção do pluralismo na mídia exige a existência de normas (e sua respectiva interpretação) suficientemente abrangentes para abarcar o maior número de estruturas societárias e contratuais que impliquem concentração ou cooperação de empresas e, como decorrência, redução no pluralismo nos veículos de comunicação de massa.

Para a efetividade das normas protetoras do pluralismo no setor de mídia, é fundamental identificar as situações em que uma empresa esteja determinando ou influenciando de forma significativa o conteúdo editorial ou da programação de outro veículo de mídia ou outras decisões relevantes sobre a condução dos negócios. As experiências do direito societário e do direito concorrencial (antitruste) são úteis para identificar no setor de comunicação social situações de controle (exercício de direção comum) ou de influência dominante ou relevante sobre a condução dos negócios que possam representar um impacto no pluralismo. O que importa afirmar é que existindo relação de controle (unidade de comando) ou influência dominante sobre os negócios temos configurada a concentração empresarial. Ademais, ocorrendo uma situação de *influência relevante do ponto de vista concorrencial* de uma empresa sobre outra, não se pode falar em independência dessas empresas, mas sim em relação de interdependência e condutas coordenadas.

A propriedade ou o controle de veículos de comunicação social não é um critério suficiente para identificar a existência de todas as situações de concentração no setor de comunicação social.

1.3.4 – Audiência como alternativa para medir a concentração

No setor de comunicação social, a concentração de poder normalmente é aferida a partir do número de veículos de mídia de propriedade ou controlados por uma pessoa ou grupo econômico. Entretanto, mais recentemente, algumas legislações passaram a propugnar pela aplicação do critério da audiência para identificar de forma mais precisa as situações que possam colocar em risco o pluralismo de informação.

Nesse sentido, a Recomendação n. R (99) 1 do Conselho da Europa, destinada aos Estados europeus, com medidas que visam a promover o pluralismo no setor

de comunicação social⁵²¹, recomenda a definição, por lei, de limites à participação ou influência de um determinado grupo econômico em um ou diversos veículos de comunicação; esse limite, segundo a Recomendação, pode assumir a forma de um teto de audiência ou levar em conta o faturamento dos veículos de comunicação. Mais recentemente, a Recomendação CM/Rec (2007) 2 do Conselho da Europa, voltada para a promoção do pluralismo na mídia e da diversidade do conteúdo, recomenda, de forma semelhante, que os Estados europeus adotem regras destinadas a limitar a influência que uma pessoa, empresa ou grupo possa ter em um ou mais setores da mídia e a assegurar a existência de um número suficiente de veículos de mídia diferentes. Essas regras devem incluir limites à concentração objetivos e realistas, baseados em critérios como audiência, circulação, faturamento, participação no capital ou direitos de voto⁵²².

Marius Dragomir, ao tratar da concentração da mídia na Europa, observa que as legislações nacionais adotam diferentes modelos para medir o grau de concentração: “o primeiro baseia-se no índice de audiência ou *rating*, isto é, a porcentagem de telespectadores que é atingida pelos programas transmitidos por determinada emissora. Esse modelo é utilizado na Alemanha e no Reino Unido, adaptado a certas características locais. O segundo modelo leva em consideração o número de concessionários no mercado de mídia. Trata-se de um método empregado na Espanha e proíbe que uma empresa tenha mais de um certo número de licenças em um mercado dado. Este modelo apresenta dois aspectos. Por um lado, restringe o número de licenças que uma empresa de comunicação pode adquirir e, ao mesmo tempo, fixa limites para os direitos de voto em uma empresa que possui uma licença de transmissão. Finalmente a Itália utiliza um modelo que limita a participação de uma empresa no total das receitas de publicidade que o mercado de radiodifusão gera”⁵²³.

Da mesma forma, observa Alexandre Ditzel Faraco no tocante às regras sobre concentração de emissoras de televisão que, “em termos quantitativos, os limites podem ser fixados apenas numericamente (‘ninguém pode controlar mais do que 10

⁵²¹ O texto da Recomendação n. R (99) 1 encontra-se disponível no sítio da Internet <http://www.coe.int/T/CM/WCD>, acessado em 19.09.2008.

⁵²² O texto da Recomendação CM/Rec (2007) 2 encontra-se disponível no sítio da Internet <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1089699>, acessado em 19.09.2008.

⁵²³ “Concentração de meios de comunicação na Europa: o jogo dos Golias”. In *A mídia entre regulamentação e concentração*. Cadernos Adenauer VIII (2007), nº 4. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2008, p. 65.

estações locais de televisão’), ou com base na audiência que pode ser abrangida pelas estações sujeitas a um controle comum (‘ninguém pode controlar estações cujas transmissões possam ser assistidas por 40% da população nacional’). Quando se trabalha com o segundo parâmetro quantitativo, a audiência levada em conta pode ser a efetiva (i.e., baseada no número de espectadores que assistem às estações controladas por uma mesma pessoa – como é a tendência na Europa) ou potencial (i.e., o número de pessoas que vivem na área alcançada pelas estações em questão e que potencialmente poderiam assisti-las, como ocorre nos Estados Unidos com a chamada *National TV Ownership Rule ...*)⁵²⁴.

A legislação alemã sobre concentração no setor de mídia estabelece que uma mesma pessoa física ou jurídica pode deter um número ilimitado de canais de televisão (e, portanto, difundir um número ilimitado de programas), desde que não exerça, por meio dos programas difundidos, uma *influência dominante* sobre a opinião pública. A lei alemã define o conceito de *influência dominante* sobre a opinião pública a partir do critério de audiência dos programas de televisão. Caso os programas de uma emissora ou rede de televisão obtenham, na média anual, uma audiência igual ou superior a 30%, a lei considera que a emissora ou rede exerce uma *influência dominante* sobre a opinião pública. O fato de exercer uma *influência dominante* sobre a opinião pública gera obrigações para a emissora ou rede de televisão no sentido de promover o pluralismo e a diversidade.

O volume de audiência efetiva de um meio de comunicação social permite apreender a situação do lado do consumo dos veículos de mídia. Se a propriedade e o controle são critérios que dizem respeito, sobretudo, ao lado da oferta (difusão da informação), a audiência efetiva mede precisamente o impacto do conteúdo da mídia no lado do consumo (recepção da informação)⁵²⁵. O critério da audiência efetiva é particularmente apto e útil para medir a influência dominante na atividade de radiodifusão, sobretudo na televisão aberta.

⁵²⁴ *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação – rádio, televisão e Internet*. Tese de livre-docência. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p. 88.

⁵²⁵ “L’idée fondatrice du modèle des parts d’audience consiste à déterminer, pendant une période donnée, le pourcentage de tous les téléspectateurs qui reçoivent les programmes distribués par une entreprise (opérateur de télévision ou entreprise partie prenante des chaînes)” (*La télévision et la concentration des médias : modèles de réglementation aux niveaux national et européen*. Estrasburgo : Observatoire européen de l’audiovisuel (IRIS Spécial), 2001, p. 2).

Pode-se falar em pluralismo em um mercado de televisão aberta no qual, por exemplo, existe um número razoável de emissoras (A, B, C, D, E), controladas por grupos independentes e autônomos, todas elas com reduzida audiência (nunca superior a 5%), e uma emissora líder (Z), detentora de audiência significativa (60% ou 70%)? Pelo critério da propriedade ou controle dos veículos de mídia, talvez não fosse possível identificar no exemplo um problema sério para o pluralismo da informação. No entanto, se levado em consideração o critério da audiência efetiva, é possível questionar se no exemplo não haveria uma situação de concentração de poder e de risco para a diversidade política e cultural decorrente da influência dominante exercida pela emissora Z sobre os telespectadores.

O critério da audiência efetiva permite identificar o impacto sobre o pluralismo decorrente do consumo da mídia pelos usuários. A audiência efetiva deve ser apurada a partir do número de usuários com televisores ligados, que assistem à programação das emissoras de televisão (mercado real), e não com base no público potencial de televisão (mercado potencial). Nesse sentido, o critério da audiência efetiva coloca o comportamento do usuário como o principal elemento para determinar os limites de concentração da mídia⁵²⁶.

Capítulo 2 – Os obstáculos no caminho da promoção do pluralismo

A formulação do que chamamos de uma teoria geral do pluralismo no setor de comunicação social exige o enfrentamento de alguns obstáculos oferecidos pelos paradigmas predominantes no tocante ao direito da concorrência e à teoria da regulação.

⁵²⁶ Ao tratar do critério da audiência, Karine Favro sustenta que “ce critère présente l’avantage de prendre en considération la part effective exploitée par chaque diffuseur en fonction des programmes consommés par les téléspectateurs, tous supports confondus. (...) Le consommateur doit être fort logiquement le point de référence principal pour déterminer d’éventuelles limites à la concentration des diffuseurs, et se substituer aux seuils dont le caractère automatique est très éloigné des flux audimétriques, c’est-à-dire de la migration des téléspectateurs d’une chaîne vers une autre. Par voie de conséquence, le ‘*contrôleur*’ de la diffusion est celui qui détient l’audience” (*Téléspectateur et message audiovisuel: contribution à l’étude des droits du téléspectateur*. Paris : LGDJ (Bibliothèque de droit public – Tome 215), 2001, pp. 106-107). Mark Cooper, por sua vez, ressalta que “market structure analysis must start with the audience that each media outlet has. Just as market power is grounded in the size of market an individual firm gains, so too media influence and impact, the ability to be heard, is a function of the audience. It is absurd to ignore the audience of a media outlet in assessing its influence and impact on civic discourse, as it would be absurd to ignore the market share of a firm in assessing its economic market power” (*Media ownership and democracy in the digital*

2.1 – O paradigma da eficiência econômica

O paradigma da eficiência econômica ocupa um lugar de destaque, quiçá de primazia, nos pensamentos jurídico e econômico contemporâneos. Esse paradigma propugna pela elevação da eficiência econômica à condição de único objetivo do direito concorrencial e da teoria da regulação.

Para avançarmos no estudo do pluralismo no setor de comunicação social, é imperioso procedermos a uma análise crítica do pensamento neoclássico da Escola de Chicago, bem como identificarmos as contribuições relevantes de outras correntes de pensamento no âmbito do direito concorrencial e da teoria da regulação.

2.1.1 – Economia neoclássica e a Escola de Chicago

Embora o termo “neoclassicismo” tenha sentido ambíguo em economia, força é reconhecer que ele atualmente se aplica ao movimento que dominou o pensamento econômico a partir das concepções da Escola de Chicago⁵²⁷. A visão neoclássica está profundamente associada à Universidade de Chicago, de tal forma que muitas vezes faz-se uma associação entre visão neoclássica da economia e Escola de Chicago.

No pensamento econômico, a Escola Neoclássica tem origem na superação da chamada Teoria do Valor desenvolvida por economistas clássicos como Adam Smith, David Ricardo e John Stuart Mill. Marcante para a superação da teoria clássica foi a Revolução Marginalista, decorrente do desenvolvimento na década de 1870, pelos economistas William Jevons, Carl Menger e Leon Walras, da noção de utilidade marginal decrescente. Utilidade ‘marginal’ significa a mudança na satisfação resultante do consumo de uma unidade a mais ou a menos de um determinado produto. Nesse sentido, segundo a noção de utilidade marginal decrescente, quanto mais uma pessoa consome de

information age: promoting diversity with First Amendment principles and market structure analysis. Centre for Internet Society, Stanford Law School, 2003, p. 182).

⁵²⁷ Cf. Calixto Salomão Filho: “Poder econômico: a marcha da aceitação”. In *O poder de controle na sociedade anônima*, p. 10.

determinado produto, menor satisfação ela experimenta. A satisfação varia em função inversa ao número de unidades consumidas de determinado produto.

Os maiores expoentes da visão neoclássica são Bork, Bowman, MacGee, Telser, Stigler e Posner. A visão neoclássica da economia, em grande medida identificada com a Escola de Chicago, expandiu-se para outras áreas e influenciou marcadamente o direito norte-americano. Juristas ligados à Escola de Chicago, entre os quais se destacam Richard Posner e Robert Bork, deram origem ao movimento conhecido por *Law & Economics* (Análise Econômica do Direito) que pretendeu aplicar a teoria econômica – notadamente a microeconomia clássica – na análise de institutos jurídicos e na interpretação do direito⁵²⁸.

Pedindo antecipadamente desculpas ao leitor pela simplificação excessiva, podemos resumir as teses fundamentais da Escola de Chicago (Análise Econômica do Direito) nos seguintes termos:

- a) o homem é um ser racional que busca a maximização do interesse próprio, ou seja, de seu bem-estar⁵²⁹. A visão neoclássica parte do pressuposto de que cada indivíduo (consumidor) possui necessidades e desejos ilimitados e recursos limitados. Ademais, pressupõem que todos os consumidores agem de forma racional, possuem

⁵²⁸ Segundo Robert Kuttner, “among the doctrines that grow out of the Chicago view was the school that came to be known as Law and Economics. The basic idea is that the law, as a system of rules, commands, and controls, tends to contradict and countermand the natural logic of markets. Rather, according to Law and Economics scholars, jurists and legal scholars should endeavor to make the law facilitative of markets” (*Everything for sale: the virtues and limits of markets*. Nova Iorque: Alfred A. Knopf, 1997, p. 33). O movimento conhecido como Análise Econômica do Direito não é homogêneo e possui diversas vertentes de estudo. Para uma visão abrangente do movimento, ver Pedro Mercado Pacheco: *El análisis económico del derecho: una reconstrucción teórica*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pp. 58 e seguintes.

⁵²⁹ Cf. Robert Bork: *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. Nova Iorque: Basic Books Publishers, 1978, pp. 119-121 e Richard Posner: *Economic analysis of law*, pp. 3-4. Pedro Mercado Pacheco esclarece que “el AED [análisis económico del derecho] toma como unidad básica del análisis al individuo. Todos los fenómenos sociales, incluido el derecho, pueden e deben retrotraerse a los fundamentos de lo comportamiento individual; todo fenómeno social puede ser reducido a elecciones operadas por el individuo. Asumiendo esta perspectiva individualista (*individualismo metodológico*), el objeto de estudio, en este caso la realidad jurídica, se reduce a la lógica interna de la acción individual para predecir sus decisiones y elecciones ante situaciones determinadas. Ahora bien, solo pueden preverse y predecirse las acciones que se ajustan a algún patrón de conducta, a un modelo de comportamiento. El patrón de conducta asumido por la teoría económica y que recoge el AED es el del *homo oeconomicus*, el del individuo que actúa siempre racionalmente tratando de maximizar su propio bienestar, un ser interesado y egoísta cuya única norma de conducta es la realización de su interés privado” (*El análisis económico del derecho: una reconstrucción teórica*, p. 40).

informações suficientes e adequadas sobre os produtos e serviços que adquirem no mercado e procuram maximizar sua satisfação ou bem-estar⁵³⁰.

- b) o sistema de mercado é o modelo mais eficiente de alocação de recursos. Ele constituiria o mecanismo ótimo para resolver problemas alocativos das mais variadas ordens. Richard Posner chega mesmo a propor que o mercado seria capaz de resolver o problema da escassez de bebês para adoção⁵³¹. O sistema de preços, formado pelo livre jogo das forças de mercado, seria um sistema perfeito de transmissão de informações relevantes para os agentes econômicos.
- c) a eficiência econômica deve ser o objetivo único não só do direito antitruste, mas de todo o sistema jurídico. Para a vertente mais ortodoxa da Escola de Chicago, a eficiência econômica é o único valor social com o qual o sistema jurídico deve estar comprometido⁵³². A eficiência econômica seria a norma fundamental que conferiria racionalidade para todo o sistema jurídico⁵³³. O direito comprometido com a finalidade da eficiência econômica promoveria, em última instância, a maximização da riqueza global.
- d) o incentivo à concentração de poder econômico não é problemático. Segundo o entendimento da Escola de Chicago, da existência de concentração em determinado mercado não decorre necessariamente a presença de poder de mercado excessivo de um agente econômico e sim de economias de escala⁵³⁴. As situações de concentração de mercado, inclusive o monopólio, tendem a se corrigir automaticamente, pois os altos lucros obtidos pelo monopolista

⁵³⁰ Cf. Richard Posner: *Economic analysis of law*. 6ª ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2003, p. 3.

⁵³¹ Nesse sentido, ver Richard A. Posner e Elisabeth M. Landes: "The economics of the baby shortage". *The Journal of Legal Studies*, vol. 7, nº 2, 1978, pp. 323-348.

⁵³² Cf. Lucia Helena Salgado: *A economia política da ação antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 1997, pp. 38 e seguintes.

⁵³³ Ver a propósito Richard Posner: "Kelsen versus Hayek: pragmatism, economics, and democracy". In *Law, pragmatism and democracy*. Cambridge, MA / Londres: Harvard University Press, 2003, pp. 250-291.

incentivam a entrada de novos concorrentes no mercado⁵³⁵. Nos mercados onde a taxa de retorno for alta, haverá interesse dos agentes econômicos no investimento⁵³⁶.

- e) a eficiência produtiva leva a preços mais baixos e a maior bem-estar do consumidor. Robert Bork, um dos expoentes da Escola de Chicago, sustenta que o único objetivo legítimo do antitruste é a maximização do bem-estar do consumidor. Afirmar ele ainda que a eficiência econômica necessariamente beneficia o consumidor seja reduzindo o preço de bens ou serviços seja aumentando sua qualidade⁵³⁷.
- f) a intervenção estatal na economia deve ocorrer no menor grau possível. A propósito, observa Sérgio Varella Bruna que “para os economistas da *Escola de Chicago*, a eficiência econômica deveria ser o único objetivo da política *antitruste*. Como eficiência, escala de produção e investimento em tecnologia normalmente andam de mãos dadas, não se deveria intervir no mercado tendo em vista somente sua estrutura, mas apenas quando esta se revelasse ineficiente, ao passo que, se houvesse eficiência, a estrutura concentrada deveria ser não somente tolerada como também incentivada. Atitude governamental prudente seria, portanto, somente intervir quando houvesse certeza de que o resultado apurado após a intervenção seria melhor do que aquele anteriormente existente. Em caso de dúvida,

⁵³⁴ Cf. Paula Forgioni: *Os fundamentos do antitruste*, p. 374.

⁵³⁵ Nesse sentido, afirma Richard Posner que “if the leading firms in such industries [concentrated industries] are able, by virtue of concentration, to obtain supracompetitive profits, these profits should act as a magnet to other firms in the economy and their entry will deconcentrated the industry” (“The Chicago School of antitrust analysis”. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 127, nº 4, 1979, p. 945).

⁵³⁶ Ensina Herbert Hovenkamp que, para a Escola de Chicago, “‘natural’ barriers to entry are more imagined than real. (...) The one significant exception consists of barriers to entry that are not natural – that is, barriers that are created by government itself. In most markets society would be best off if the government left entry and exit unregulated” (*Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. 3ª ed. St. Paul: Thomson/West, 2005, p. 62).

⁵³⁷ *The antitrust paradox: a policy at war with itself*, p. 7. Em outra passagem de sua obra, Bork afirma que “in judging consumer welfare, productive efficiency, the single most important factor contributing to that welfare, must be given due weight along with allocative efficiency. Failure to consider productive efficiency – or, worse, the tendency to view it as pernicious by calling it a ‘barrier to entry’ or a ‘competitive advantage’ – is probably the major reason for the deformation of antitrust’s doctrines” (*Ibidem*, p. 405).

dever-se-ia optar pela não intervenção”⁵³⁸. O florescimento da visão neoclássica da Escola de Chicago ocorre num contexto de crise do *Welfare State*. A afirmação das idéias neoclássicas se faz, em grande medida, mediante a crítica da intervenção estatal na economia. Essa aversão ao intervencionismo estatal se traduz no comprometimento da Escola de Chicago com o movimento de desregulação da economia e privatização iniciado nos Estados Unidos na década de 1980.

- g) a intervenção estatal na economia gera custos importantes e não negligenciáveis e também implica falhas (“falhas de governo”)⁵³⁹. A intervenção estatal na economia somente se justificaria se as falhas de governo fossem menores que as falhas de mercado (externalidades, concentração de poder econômico, bens públicos etc.).

Essas são, em breves linhas, as principais teses da Escola de Chicago. Na visão neoclássica, a idéia de eficiência econômica ocupa lugar de destaque.

2.1.2 – O conceito de eficiência econômica para a economia neoclássica

A teoria neoclássica distingue entre eficiência alocativa e eficiência produtiva. A primeira diz respeito à distribuição de recursos escassos na economia, ao passo que a segunda se relaciona com a forma de uso efetivo dos recursos pelos agentes econômicos⁵⁴⁰.

⁵³⁸ *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 68.

⁵³⁹ Sobre a visão da Escola de Chicago sobre a questão, Herbert Hovenkamp esclarece que “even if markets are imperfect and prone to anticompetitive outcomes, government intervention is justified only if the result is an improvement, taking the costs of intervention into account. As a general matter, claims that government intervention is better should be treated skeptically” (*Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*, p. 63)

⁵⁴⁰ Cf. Calixto Salomão Filho: *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*, p. 111. Ana Maria de Oliveira Nusdeo afirma que, com a Escola de Chicago, “a doutrina antitruste passou (...) a diferenciar os dois sentidos para o conceito de eficiência, a *eficiência alocativa* (ótimo de Pareto ou *Pareto superior*) – referindo-se à eficiência geral dos mercados em levar os fatores de produção aos seus pontos de aplicação ótima – e a *eficiência produtiva* – relacionada à efetiva e melhor coordenação dos fatores de produção pela empresas, individualmente consideradas. Entre os principais itens da eficiência produtiva estão as economias de escala, a integração das fases produtivas, a especialização das plantas de produção, os custos de transporte, o sistema de distribuição, custos de publicidade e *marketing*, bem como a pesquisa e

Mais precisamente, *eficiência produtiva* significa a capacidade de produzir maior quantidade de bens com a utilização dos mesmos recursos ou a menor custo por unidade⁵⁴¹. Costuma-se associar a eficiência produtiva à realização de economias de escala. Na visão neoclássica, o aumento da dimensão econômica da empresa gera naturalmente reduções de custos em função da realização de economias de escalas⁵⁴². Em outras palavras, o custo unitário de produção é reduzido em razão do aumento da produção total. A diminuição do custo unitário de produção permitiria a redução do preço do bem ou serviço para o consumidor.

A idéia de *eficiência alocativa*, por seu turno, é menos concreta e está ligada ao bem-estar da sociedade como um todo. A preocupação associada à noção de eficiência alocativa é a de se saber qual o melhor uso a ser dado pela sociedade para os recursos escassos.

Para aferir a eficiência de determinada alocação de recursos, a teoria econômica neoclássica utilizou-se inicialmente do denominado Teorema de Pareto (originalmente formulado pelo economista italiano Vilfredo Pareto, 1848-1923). Segundo o Teorema de Pareto considera-se como eficiente a situação na qual a alocação de recursos possa aumentar o grau de bem-estar de um indivíduo sem, por outro lado, diminuir o bem-estar de outra pessoa. Uma situação ótima, segundo o Teorema de Pareto, seria aquela na qual nenhuma mudança pode ser feita na alocação de recursos para deixar um indivíduo em situação melhor sem que outros indivíduos fiquem em situação pior⁵⁴³. O Teorema de

desenvolvimento” (*Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 182).

⁵⁴¹ Herbert Hovenkamp explica que “*productive efficiency* is a fraction in which the value of a firm’s output is the numerator and the value of its inputs is the denominator; the higher this ratio, the more efficient the firm” (*Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*, p. 62).

⁵⁴² Fábio Nusdeo esclarece que economias de escala “nada mais vêm a ser do que processos pelos quais se reduz acentuadamente o custo unitário de produção de um bem, à medida que aumenta o volume produzido, isto é, a escala da produção” (*Curso de economia: introdução ao direito econômico*, p. 150).

⁵⁴³ Observa Diogo R. Coutinho que “na operação de uma alocação Pareto-ótima, não há ‘perdedores’, isto é, não há ninguém em situação inferior em termos de bem-estar do que na situação anterior. Se ao menos uma pessoa está melhor em uma situação ‘A’ do que na situação anterior ‘B’, então há um ganho líquido de utilidade (felicidade subjetiva) na passagem de ‘A’ para ‘B’” (*Regulação e redistribuição: a experiência brasileira de universalização das telecomunicações*. Tese de doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (orientador: José Eduardo Faria), 2003, p. 13).

Pareto não procura conceituar eficiência, mas descrever as condições necessárias para uma alocação eficiente de recursos⁵⁴⁴.

Diante das dificuldades de realização na prática de uma alocação eficiente (ótima) segundo o Teorema de Pareto – que exigiria certa unanimidade, visto que pressupõe a inexistência de perdedores –, os economistas Nicholas Kaldor e John Hicks propuseram o chamado Teorema de *Kaldor-Hicks*, segundo o qual uma mudança é considerada eficiente quando os benefícios aportados aos ganhadores forem superiores às perdas provocadas para os perdedores; os benefícios aportados aos ganhadores, em teoria, poderiam compensar os prejuízos sofridos pelos perdedores. Esclareça-se que a idéia de compensação empregada não significa retribuição pecuniária pelos prejuízos sofridos. Ademais, ressalte-se que a compensação prevista no Teorema de *Kaldor-Hicks* é meramente potencial e não efetiva⁵⁴⁵. Segundo o Teorema, a eficiência da alocação de recursos está intimamente ligada à idéia de maximização de riqueza geral⁵⁴⁶. Dessa forma, uma situação eficiente (ótima) seria aquela na qual o benefício para um indivíduo decorrente da mudança de alocação de recursos exceda as perdas suportadas por quaisquer outros indivíduos. No final das contas, haveria ganhos líquidos em termos de eficiência alocativa. O Teorema de *Kaldor-Hicks* permitiria a avaliação de medidas ou políticas que produzem vencedores e perdedores.

Autores salientam, entretanto, que, para a visão neoclássica, o Teorema de Pareto ou a variação apresentada pelo Teorema de *Kaldor-Hicks*, também chamando de *Potential-Pareto*, permitem afirmar que o melhor resultado para a sociedade decorre do aumento da riqueza global, sem considerações de ordem distributiva⁵⁴⁷.

⁵⁴⁴ Giles Burgess afirma que “under certain assumptions, a market will produce an efficient allocation of resources. If buyers and sellers are free to pursue their own best interests by trading with one another, if they all are rational and based their decisions on ‘good’ information, and if all markets are able to clear so that there is not an excess demand or supply (indicating a desire to recontract), the resulting allocation may be presumed to be efficient” (*The economics of regulation and antitrust*. Nova Iorque: Harper Collins, 1995, p. 19).

⁵⁴⁵ Nesse sentido, Kip Vicusi, Joseph Harrington e John Vernon esclarecem que “the basic idea is that if the ‘winners’ from any policy change can, in principle, compensate the ‘losers’ so that everyone is better off, then it is a ‘good’ change. Note that actual compensation of the losers is not required. If it were required, of course, it would satisfy the Pareto criterion” (*Economics of regulation and antitrust*. 4ª ed. Cambridge, MA: The MIT Press, 2005, p. 80).

⁵⁴⁶ Richard Posner: *Economic analysis of law*, p. 13.

⁵⁴⁷ Cf. Calixto Salomão Filho: “Regulação e desenvolvimento”. In Calixto Salomão Filho (coord.): *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 30. Sobre a questão distributiva, Herbert Hovenkamp observa que “as with other economic measures of allocative efficiency, potential Pareto analysis is indifferent to how resources are distributed in society. If it could be shown that a certain practice made

Os economistas neoclássicos reconhecem que a concentração de poder de mercado pode levar a ineficiências alocativas. Isso porque o agente econômico detentor de poder de mercado pode adotar comportamento independente e aumentar os preços de seus produtos ou diminuir a oferta sem sofrer ameaça de outros agentes. Tal movimento pode gerar, de um lado, ganho para o agente econômico detentor de poder de mercado (maior lucro), ainda que ocorra uma redução do consumo, bem como perda para os consumidores (resultando no pagamento de maior preço pelo bem e, para alguns consumidores, incapacidade de consumir o bem). Essa situação, na qual ocorre uma perda líquida geral, é conhecida por “deadweight loss”. Para a visão neoclássica, no entanto, ainda que a concentração de mercado possa gerar ineficiências alocativas, essas poderiam ser compensadas pelas eficiências produtivas decorrentes da realização de economias de escala. Assim, as eficiências produtivas decorrentes da concentração de poder econômico acabariam por maximizar a utilização dos recursos sociais e representar também uma situação de maior eficiência alocativa. Segundo Robert Bork, “a tarefa do antitruste pode ser sintetizada como o esforço de incrementar a eficiência alocativa sem prejudicar a eficiência produtiva de forma tão significativa que não produza um ganho ou gere uma perda líquida no bem-estar do consumidor”⁵⁴⁸.

Para a visão neoclássica, a noção de eficiência produtiva, conforme já falado, liga-se à de bem-estar do consumidor. São duas faces da mesma moeda. O consumidor, em função da maximização da eficiência produtiva, ampliaria sua possibilidade de adquirir no mercado os bens por ele desejados. A eficiência produtiva possibilitaria ao consumidor um acesso mais fácil a bens e serviços de menor preço e melhor qualidade. Assim a maximização da eficiência na produção estaria diretamente ligada à maximização da satisfação do consumidor⁵⁴⁹. Observa Calixto Salomão Filho que

monopolists richer by exactly the same amount that it made consumers poorer, and no one else was affected, the practice would be judged ‘neutral’ under potential Pareto criteria” (*Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*, p. 76).

⁵⁴⁸ No original: “The whole task of antitrust can be summed up as the effort to improve allocative efficiency without impairing productive efficiency so greatly as to produce either no gain or a net loss in consumer welfare” (*The antitrust paradox: a policy at war with itself*, p. 91).

⁵⁴⁹ São interessantes, a propósito, as considerações de Neide Teresinha Malard: “no regime concorrencial, as empresas tentam maximizar seus lucros, alocando devidamente seus recursos e minimizando seus custos. Buscam, no exercício de sua atividade produtiva, suprir as necessidades dos consumidores, produzindo bens e serviços de melhor qualidade e a preços mais acessíveis. É essa eficiência que a lei antitruste visa assegurar aos mercados, posto que a atividade empresarial não busca a melhor utilização dos recursos sob o aspecto social e a eficiência que a empresa procura alcançar situa-se no plano dos interesses privados” (“Integração

“a eficiência é o princípio fundamental do direito antitruste na teoria neoclássica. Para os neoclássicos mais exaltados, mais do que um dos elementos a eficiência é o fator central a definir a licitude ou não do poder no mercado”⁵⁵⁰.

2.1.3 – Crítica ao pensamento neoclássico

A literatura crítica à visão neoclássica da Escola de Chicago e da Análise Econômica do Direito (*Law & Economics*) também é bastante vasta. Procuraremos expor de forma bastante resumida – assumindo assim que a excessiva simplificação é a única forma de tratar do assunto nos estreitos limites deste trabalho – as principais objeções e críticas feitas à Escola de Chicago:

- a) é bastante questionável a premissa do *homo oeconomicus* (homem econômico), concebido, de forma limitada, a partir da idéia de comportamento racional e busca de maximização do auto-interesse ou, de forma mais direta, da riqueza pessoal. A crença de que as pessoas são capazes de agir racionalmente e de realizar cálculos de custo-benefício para todas as situações e decisões do dia-a-dia é, no mínimo, exagerada. A premissa da racionalidade econômica, sustentada pela Escola neoclássica, permite que Robert Kuttner qualifique a teoria como uma matemática elegante construída sobre um terreno arenoso⁵⁵¹. Amartya Sen critica também a premissa da economia neoclássica de que as pessoas agem visando sempre ao seu interesse próprio⁵⁵². Para Sen, o auto-interesse tem um papel importante nas decisões econômicas, mas não há provas de que ele reflita o comportamento humano real e de que seja o único motivador do comportamento humano⁵⁵³. Não é plausível excluir das motivações humanas para determinados comportamentos ou decisões a raiva, a piedade, o altruísmo, a solidariedade, e tantos

de empresas: concentração, eficiência e controle”. *Revista do IBRAC – Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo*, vol. 1, nº 4, nov. 1994, p. 51).

⁵⁵⁰ *Direito concorrencial: as estruturas*, p. 176.

⁵⁵¹ *Everything for sale: the virtues and limits of markets*, p. 48.

⁵⁵² “Rational fools: a critique of the behavioral foundations of economic theory”. *Philosophy and Public Affairs*, vol. 6, nº 4, 1977, pp. 317-344.

⁵⁵³ Para uma discussão crítica sobre os fundamentos éticos dos comportamentos econômicos, ver Amartya Sen: *Sobre ética e economia*. Trad. Kaura T. Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

outros valores e sentimentos⁵⁵⁴. Parece mais razoável considerar, destarte, que uma pluralidade de motivações influencia o comportamento humano. Para Lucia Helena Salgado, “o homem econômico é um escravo de seus interesses, um obsessivo-compulsivo sem paz, que desconhece o sentido da liberdade humana”⁵⁵⁵.

- b) as premissas de homogeneidade dos produtos e informação perfeita de agentes são equivocadas. Em um trabalho publicado em 1970, o economista George Akerlof, partindo do exemplo do mercado de carros usados (*market for “lemons”*), procura analisar o comportamento do mercado diante de produtos com níveis de qualidade diferentes e nos quais existam graus diferentes de informação entre os participantes (“assimetria de informações”). Akerlof demonstra não só que bens de qualidades diferentes representam um problema para o funcionamento eficiente do mercado, mas, sobretudo, que a diferença no grau de informação dos participantes pode levar a um mau funcionamento do mercado ou, até mesmo, ao seu colapso ou desaparecimento. A importância do trabalho de Akerlof reside no questionamento do paradigma da “informação perfeita”, que dominava o pensamento clássico-liberal, e na indicação de que a assimetria de informação pode incentivar a que uma parte (que tem mais ou melhores informações) coloque no mercado produtos de menor qualidade, gerando a chamada “seleção adversa”⁵⁵⁶.

⁵⁵⁴ Ronald J. Krotoszynski Jr. e A. Richard M. Blaiklock lembram que “law-and-economics types [arguments] generally assume that human beings will always seek to maximize rent. In plain English, this means that people consistently will act in fashion that provides them with the most money. This assumption, however, does not hold true in the real world. (...) Intervening ‘cultural or historical’ variables can interfere with economic predictions of rent-maximizing behavior” (“Enhancing the spectrum: media power, democracy and the marketplace of ideas”. *University of Illinois Law Review*, vol. 2000, nº 3, 2000, p. 183). Da mesma forma, Giuliano Amato observa que “often economic operators too are moved by extra-economic reasons (power, rivalry, personal and family prestige) and may ignore costs simply to get rid of a competitor or expand their own business” (*Antitrust and the bounds of power: the dilemma of liberal democracy in the history of market*. Oxford: Hart Publishing, 1997, p. 23). Para uma discussão ampla da premissa da racionalidade, ver Robert Kuttner: *Everything for sale: the virtues and limits of markets*, pp. 41 e seguintes.

⁵⁵⁵ *A economia política da ação antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 1997, p. 107.

⁵⁵⁶ “The market for ‘lemons’: quality uncertainty and the market mechanism”. *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 84, nº 3, 1970, pp. 488-500. A propósito, Joseph Stiglitz destaca que “the recognition that

- c) a eficiência econômica não pode ser vista como a finalidade única do direito antitruste ou da regulação econômica. A defesa da eficiência como objetivo primordial das normas antitruste ou da regulação contrapõe-se como anteparo à possibilidade de se observar outros fundamentos, tidos como políticos, tais como a defesa da concorrência em si, a prevenção da concentração do poder econômico, a proteção da pequena empresa ou objetivos de política industrial⁵⁵⁷. Robert Pitofsky critica a adoção pelos Tribunais estadunidenses de uma visão do direito antitruste exclusivamente econômica, centrada apenas na eficiência econômica. Segundo o autor, considerações políticas não devem ser deixadas de lado. Para ele, o direito antitruste deve incorporar entre suas finalidades valores como a preocupação com a excessiva concentração do poder econômico, a redução da liberdade individual em uma economia dominada por grandes corporações e o risco de interferência política decorrente da concentração do poder econômico⁵⁵⁸. Criticando a ênfase da Escola de Chicago na eficiência como fim único do próprio direito, afirma ainda Paula Forgioni que “o postulado

information is imperfect, that obtaining information can be costly, that there are important asymmetries of information, and that the extent of information asymmetries is affected by actions of firms and individuals, has had profound implications for the wisdom inherited from the past, and has provided explanations of economic and social phenomena that otherwise would be hard to understand” (“The contributions of the economics of information to twentieth century economics”. *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 115, nº 4, 2000, p. 1441).

⁵⁵⁷ Herbert Hovenkamp ressalta que “today the most important debate about basic principles in antitrust is between those who believe that allocative efficiency should be the exclusive goal of the antitrust laws, and those who believe that antitrust policy should consider certain ‘competing’ values – that is, values that either cannot be accounted for within the economic model, or values that can be asserted only at the cost of a certain amount of efficiency. These competing values include maximization of consumer wealth, protection of small business from large competitors, protection of easy entry into business, concern about accumulations of economic or political power, prevention of the impersonality or ‘facelessness’ of giant corporations, encouragement of morality or ‘fairness’ in business practice, and perhaps some others. All these alternative goals can be inconsistent with the economic goals of maximizing allocative and productive efficiency” (*Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*, p. 72).

⁵⁵⁸ Cf. “The political content of antitrust”. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 127, nº 4, 1979, pp. 1051-1075. Em conhecida passagem de sua argumentação, o autor afirma que “it is bad history, bad policy, and bad law to exclude certain political values in interpreting the antitrust law. By ‘political values’, I mean, first, a fear that excessive concentration of economic power will breed antidemocratic political pressure, and second, a desire to enhance individual and business freedom by reducing the range within which private discretion by a few in the economic sphere controls the welfare of all. A third and overriding political concern is that if the free-market sector of the economy is allowed to develop under antitrust rules that are blind to all but economic concerns, the likely result will be an economy so dominated by a few corporate

máximo da AED [Análise Econômica do Direito], que prega o *fim único* do sistema, não pode ser admitido pelos juristas que acreditam que o Direito – posto e pressuposto – não existe apenas para corroborar os determinismos econômicos. Há situações em que o mais fraco merece proteção; ainda se acredita que *gente é para brilhar, não para passar fome*. Há coisas (como a vida humana e a liberdade) que *ainda* não foram transformadas em mercadoria e não podem ser submetidas à lógica de mercado”⁵⁵⁹.

- d) a utilização de mecanismo de mercado para alocação de recursos e busca por eficiência a todo custo desconsidera normas jurídicas, que consubstanciam valores protegidos pelo ordenamento jurídico⁵⁶⁰. Na visão neoclássica, todas as barreiras jurídicas que limitem ou dificultem as transações privadas devem ser eliminadas. Entretanto, como bem observa Calixto Salomão Filho, “é óbvio que a regra que prevê barreiras às transações privadas pode e deve estar protegendo terceiros interesses, isto é, interesses de sujeitos não diretamente envolvidos na transação ou negócio, senão não existiria. (...) A remoção das referidas barreiras tem um custo, consistente no prejuízo dos interesses de algum terceiro”⁵⁶¹.

giants that it will be impossible for the state not to play a more intrusive role in economic affairs” (*Ibidem*, p. 1051).

⁵⁵⁹ “Análise Econômica do Direito (AED): paranóia ou mistificação?”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 139, jul./set. 2005, p 251.

⁵⁶⁰ Pedro Mercado Pacheco destaca o caráter reducionista da Análise Econômica do Direito, afirmando que “la complejidad de la realidad es reducida a la imagen producida de un individuo reducido a *homo oeconomicus*, a lo que se suma la reducción de la sociedad a un vasto mercado donde la política y el derecho son racionalizados sobre la base de esa realidad para convertirlos en ‘metamercados institucionales’ que reproducen la lógica de la realidad maximizante. No hay espacio exterior al mercado y a lo mercantilizable. De la realidad así descrita es excluido todo aquello que no pertenece al orden del cálculo económico. Estamos ante una reducción de la realidad y del derecho que, por ejemplo, hace que la única forma en la que la conflictualidad social sea representada, sea a través de la categoría de externalidad y de costos de transacción, en la que la identificación de los individuos se reduce a su posición en el mercado como productores o consumidores. El nivel de renta, de educación, de formación, la diferencia sexual, étnica, etc. non son criterios de determinación que la teoría del derecho haya de asumir, porque el hecho básico es la uniformidad en el comportamiento racional económico. En definitiva, en lugar del derecho como mediador de la realidad social, del Estado y la política como decisión del conflicto en nombre del interés general o de unos valores públicos, el AED nos resucita el mito del mercado y de la eficiencia como modelo y criterio de organización social” (*El análisis económico del derecho: una reconstrucción teórica*, pp. 283-284).

⁵⁶¹ *Direito concorrencial: as estruturas*, p. 32.

- e) é criticável a idéia de proteção do bem-estar do consumidor como objetivo único do sistema. Nem sempre o bem-estar do consumidor está associado à maximização da riqueza pessoal (i.e. à capacidade de comprar mais por menos). A possibilidade de comparação e escolha entre diferentes opções também é um elemento importante para decisão do consumidor⁵⁶². Criticando a visão neoclássica, Calixto Salomão Filho afirma que “a menção aos interesses dos consumidores é antes de tudo uma declaração política dos neoclássicos, direcionada a tornar palatável em um campo intervencionista por natureza como é o direito antitruste – intervenção aqui entendida no sentido de garantia de preservação do sistema concorrencial – uma teoria tão extremamente liberal como é a neoclássica. Só nesse sentido pode ser entendida a declaração genérica da intenção de promover o bem-estar dos consumidores acompanhada da desconsideração das transferências de riquezas entre os consumidores e monopolistas (ou de consumidores para monopolistas)”⁵⁶³.
- f) é discutível a preocupação com a eficiência econômica e a maximização da riqueza global, com exclusão de considerações sobre a sua forma de distribuição (justiça ou equidade)⁵⁶⁴. A Escola de Chicago assume deliberadamente o *status quo* da distribuição de riqueza na sociedade, assim como se exime de considerar os impactos distributivos do processo econômico. Na visão de Richard Posner, eficiência está intimamente ligada à idéia de disposição para

⁵⁶² Nesse sentido, observa Giuliano Amato que “it is true that the consumer of a product or service will likely be pleased to be able to buy it at a lower price and at a better quality even from a firm that has eliminated competitors to reach the necessary scale to be able to do so. But can ‘consumer welfare’ be made to coincide with such a restricted concept, ignoring the fact that the consumer might prefer a broader choice of suppliers and that, especially in more innovative areas, innovation and hence quality may be the outcome more of wider competition than of economies of scale by a few already established manufactures?” (*Antitrust and the bounds of power: the dilemma of liberal democracy in the history of market*, p. 23).

⁵⁶³ *Direito concorrencial: as estruturas*, pp. 182-183.

⁵⁶⁴ Robert Bork sintetiza bem a visão da Escola de Chicago ao afirmar que “consumer welfare is greatest when society’s economic resources are allocated so that consumers are able to satisfy their wants as fully as technological constraints permit. Consumer welfare, in this sense, is merely another term for the wealth of the nation. Antitrust thus has a built-in preference for material prosperity, but it has nothing to say about the ways prosperity is distributed or used. Those are matters for other laws” (*The antitrust paradox: a policy at war with itself*, p. 90).

pagar por certo bem ou serviço (*willingness to pay*)⁵⁶⁵. Ocorre, porém, que a disposição para pagar (*willingness to pay*) decorre da capacidade das pessoas para pagar por certo bem ou serviço. Em outras palavras, depende da riqueza pessoal. Assim, quanto maior a riqueza de uma pessoa, maior a possibilidade de aumento dessa riqueza⁵⁶⁶.

A crítica à visão neoclássica da Escola de Chicago permite sustentar que nem sempre o mercado é a melhor solução para a alocação de recursos. Dependendo do setor e das finalidades perseguidas, o livre jogo das forças de mercado pode ser prejudicial ao interesse da coletividade. A defesa da eficiência econômica como o único objetivo do direito antitruste ou da regulação tem implicações sociais, econômicas, políticas e ideológicas profundas, que não podem ser negligenciadas.

2.1.4 – A contribuição da visão estruturalista da Escola de Harvard

A visão estruturalista do direito antitruste tem início na década de 1930 com os trabalhos dos economistas Chamberlin e Mason relacionando a ocorrência de condutas anticompetitivas com estruturas específicas de mercado.

⁵⁶⁵ Cf. *Economic analysis of law*. 5 ed. Nova Iorque: Aspen Law and Business, 1998.

⁵⁶⁶ Cf. Jules L. Coleman: “Economics and the law: a critical review of the foundations of the economic approach to law”. *Ethics*, vol. 94, nº 4, 1984, pp. 649-679. Coleman ressalta a correlação lógica entre eficiência e desigualdade social da seguinte forma: “in short, the greater one’s wealth, the more likely one is to increase it. And it is not just that the economic analysis lends itself to this pattern of distribution; rather it is that economic analysis requires and sanctions such patterns of distribution under the guise of pursuing the presumably desirable social goal of efficiency. The objection’s plausibility is easy enough to trace. Recall Richard Posner’s suggestion that in order for courts to promote efficiency they should assign entitlements by mimicking the market. For Posner, mimicking the market in this regard involves assigning rights to the use of resources to those parties who would have purchased them in an exchange market. That just means, assign the right to the party who would have paid more for it. Therein lies the connection between efficiency and willingness to pay. One’s willingness to pay surely depends on what one can pay; thus the connection is extended from efficiency to actual wealth. This connection makes economic analysis unsavory enough, but it gets worse. If rights are assigned this way, not only are the richer richer still, but because their newly acquired entitlements increase their wealth further they are also in an ever better position to increase their wealth again by securing more rights on the grounds that their doing so is required by efficiency. Thus not only does efficiency depend on prior wealth inequities, but also pursuing efficiency leads inevitably to further inequities” (*Ibidem*, p. 662). Da mesma forma, observa Tony Prosser: “markets are serious inadequate means of protecting rights to equal citizenship because we do not come to markets as equals. Our market power as consumers is determined by the existing distribution of wealth in which we are placed, and this determines our ability to satisfy our preferences in a market system” (*The limits of competition law: markets and public services*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 29). Ver também C. Edwin Baker: “The ideology of the Economic Analysis of Law”. *Philosophy and Public Affairs*, vol. 5, nº 1, 1975, pp. 3-48.

O foco da visão estruturalista é a estrutura do mercado, ou seja, o número de agentes econômicos atuantes em determinado setor da economia. Para economistas adeptos da visão estruturalista, a configuração estrutural do mercado seria *determinante* para o comportamento dos agentes econômicos nele presentes. Assim, em mercados cuja estrutura organizacional seja caracterizada por significativa concentração de poder e pela existência de elevadas barreiras à entrada, haveria um incentivo à adoção de condutas anticompetitivas e oligopolistas.

A visão estruturalista, ligada à Universidade de Harvard, ganha corpo na década de 1950 com os trabalhos do economista Joe Bain, que desenvolve o conhecido paradigma *structure-conduct-performance* (S-C-P). Para Bain, haveria uma relação de causalidade entre estrutura do mercado, as condutas dos agentes e resultados anticompetitivos⁵⁶⁷. Em função da relação entre estrutura de mercado, condutas dos agentes e resultados anticompetitivos, na perspectiva estrutural, a concentração do poder econômico em determinado mercado representaria um mal a ser combatido pelo direito antitruste. A partir do paradigma da estrutura-conduta-desempenho, a visão estruturalista sustenta que o combate a condutas anticompetitivas dos agentes pode ser infrutífero. O mais apropriado seria atuar sobre a estrutura do mercado, pois essa exerceria uma influência significativa sobre a conduta dos agentes no mercado.

O paradigma da estrutura-conduta-desempenho influenciou significativamente o controle de estruturas de mercado por ocasião de operações de concentração. O controle de atos de concentração está fundado na premissa de que a concentração de mercado gerada pela operação terá como consequência provável a adoção de condutas anticompetitivas.

⁵⁶⁷ Kip Vicusi, Joseph Harrington e John Vernon ensinam que os economistas da Universidade de Harvard “developed a general approach to the economic analysis of markets that is based on three key concepts: (1) structure, (2) conduct (or behavior), and (3) performance. They hypothesized a casual relationship between these three concepts: Structure (number of sellers, easy of entry, etc.) determines firm conduct (pricing, advertising, etc.), which then determines market performance (efficiency, technical progress)” (*Economics of regulation and antitrust*. 4ª ed. Cambridge, MA: The MIT Press, 2005, p. 62). Explica também Herbert Hovenkamp que “the S-C-P paradigm argued that certain industry structures, particularly high concentration accompanied by high entry barriers, dictate that the firms in that industry will engage in certain kinds of conduct, such as oligopoly behavior. This behavior would then lead to poor economic performance, namely, reduced output and monopoly prices” (*Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*, p. 43).

A visão estruturalista, fundada no paradigma da estrutura–conduta–desempenho, foi duramente criticada pela Escola de Chicago. O principal alvo das críticas era a presunção de adoção de condutas restritivas da concorrência e de mau desempenho do mercado em função exclusivamente de sua configuração estrutural. Sustentam os economistas ligados à Escola de Chicago que os efeitos benéficos gerados pela eficiência econômica (em função de economias de escala, por exemplo) podem compensar os eventuais prejuízos causados pelo aumento da concentração de poder no mercado.

Em que pese essa crítica, o aporte interessante trazido pela visão estruturalista é a percepção da implicação entre estrutura de mercado e seu funcionamento. A relação entre estrutura de mercado e conduta dos agentes econômicos, propugnada pela visão estruturalista (paradigma estrutura–conduta–desempenho) pode ser extrapolada para o setor de comunicação social. Essa extrapolação permite questionar se a busca de maior diversidade política e cultural no conteúdo difundido pela mídia não seria mais facilmente obtida por intermédio de uma estrutura de mercado no setor de comunicação social em que exista uma pluralidade de agentes independentes e autônomos.

Parece plausível sustentar, a partir da visão estruturalista, que a ocorrência de estruturas concentradas de mercado (pequeno número de veículos ou concentração da propriedade ou do controle nas mãos de poucos agentes) no setor de comunicação social tenderia a promover uma situação de menor pluralismo de informação e opiniões e de reduzida diversidade cultural⁵⁶⁸. Não se pode dizer que a organização estrutural leve automaticamente à adoção de determinada espécie de condutas pelos agentes econômicos. Pensamos, porém que a plausibilidade da relação não pode ser afastada.

O dispositivo constitucional que veda a ocorrência de estruturas monopolistas e oligopolistas no setor de comunicação social (art. 220, § 5º) parece, em certa medida, amparar-se na visão estruturalista. Ao proscrever a existência de estruturas

⁵⁶⁸ Michael O. Wirth e Harry Bloch relatam que “an early example of the application of industrial organization theory to analyzing the relation between market structure and conduct in media industries concerns the effect of market structure on program diversity in television” (“Industrial organization theory and media industry analysis”. In Gillian Doyle (ed.): *The economics of the mass media*. Cheltenham: Elgar, 2006, p. 122). Segundo esses autores, tais estudos concluíram, entre outras coisas, que “the degree of diversity of programming that results in the marketplace is shown to depend on whether the stations are independently owned or all controlled by a monopolist” (*Ibidem*, p. 122).

monopolistas e oligopolistas, o legislador constituinte busca assegurar que o setor de comunicação social seja capaz de promover o pluralismo de informação e de opiniões e a diversidade cultural necessários para o desenvolvimento da democracia.

2.1.5 – A contribuição do pensamento ordo-liberal

O pensamento ordo-liberal é identificado com a Escola de Freiburg (Alemanha). A Escola de Freiburg, legatária da tradição liberal do século XIX, acreditava que um sistema econômico competitivo seria necessário para o desenvolvimento de uma sociedade livre e justa⁵⁶⁹. Os principais nomes da Escola de Freiburg, surgida nos anos 1930, são Eucken, Böhm e Grossmann-Doerth⁵⁷⁰.

O pensamento ordo-liberal nasceu em função da perplexidade com o fracasso econômico da República de Weimar e o desenvolvimento da política econômica nazista. A preocupação do pensamento ordo-liberal estava centrada nas razões que levaram à tomada de poder político pelos Nazistas, em 1933. Por trás dessa preocupação estava a esperança de evitar a ocorrência de fenômeno semelhante no futuro. Na visão ordo-liberal, a falta de competição da economia alemã pós-Primeira Guerra Mundial, dominada por estruturas concentradas de poder (cartéis), teria sido uma das responsáveis pelo desenvolvimento do regime nazista. David Gerber acrescenta que, para os ordo-liberais, o fator principal que levou à conquista do poder político pelos Nazistas foi a acumulação e o mal-uso do poder; “o direito foi reduzido a uma ferramenta do poder político, o qual, por sua vez, foi reduzido a uma ferramenta do poder econômico”⁵⁷¹.

Os pensadores ordo-liberais preocuparam-se com a capacidade do sistema jurídico para prevenir a concentração e o mal-uso do poder econômico privado. O

⁵⁶⁹ David Gerber explica que “the Freiburg School thinkers agreed with earlier conceptions of liberalism in considering a competitive economic system to be necessary for a prosperous, free, and equitable society. They were convinced, however, that such a society could develop only where the market was imbedded in a ‘constitutional’ framework. This framework was necessary to protect the progress of competition from distortion, to assure that the benefits of the market were equitably distributed throughout society and minimize governmental intervention in the economy. This interpenetration of legal and economic ideas was the essence of the Freiburg School and of the ‘ordoliberal’ school of thought into which it developed” (*Law and competition in twentieth century Europe: protecting Prometheus*. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 232).

⁵⁷⁰ Para um panorama abrangente do pensamento ordo-liberal, ver Alan Peacock, Hans Willgerodt e Daniel Johnson (eds.): *German neo-liberals and the social market economy*. Londres: The MacMillan Press, 1989.

⁵⁷¹ *Law and competition in twentieth century Europe: protecting Prometheus*, p. 233.

direito deveria ter como missão proteger a sociedade contra a acumulação de poder⁵⁷². Assim como ao direito constitucional cabia a função de controlar o poder político; ao direito concorrencial deveria caber o encargo de controlar o poder econômico privado e assegurar a concorrência⁵⁷³.

Segundo David Gerber, o pensamento ordo-liberal aceitava duas premissas do pensamento liberal: (i) a concorrência é necessária para o desenvolvimento econômico e (ii) a liberdade econômica deve guiar a distribuição dos recursos econômicos⁵⁷⁴. No entanto, para a preservação da liberdade individual não bastava controlar o Estado (poder político), era preciso controlar também o poder econômico privado. Na visão ordo-liberal, a acumulação de poder econômico representava uma ameaça para as instituições de uma sociedade livre e democrática.

O pensamento ordo-liberal advogava um elevado grau de concorrência na economia. No entanto, ele não colocava a eficiência ou outros valores econômicos como a finalidade única do direito concorrencial. Segundo Calixto Salomão Filho, “para os representantes da Escola de Freiburg não é possível atribuir ao direito concorrencial qualquer tipo de objetivo econômico predeterminado, como a eficiência, por exemplo. Isso porque o sistema concorrencial não é um sistema cujos efeitos, todos eles, podem ser previstos e aqueles desejáveis selecionados, de modo a orientar a feitura e aplicação da lei”⁵⁷⁵.

O direito concorrencial, ao assegurar uma pluralidade de opções (em termos de produtos e serviços, preços, qualidade etc.) e uma efetiva competição entre os agentes econômicos, permitiria a descoberta, pelos consumidores, das melhores opções econômicas. Nesse sentido, Calixto Salomão Filho afirma que “para os ordo-liberais, a

⁵⁷² David Gerber lembra que “relying on legal discourse, the ordoliberals added a ‘constitutional’ dimension to their analysis of economic problems. A community’s political constitution and its choices in using law to implement that constitution, they said, must ultimately established the characteristics of its economic system. Economic system did not just ‘happen’; they were ‘formed’ through political and legal decision-making. These fundamental choices determined a nation’s ‘economic constitution’ (*Wirtschaftsverfassung*)” (*Law and competition in twentieth century Europe: protecting Prometheus*, p. 245).

⁵⁷³ Com relação à concepção do direito concorrencial sustentada pela Escola Ordo-liberal, observa David Gerber que ela “focused attention on one core problem – private economic power. From the ordoliberal perspective, such power necessarily threatened the competitive process, and the primary function of competition law was to eliminate it or at least prevent its harmful effects” (*Law and competition in twentieth century Europe: protecting Prometheus*, p. 251).

⁵⁷⁴ *Law and competition in twentieth century Europe: protecting Prometheus*, p. 240.

⁵⁷⁵ *Direito concorrencial: as estruturas*, p. 26.

grande vantagem do sistema concorrencial está, exatamente, no fato de que, através da transmissão de informações e da existência de liberdade de escolha, o sistema de mercado permite descobrir as melhores opções existentes e o comportamento mais racional a adotar⁵⁷⁶.

Uma preocupação particular da visão ordo-liberal que merece ser ressaltada é com a dispersão do poder econômico. Na visão ordo-liberal, a concentração de poder econômico era vista de forma suspeita. A concentração do poder econômico conflitava e colocava em risco a proteção da liberdade econômica individual. Além disso, para evitar riscos para o sistema econômico e as instituições políticas, o poder econômico deveria ser diluído na maior extensão possível.

Na aplicação do direito concorrencial ao setor de mídia, as principais idéias do pensamento ordo-liberal merecem ser consideradas seriamente. Tendo em vista os valores e princípios que regem o setor de comunicação social – pluralidade de informação e diluição do poder – a doutrina concorrencial e a jurisprudência administrativa deveriam se indagar sobre o papel da concorrência e questionar se a eficiência econômica merece ser colocada em uma posição de primazia. Estamos seguros que o pensamento ordo-liberal fornece um instrumental mais apto para responder a essas questões do que a visão neoclássica da Escola de Chicago.

2.2 – O controle dos atos de concentração de empresas na Lei 8.884/94

A Lei nº 8.884, de 11.06.1994, além de dispor sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça⁵⁷⁷.

⁵⁷⁶ *Direito concorrencial: as estruturas*, pp. 27-28. Segundo o autor, a visão do sistema concorrencial como um *processo de descoberta* é atribuída a Friedrich von Hayek (*Ibidem*, p. 28). Hayek afirma que “competition is essentially a process of the formation of opinion: by spreading information, it creates that unity and coherence of the economic system which we presuppose when we think of it as a market. It creates the views people have about what is best and cheapest, and it is because of it that people know at least as much about possibilities and opportunities as they in fact do” (“The meaning of competition”. In *Individualism and economic order*. Chicago: The University of Chicago Press, 1948, p. 106).

⁵⁷⁷ O sistema brasileiro de defesa da concorrência é composto (i) pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, (ii) pela Secretaria de Direito Econômico – SDE e (iii) pela Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE. O CADE é uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça

A Lei nº 8.884, de 1994, é designada, por alguns autores, como a lei brasileira de defesa da concorrência e, por outros autores, como lei antitruste brasileira.

No tocante ao âmbito de incidência, a Lei nº 8.884, de 1994, em seu art. 2º, estabelece que ela é aplicável às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos. Para finalidade de aplicação da lei brasileira de defesa da concorrência, o § 1º do art. 2º reputa como domiciliada no Brasil a empresa estrangeira que opere ou tenha filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante no território nacional. Complementando esse dispositivo, o art. 15 da Lei nº 8.884, de 1994, deixa claro que o diploma legal é aplicável a todas as empresas situadas em território nacional, inclusive aos veículos de comunicação social (emissoras de radiodifusão, prestadoras de serviços de televisão por assinatura, empresas jornalísticas, revistas, etc.)⁵⁷⁸.

De acordo com a Lei nº 8.884, de 1994, o CADE possui, de um lado, o papel repressivo no tocante à prática de infrações à ordem econômica e, de outro lado, o papel de controle de estruturas de mercado, realizado, sobretudo, em razão da análise de atos de concentração econômica. O controle dos atos de concentração de empresas é disciplinado pela Lei nº 8.884, de 1994, em seu art. 54. O papel repressivo do CADE, chamado controle de condutas dos agentes econômicos, foi disciplinado, sobretudo, pelos arts. 20 e 21 da Lei nº 8.884, de 1994.

Na visão da doutrina concorrencial, o controle dos atos de concentração se justifica na medida em que a concentração econômica, ao diminuir o número de agentes concorrentes no mercado, facilita a adoção de condutas anticompetitivas que podem gerar

cuja função principal é de julgar processos relativos a atos de concentração econômica e infrações à ordem econômica. A SDE é órgão do Ministério da Justiça responsável por instruir a análise concorrencial dos atos de concentração econômica e investigar infrações à ordem econômica. Já a SEAE é órgão do Ministério da Fazenda responsável por emitir pareceres econômicos em atos de concentração, investigar condutas para oferecer representação à SDE, bem como elaborar facultativamente pareceres em investigações sobre condutas anticoncorrenciais. Os pareceres fornecidos pela SDE e SEAE não são vinculativos, cabendo ao CADE, na qualidade de última instância administrativa, decidir sobre os processos que tratam de condutas anticoncorrenciais e de operações de concentração econômica.

⁵⁷⁸ Nesse sentido, determina o art. 15 da Lei nº 8.884, de 1994, o seguinte: “esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal”.

efeitos maléficos para o bem-estar econômico da coletividade⁵⁷⁹. Lucia Helena Salgado observa, com propriedade, que “se os benefícios de fusões e aquisições são ambíguos, o aumento de poder de mercado e da oportunidade de comportamentos colusivos são menos incertos”⁵⁸⁰. Na sistemática da Lei nº 8.884, de 1994, compete ao CADE realizar o controle dos atos de concentração, avaliando os efeitos dessas operações, de forma a prevenir a ocorrência de excessiva concentração de mercado e zelar pela manutenção das condições de concorrência em determinado setor da economia.

2.2.1 – As finalidades da Lei nº 8.884/94

Ao tratar de sua finalidade, a Lei nº 8.884, de 1994, em seu art. 1º, estabelece que a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica devem ser orientadas pelos ditames constitucionais da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Completando o artigo, o parágrafo único dispõe que “a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei”.

A Lei nº 8.884, de 1994, estabeleceu como sua finalidade o atendimento de alguns princípios constitucionais disciplinadores da atividade econômica, previstos no art. 170 da Constituição Federal. Essa vinculação explícita entre a finalidade da Lei nº 8.884, de 1994, e apenas alguns princípios constitucionais parece levar parte da doutrina concorrencial a sustentar que os objetivos da lei de defesa da concorrência seriam apenas aqueles constantes em seu art. 1º⁵⁸¹.

⁵⁷⁹ Lawrence Sullivan e Warren Grimes esclarecem que “the aim of merger enforcement is to prevent the creation of market power. It anticipates potential market abuses arising from power rather than responding to those that have already occurred. This prophylactic aspect makes merger control at once a powerful and effective enforcement tool, yet one laden with the uncertainties inherent in predicting the future effects of market conduct. The goal of merger enforcement is to stop those combinations with likely anticompetitive consequences that outweigh likely competitive benefits. No matter how well grounded in economic theory and historical experience, there is a speculative dimension to such predictions about future competitive effects” (*The law of antitrust: an integrated handbook*, p. 511).

⁵⁸⁰ *A economia política da ação antitruste*, p. 164. Neide Teresinha Malard (Conselheira-Relatora do Ato de Concentração do CADE nº 20/94, de 22.02.1995, Requerente: CBV Indústria Mecânica S.A. In DOU de 03.03.1995, Seção I, p. 2.892) esclarece que “o objetivo primacial do controle dos atos de concentração econômica e dos acordos entre as empresas, previstos na lei referenciada [Lei nº 8.884, de 1994], é prevenir a criação de estruturas concentradas que facilitem o exercício ou o aumento do poder de mercado de uma empresa ou grupo de empresas, em prejuízo da concorrência” (José Inácio Gonzaga Franceschini: *Introdução ao direito da concorrência*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 109).

⁵⁸¹ Amparados no teor do art. 1º da Lei nº 8.884, de 1994, José Inácio Gonzaga Franceschini e Edgard Antonio Pereira chegam a sustentar que, considerando uma exegese sistemática e teleológica, a Lei 8.884, de 1994, teria como objetivo inequívoco a eficiência econômica (“As eficiências econômicas sob o prisma

Nesse ponto, cabe a indagação: poderia a aplicação da Lei nº 8.884, de 1994, objetivar outros princípios e finalidades que não apenas aqueles constantes de seu art. 1º? Entendemos que sim⁵⁸². Parece-nos que, ainda que não expressos no art. 1º, outros princípios e valores consagrados na Constituição Federal devem ser buscados ou protegidos pela aplicação da Lei nº 8.884, de 1994, tais como: o valor social do trabalho (art. 1º, IV e art. 170 da CF); a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I da CF); o desenvolvimento nacional (art. 3º, II da CF); a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III e art. 170, VII da CF); a busca do pleno emprego (art. 170, VIII da CF). Parece ser também essa a opinião de Paula Forgioni; segundo a autora, “a nossa Lei 8.884/94 tem o declarado objetivo de ‘assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social’ (art. 170 da CF)”⁵⁸³.

2.2.2 – Controle das estruturas de mercado: as regras do art. 54 e seus parágrafos

O controle das estruturas de mercado é disciplinado pelo art. 54 da Lei nº 8.884, de 1994. Referido dispositivo legal estabelece a obrigatoriedade de submissão ao CADE de determinadas operações econômicas que gerem um impacto sobre a estrutura do mercado, colocando em risco a livre concorrência entre os agentes econômicos. Segundo os termos do art. 54, “os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE”⁵⁸⁴.

jurídico” *Revista de Direito Econômico* (CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica), nº 23, abr./jun. 1996, pp. 25-37).

⁵⁸² Merece ser reproduzido o comentário de Eros Roberto Grau sobre a finalidade da Lei nº 8.884, de 1994. Para o autor, “a expressa referência aos ‘ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico’ e a afirmação de que ‘a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei’, definem a amplitude do conteúdo da Lei nº 8.884/94. Ela não é, meramente, uma nova lei antitruste; assim, seu fundamento constitucional não se encontra apenas, exclusivamente, no § 4º do art. 173 da Constituição de 1988 – trata-se de lei voltada à *preservação do modo de produção capitalista*” (*A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 195).

⁵⁸³ *Os fundamentos do antitruste*, p. 153.

⁵⁸⁴ O § 3º do art. 54 da Lei nº 8.884, de 1994, ao consagrar a presunção de que determinados atos têm o potencial de prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes, facilita a identificação das operações que devem ser apresentadas à apreciação do CADE. O § 3º do art. 54 estabelece que ficam incluídos entre os atos que têm o potencial de prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em (a) 20% de um mercado relevante, ou (b) em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400 milhões de reais. De acordo com a Súmula

O art. 54, como se verifica logo de plano, não trata exclusivamente de operações de concentração econômica, embora os atos de concentração sejam uma forma comum e disseminada de atingimento de posição dominante em determinado mercado relevante. O dispositivo legal fala em atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços. A amplitude do dispositivo legal permite afirmar que não só operações de concentração econômica devem ser apresentadas para apreciação do CADE, mas qualquer ato que possa limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços. São efeitos alternativos, ou seja, ocorrendo prejuízo à livre concorrência ou dominação de mercado relevante, deve o ator ser notificado⁵⁸⁵.

nº 1 do CADE, “na aplicação do critério estabelecido no art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94, é relevante o faturamento bruto anual registrado exclusivamente no território brasileiro pelas empresas ou grupo de empresas participantes no ato de concentração”. O disposto no § 3º do art. 54 não substitui ou limita a regra geral prevista no *caput* do artigo, apenas complementa-a de forma a tornar mais fácil a identificação das operações de concentração econômica que devem ser submetidas ao CADE para aprovação. A propósito, esclarece Ana Maria de Oliveira Nusdeo que “qualquer operação que se enquadre em um ou nos dois critérios estabelecidos no parágrafo tem de ser submetida à apreciação do CADE. Além disso, concentrações que não atinjam esses limites também devem ser apresentadas desde que, potencialmente, prejudiquem a livre concorrência ou resultem em dominação de mercado relevante de bens ou serviços. (...) A interpretação que parece mais adequada, porém, é no sentido de que todas as operações que se enquadrem nos parâmetros do § 3º devem ser apresentadas ao CADE, que irá aprová-las caso não imponham riscos à livre concorrência” (*Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, pp. 227-228). No mesmo sentido, Maria Cecília Andrade: *Controle de concentrações de empresas: estudo da experiência comunitária e aplicação do artigo 54 da Lei 8.884/94*. São Paulo: Singular, 2002, p. 327. Em sentido contrário, Tércio Sampaio Ferraz Jr. entende que o critério do faturamento não impõe obrigatoriedade de notificação caso o ato de concentração não prejudique potencialmente a concorrência ou conduza à dominação de mercado (“Das condições de obrigatoriedade de comunicação de atos de concentração”. *Revista do IBRAC – Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo*, vol. 5, nº 2, 1998, pp. 7-16). Sobre o assunto, ver também Mauricio de Moura Costa: “A presunção do caráter anticoncorrencial das operações de concentração visadas pela Lei 8884/94”. *Revista do IBRAC – Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo*, vol. 5, nº 6, pp. 5-15.

⁵⁸⁵ Cf. Maria Cecília Andrade: *Controle de concentrações de empresas: estudo da experiência comunitária e aplicação do artigo 54 da Lei 8.884/94*, p. 320. Esclarece a autora que “em relação ao primeiro efeito [prejuízo à livre concorrência], poderiam desencadeá-lo não apenas as concentrações de empresas, mas também aqueles atos tidos como ‘concertações empresariais’, por exemplo, acordos de cooperação, pesquisa e desenvolvimento, acordos ou contratos de distribuição exclusiva, decisões de empresas, ou de associações de empresas, práticas de vendas casadas, práticas de discriminação de preços, enfim, qualquer espécie de arranjo empresarial que possa afetar a livre concorrência no mercado relevante de bens e de serviços. Quanto ao segundo efeito [dominação de mercado relevante], verifica-se a inserção do conceito de posição dominante oriundo do direito europeu, substituindo aquele de posição monopolística vigente na Lei 4.137/62. A aquisição ou o reforço do domínio é que deverão ser apreciados, pois a lei fala de forma genérica em dominação de mercados, o que significa que devem estar incluídos não apenas aqueles atos que impliquem a aquisição de um domínio, mas também aqueles que reforçam uma posição que aquela empresa ou grupo de empresas já detinha previamente” (*Ibidem*, p. 320).

A abrangência do art. 54 da Lei nº 8.884, de 1994, engloba também os atos de cooperação econômica que tenham o potencial de prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercado relevante.

Como é sabido, a doutrina concorrencial identifica no art. 54 da Lei nº 8.884, de 1994, o fundamento para o controle pelo CADE das operações de concentração econômica. Segundo Nuno T. P. Carvalho, “concentração de empresas é todo ato de associação empresarial, seja por meio da compra parcial ou total dos títulos representativos de capital social (com direito a voto ou não), seja através da aquisição de direitos e ativos, que provoque a substituição de órgãos decisórios independentes por um sistema unificado de controle empresarial”⁵⁸⁶. A unificação do centro decisório é, portanto, um elemento fundamental para fim de caracterização de concentração empresarial para o direito concorrencial.

Em linha com a redação do art. 54 da Lei nº 8.884/1994, temos que a concentração de mercado decorre da celebração de um ato ou negócio jurídico por dois ou mais agentes econômicos. Para efeitos de submissão da operação de concentração, pouco importa a forma jurídica do ato. Independentemente da forma ou do instrumento jurídico utilizado, o que conta é a ocorrência de unificação do centro decisório em função da concentração econômica.

É preciso, porém, fazer um esclarecimento sobre a aplicação da Lei nº 8.884, de 1994. Ela estabelece o controle de estruturas de mercado para o caso de atos de concentração ou cooperação. A concentração do mercado gerada pelo crescimento interno da empresa não é entendida como passível de controle pelos órgãos de defesa da concorrência⁵⁸⁷. Nesse sentido, afirmou Neide Teresinha Malard (Conselheira-Relatora do Ato de Concentração do CADE nº 6/94, de 25.11.1994, Requerentes: Eternit S.A. e Brasilit S.A. In DOU de 14.12.1994, Seção I, p. 19.402): “A Lei n. 8.884/94, atualmente em vigor,

⁵⁸⁶ *As concentrações de empresas no direito antitruste (regime das concentrações empresariais)*. São Paulo: Resenha Tributária, 1995, pp. 91-92.

⁵⁸⁷ A propósito, dispõe o § 1º do art. 20 da Lei nº 8.884, de 1994, que a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência do agente econômico em relação aos seus competidores não caracteriza o ilícito correspondente à dominação de mercado relevante de bens ou serviços. Assim, afirma-se que “se há maior eficiência, nada se deve punir” (Paula Forgioni: “Posição dominante e seu abuso”. *Revista de Direito Econômico* (CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica), nº 26, ago./dez. 1997, p. 110). Esse favorecimento pelo direito concorrencial do crescimento interno explica-se, segundo Calixto

a exemplo da anterior, a Lei n. 8.158/91, acolheu o sistema do abuso, e não o da ilegalidade ‘per se’. Assim, não reprime o poder econômico obtido por meios lícitos, em virtude, por exemplo, da superioridade tecnológica, da qualidade do produto ou da eficiência do agente, e nem se controla o crescimento interno da empresa. O monopólio natural, decorrente da capacidade da empresa de conquistar mercados, em função da superioridade de seus produtos ou da ineficiência de seus concorrentes é, para o direito, um fato neutro e, se a empresa não abusar de sua posição dominante, não se cogitará de reprimir o monopólio por ela obtido”⁵⁸⁸.

Da leitura do art. 54 verifica-se que a Lei nº 8.884, de 1994, considerou ilícitos os atos de concentração ou cooperação empresarial que impliquem prejuízo ou limitação da livre concorrência ou resultem na dominação de mercados relevantes, exceto se esse ato for aprovado pelo CADE. Segundo a Lei nº 8.884, de 1994, ao CADE compete, assim, avaliar se determinada operação implica concentração ou cooperação econômica prejudicial ou limitadora da livre concorrência ou que possa resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços.

Vale observar que, na sistemática da Lei nº 8.884/1994, todos os atos de concentração sujeitos ao controle do CADE serão celebrados com cláusula resolutiva tácita, ficando sua eficácia condicionada à aprovação pelo CADE (art. 54, § 7º). Enquanto a autorização do CADE não for concedida, o negócio jurídico terá plena eficácia⁵⁸⁹.

Ainda que implique concentração econômica, uma determinada operação pode ser aprovada caso determinadas condições sejam preenchidas. Nesse sentido, o CADE, no exercício de sua função de órgão julgante⁵⁹⁰, pode aprovar as operações a ele

Salomão Filho, pelo fato de que “só no caso de crescimento interno pode-se ter certeza que os ganhos de eficiência foram repartidos com os consumidores” (*Direito concorrencial: as estruturas*, p. 245).

⁵⁸⁸ José Inácio Gonzaga Franceschini: *Introdução ao direito da concorrência*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 91. Em outra ocasião, afirmou Neide Teresinha Malard (Conselheira-Relatora do Processo Administrativo nº 61/92, de 14.02.1996; Representante: Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e Capitalização, Representada: Associação Médica Brasileira – AMB. In DOU de 28.02.1996, Seção I, p. 2.850): “Se a eliminação de um concorrente se dá em razão da superioridade tecnológica de certo produto ou serviço, não há falar em prejuízo para o mercado, pois a preferência do consumidor foi soberanamente canalizada para algo que ele considera melhor ou mais barato” (José Inácio Gonzaga Franceschini: *Lei da concorrência conforme interpretada pelo CADE*. São Paulo: Editora Singular, 1998, p. 437).

⁵⁸⁹ Nesse sentido, ver Paula Forgioni: *Os fundamentos do antitruste*, p. 198; e Ana Maria de Oliveira Nusdeo: *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 226.

⁵⁹⁰ A doutrina concorrencial brasileira discute se a atuação do CADE configura ato vinculado (juízo de legalidade) ou discricionário (juízo de conveniência e oportunidade). Para Paula Forgioni, a valoração da

submetidas por força do art. 54 da Lei nº 8.884, de 1994, caso elas atendam às condições previstas no § 1º do art. 54, a saber:

- I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente: (a) aumentar a produtividade, (b) melhorar a qualidade de bens ou serviço, ou (c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;
- II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos eqüitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;
- III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;
- IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

O § 1º do art. 54 permite, portanto, que o CADE aprove determinada operação que implique concentração econômica desde que tal ato tenha por objetivo (i) aumentar a produtividade, e/ou (ii) melhorar a qualidade de bens ou serviços, e/ou (iii) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico. E também atenda às exigências de (a) distribuir eqüitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro, os benefícios decorrentes, (b) não promover a eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços, e (c) observar os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados⁵⁹¹.

A lei partiu do pressuposto de que a concentração econômica, ao mesmo tempo em que pode criar ou aumentar o poder de mercado e facilitar a adoção de condutas

operação pelo CADE é realizada através de um juízo de conveniência e oportunidade (*Os fundamentos do antitruste*, p. 379). Já para Ana Maria de Oliveira Nusdeo trata-se de ato vinculado (*Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, pp. 72-73).

⁵⁹¹ Gesner de Oliveira sustenta que “a análise das eficiências associadas à operação somente se faz necessária naqueles casos em que há prejuízo à livre concorrência. Assim, as operações que não prejudicam ou limitam a livre concorrência devem ser aprovadas pela autoridade antitruste sem necessidade de análise das

anticompetitivas, permite a realização de eficiências econômicas. Normalmente, a concentração econômica produz os dois efeitos⁵⁹².

Vale observar que a letra da lei não exige que o ato efetivamente implique aumento de produtividade, melhore a qualidade de bens e serviços ou gere maior eficiência econômica ou desenvolvimento tecnológico ou econômico⁵⁹³. O sentido aqui é o de potencialidade. Com efeito, no momento da realização da operação, não se pode assegurar que os pretendidos efeitos benéficos serão concretizados⁵⁹⁴. Compete à autoridade administrativa, nesse sentido, avaliar a probabilidade e plausibilidade de efetivação dos pretendidos efeitos benéficos e não controlar a sua efetiva ocorrência.

O § 2º do art. 54 estabelece ainda a possibilidade de serem considerados legítimos determinados atos de concentração quando necessários por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum, desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final, e desde que atendam de forma cumulativa pelo menos três das condições previstas nos incisos do § 1º do art. 54.

Como se verifica do exposto, no sistema da Lei nº 8.884, de 1994, as operações que gerem concentração econômica não são consideradas ilícitas *per se*. Ao

eficiências, ou seja, devem ser aprovadas mesmo que não apresentem eficiências associadas à operação (*Concorrência: panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 26).

⁵⁹² A propósito, explica Herbet Hovenkamp que “the most difficult problem in determining an appropriate merger policy is that the field of mergers cannot be divided into mergers that encourage collusion or increase market power on the one hand, and mergers that create efficiency on the other. Many mergers do both at once. To be sure, there are cases at the extremes where we can confidently predict that the efficiency produced by a particular merger far outweighs the predictable danger of noncompetitive behavior, or vice-versa. But many legally questionable mergers produce ambiguous results” (*Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*, p. 501).

⁵⁹³ Destacando que o inciso I do § 1º do art. 54 da Lei nº 8.884, de 1994, requer o preenchimento de condições ao menos *alternativas* para a admissão da operação de concentração, Marcelo Monteiro Soares (Conselheiro-Relator do Ato de Concentração nº 5/94, de outubro de 1995, Requerentes: Carborundum do Brasil Ltda. e Norton S.A. Indústria e Comércio) assevera que “a Lei nº 8.884, em seu art. 54, parágrafo 1º, impõe o preenchimento de algumas condições para a admissão de integrações que possam conduzir à concentração econômica, condições estas que são praticamente as mesmas daquelas exigências previstas na lei anterior. Assim, deve a concentração ter como objetivo aumentar a produtividade ou melhorar a qualidade de bens ou serviços, ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico, serem os benefícios dela decorrentes distribuídos equitativamente entre as partes e os consumidores; não implicar eliminação da concorrência de parte substancial do mercado relevante; e realizar-se nos limites necessários ao atingimento dos objetivos visados” (José Inácio Gonzaga Franceschini: *Lei da concorrência conforme interpretada pelo CADE*. São Paulo: Editora Singular, 1998, p. 416).

⁵⁹⁴ Nesse sentido, reconhece o *Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal* da SDE/SEAE (publicado na *Revista de Direito da Concorrência* nº 11, jul./set. 2006, pp. 212-237) que “os incrementos de eficiência são difíceis de se verificar e quantificar, em parte porque as informações

invés de estabelecer proibições absolutas à realização de atos de concentração, a lei antitruste brasileira confere ao CADE uma prerrogativa, significativamente ampla, de identificar compensações à redução da concorrência e assim aprovar determinado atos de concentração⁵⁹⁵. Tudo se passa como se a lei brasileira considerasse que os atos de concentração têm o potencial de produzir mais efeitos positivos para a economia como um todo e que eventuais efeitos nocivos podem ser compensados pela verificação de benefícios e pela repartição de tais benefícios com os consumidores.

O art. 54 da Lei nº 8.884, de 1994, reconhece assim certos benefícios de caráter econômico como idôneos a compensar a redução da concorrência gerada por determinado ato de concentração de empresas⁵⁹⁶. A eficiência econômica é o principal benefício econômico reconhecido por lei como tendo o condão de compensar a redução da concorrência. Dela trataremos de forma mais detida no subitem abaixo.

Na hipótese de não serem atendidas as condições legais para aprovação do ato de concentração e não havendo possibilidade de imposição de condições para a aprovação, o CADE deve negar-lhe aprovação. A desaprovação do ato de concentração pelo CADE, esclareça-se, implica a necessidade de desconstituição, total ou parcial, da operação⁵⁹⁷.

necessárias se referem a eventos futuros. Em particular, incrementos de eficiência projetados, ainda que com razoável boa fé, podem não se concretizar”.

⁵⁹⁵ Comentando sobre a análise de atos de concentração pelo CADE, observa Ana Maria de Oliveira Nusdeo o seguinte: “as operações nas quais o CADE entenda que há riscos à concorrência, no entanto, não são por si só ilícitas, pois caso satisfaçam as exigências do § 1º ou do § 2º do art. 54 podem ser aprovadas pelo colegiado. As condições estabelecidas no § 1º, assim, dizem respeito, por um lado, ao aumento da eficiência econômica (alíneas ‘a’ e ‘c’ do inciso I); por outro lado, abrem espaço à apresentação de uma defesa mais próxima a objetivos de política industrial, mencionado o desenvolvimento tecnológico e econômico (alínea ‘c’). Em ambos os casos, independentemente do montante do benefício propiciado pela operação no tocante aos critérios do inciso I, a concentração não pode ser aprovada se não forem satisfeitos os demais requisitos dos incisos II a IV. O § 2º, por sua vez, amplia a flexibilidade do sistema para a possível aprovação de operação de maior potencial ofensivo à concorrência, caso os benefícios dela decorrentes, por sua vez, possam ser considerados relevantes ao interesse nacional e ao bem comum” (*Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 228).

⁵⁹⁶ A idéia de que a análise de uma operação de concentração, sob um prisma exclusivamente econômico – preocupado com a eficiência econômica –, assemelha-se a uma ciência exata ou confere certeza matemática aos resultados é falsa. Segundo Robert Pitofsky, “there is no reliable way to determine either the pro- or anti-competitive effect of that merger with anything approaching scientific reliability. As a result, antitrust enforcement along economic lines already incorporates large doses of hunch, faith, and intuition” (“The political content of antitrust”. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 127, nº 4, 1979, p. 1065).

⁵⁹⁷ Para Calixto Salomão Filho, “ao CADE não compete determinar a forma societária pela qual a desconstituição será processada. Ele deve apenas decidir pela desaprovação total ou parcial. Cabe, então, às partes decidir a melhor forma de fazê-lo e submeter o plano de desconstituição ao CADE para aprovação. Competirá, ao CADE, no momento da análise do plano de desconstituição, verificar se a alternativa apresentada é suficiente para eliminar a ameaça existente de dominação de mercados” (*Direito*

Além da aprovação e da negação de um ato de concentração, o CADE pode aprovar a operação sob condições a serem fixadas em compromisso de desempenho, a ser acordado entre as partes responsáveis pelo ato, para a finalidade de assegurar o cumprimento das condições estabelecidas no § 1º do art. 54⁵⁹⁸. Dispõe ainda a Lei nº 8.884, de 1994, que o Plenário do CADE, ao definir os termos do compromisso de desempenho, deve levar em consideração o grau de exposição do setor à competição internacional e as alterações no nível de emprego, dentre outras circunstâncias relevantes. Nos compromissos de desempenho devem constar metas qualitativas e quantitativas em prazos pré-definidos, cujo cumprimento será acompanhado pela Secretaria de Direito Econômico – SDE.

2.2.3 – Eficiência como excludente de ilicitude nos atos de concentração

O controle dos atos de concentração previsto na Lei nº 8.884, de 1994, atribui ao órgão competente para tal tarefa (CADE) a decisão de arbitrar entre dois valores fundamentais para o direito da concorrência: a proteção da concorrência e a realização de determinados benefícios julgados importantes para o mercado (eficiência econômica) e para a sociedade (bem-estar do consumidor).

Observa Ana Maria de Oliveira Nusdeo que “a eficiência é uma das defesas que podem ser invocadas na aprovação dos atos de concentração econômica descritos no inciso I do § 1º do art. 54 da Lei 8.884, de 1994, desde que atendidos os requisitos dos demais incisos. A eficiência como defesa à concentração não se limita à

concorrencial: as estruturas, p. 311). Na mesma linha, observa Ana Maria de Oliveira Nusdeo que “o desfazimento da operação, no entanto, não decorre automaticamente da decisão do CADE, que não tem natureza desconstitutiva. Assim, não lhe cabe determinar de que forma as partes irão se adaptar à decisão, o que recai sob sua autonomia e liberdade de iniciativa” (*Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 229).

⁵⁹⁸ A propósito do compromisso de desempenho, esclarece Pedro Dutra o seguinte: “o objetivo do compromisso de desempenho é especializar as eficiências previstas na Lei. Ele serve para especializar as eficiências que estão no Artigo 54, Parágrafo 1º. Esta vinculação é inafastável – ele não serve para criar eficiências, para revelá-las e não serve também para substituir (...) a negação do órgão de defesa da concorrência; o compromisso de desempenho serve para especializar as eficiências previstas no artigo 54” (“A concentração do poder econômico: aspectos jurídicos do art. 54, da Lei 8884/94”. *Revista do IBRAC – Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo*, vol. 3, nº 8, ago. 1996, pp. 18-19). No mesmo sentido manifesta-se Calixto Salomão Filho: “o compromisso de desempenho só pode ser admitido quando o órgão de controle puder razoavelmente admitir que as hipóteses previstas no art. 54, § 1º, verificar-se-ão. E que se trata apenas de estabelecer prazos para assegurar seu cumprimento. É necessário, portanto, não apenas que as partes tenham mencionado tais metas em seu pedido de aprovação, mas também que o CADE esteja convencido de elas serão obtidas” (*Direito concorrencial: as estruturas*, p. 304).

alínea ‘c’ do inciso I do § 1º do art. 54, que a menciona expressamente, incluindo-se também nas alíneas ‘a’ e ‘b’, uma vez que o aumento da produtividade; a melhora da qualidade de bens e o próprio desenvolvimento tecnológico são formas de eficiência”⁵⁹⁹.

O *Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal*, anexo à Portaria Conjunta SDE/SEAE nº 50, de 01.08.2001, embora não tenha natureza vinculante, estabelece um roteiro orientador do trabalho de seus técnicos encarregados do preparo dos pareceres da SEAE e da SDE. Segundo o documento, a análise dos atos de concentração seria composta das seguintes etapas: (i) definição do mercado relevante, (ii) determinação da parcela do mercado, (iii) exame da probabilidade de exercício de poder de mercado, (iv) exame das eficiências econômicas geradas pelo ato, e (v) avaliação dos efeitos líquidos do ato⁶⁰⁰.

Observadas as etapas do roteiro acima, assinala o *Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal* que “se, por um lado, o exercício de poder de mercado reduz o bem-estar econômico, os eventuais incrementos de produtividade, melhorias na qualidade, maior diversidade de produtos, entre outros possíveis efeitos da concentração, representam um aumento do bem-estar econômico. A SEAE e a SDE estabelecerão, como critério básico para a emissão de um parecer favorável à operação, os atos que tenham um efeito líquido não-negativo sobre o bem-estar econômico”. O documento especifica ainda que produzem um “efeito líquido não-negativo, as concentrações: (a) que não gerarem o controle de uma parcela substancial de mercado, ou (b) que gerarem o controle de parcela substancial de mercado em um mercado em que seja improvável o exercício do poder de mercado, ou (c) que gerarem o controle de parcela substancial de mercado em um mercado em que seja provável o exercício do poder de mercado, mas cujos potenciais efeitos negativos, derivados da possibilidade de exercício do poder de mercado, não sejam superiores aos potenciais incrementos de bem-estar gerados pela concentração”.

Isso significa que, em princípio, não há que se falar em ilicitude *per se* dos atos de concentração de empresas (isto é, sem consideração do contexto em que se

⁵⁹⁹ *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 243.

⁶⁰⁰ O *Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal* foi publicado na *Revista de Direito da Concorrência* nº 11, jul./set. 2006, pp. 212-237.

verificaram e/ou dos efeitos produzidos), sendo possível às empresas objeto da operação de concentração demonstrar que a concentração, ainda que implique restrição à livre iniciativa ou domínio de mercado relevante, tem o potencial de gerar bons efeitos econômicos (ganhos de eficiência, por exemplo) e que os danos à concorrência são inofensivos ou de pequena amplitude⁶⁰¹.

Na opinião de Pedro Dutra, “como compensação ao fenômeno natural da concentração do poder, que se verifica em todas as economias de livre mercado, a Lei estabeleceu as eficiências para balancear a nocividade da concentração do poder econômico. Presentes as eficiências, os efeitos do ato deixam de ser nocivos à concorrência. Ele passa a ser admitido plenamente, não mais fala-se em restrição à livre concorrência. A natureza das eficiências está descrita no mesmo artigo 54; se o órgão julgador constatar que as eficiências estão presentes e expressas, não pode ele desaprovar o ato – tem de aprová-lo”⁶⁰². Neide Teresinha Malard, a seu turno, ressalta que é fato que “as leis antitruste não constituem, em geral, obstáculo à maioria das integrações, permitindo que as empresas atinjam as eficiências que almejam. Se as partes demonstrarem de forma clara e convincente que através da integração poderão alcançar essas eficiências, a transação será provavelmente autorizada, desde que satisfeitos os demais requisitos”⁶⁰³. Ainda segundo o *Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal* da SDE/SEAE, “as eficiências específicas à concentração econômica horizontal podem se dar sob a forma de economias de escala, de escopo, da introdução de uma tecnologia mais

⁶⁰¹ A propósito, o *Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal* da SDE/SEAE afirma que “não é possível definir, em princípio, se concentrações afetam positiva ou negativamente o bem-estar econômico. Para se saber qual o efeito de um ato de concentração, é necessária a análise específica de cada caso. A compreensão de que os atos de concentração envolvem potencialmente efeitos negativos e positivos e que, por isso, não podem ser *per se* aprovados ou reprovados, encontra-se consagrada na lei de defesa da concorrência, pela exigência da ponderação das eficiências de cada ato *vis-à-vis* seus efeitos negativos, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 54” (*Revista de Direito da Concorrência* nº 11, jul./set. 2006, p. 216).

⁶⁰² “A concentração do poder econômico: aspectos jurídicos do art. 54, da Lei 8884/94”. *Revista do IBRAC – Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo*, vol. 3, nº 8, ago. 1996, p. 18. José Júlio Borges da Fonseca lembra que, no regime da lei concorrencial brasileira, “cada situação concreta merece exame, a fim de se avaliarem as vantagens e desvantagens decorrentes do ato ou prática. Isso porque nem todo ajuste ou concentração são anticoncorrenciais e, ainda que o sejam, podem ser admitidos, em razão dos benefícios que trazem à coletividade” (*Direito antitruste e regime das concentrações empresariais*. São Paulo: Atlas, 1997, pp. 26-27).

⁶⁰³ “Integração de empresas: concentração, eficiência e controle”. *Revista do IBRAC – Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo*, vol. 1, nº 4, nov. 1994, p. 51. Sobre o assunto, é interessante registrar a crítica de Calixto Salomão Filho, para quem “a eficiência constitui-se em um dos maiores se não o maior motor de promoção de políticas econômicas de concentração de empresas. No Brasil inclusive, onde isso começa a acontecer de forma feroz a partir dos anos 90, com as consequências econômicas e sociais conhecidas [concentração de riqueza e aumento da penúria social]” (*Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*, p. 110).

produtiva, da apropriação de externalidades positivas ou eliminação de externalidades negativas e da geração de um poder de mercado compensatório”⁶⁰⁴.

Na sistemática da Lei nº 8.884, de 1994, a técnica utilizada para afastar as barreiras legais e permitir a realização de uma determinada operação, ainda que restritiva da concorrência, é a da *autorização*. Esclarece Paula Forgioni que “o afastamento das barreiras legais a uma determinada prática restritiva da concorrência dá-se, geralmente: (i) na tradição norte-americana, lançando-se mão da chamada *rule of reason* (regra da razão); (ii) na tradição do direito comunitário, mediante a concessão de *isenções*; e (iii) no sistema dotado pelo diploma antitruste brasileiro de 1994, mediante a concessão de *autorizações*”⁶⁰⁵.

Ao autorizar um determinado ato de concentração, o CADE retira o caráter ilícito da prática⁶⁰⁶. A propósito, observa Calixto Salomão Filho que “a eficiência aparece como fundamento para a aprovação das concentrações de empresas. Ela está contida não apenas no art. 54, § 1º, inc. I, letra ‘c’. Também a letra ‘a’, que fala em produtividade é, em última análise (...) um dos componentes da eficiência (produtiva). No controle das concentrações a eficiência não é, no entanto, excludente absoluta de ilicitude. Devem estar presentes também outros fatores para que a concentração seja aprovada”⁶⁰⁷.

A sistemática definida na Lei nº 8.884, de 1994, para o controle de estruturas de mercado deve ser vista com bastante cautela quando aplicada a atos de concentração ou cooperação envolvendo empresas do setor de comunicação social. Isso

⁶⁰⁴ *Revista de Direito da Concorrência* nº 11, jul./set. 2006, pp. 232 e seguintes. Ressaltando a importância da identificação de eficiências específicas da operação, Phillip Arreda, John Solow e Herbert Hovenkamp esclarecem que “while efficiencies are a good thing and should be pursued diligently, a merger case raising the efficiency defense requires the making of an administratively difficult tradeoff between likely anticompetitive effects that have already been established and offsetting efficiency gains. Society would be better off if the same or equivalent efficiency gains could be realized without the anticompetitive merger. An efficiency is said to be ‘merger specific’ if it is a unique consequence of the merger – that is, if it could not readily be attained by other means, or if the social cost of attaining it by other means is at least as high as the social cost of the merger. As a general proposition, the efficiency defense requires a showing that claimed efficiencies are ‘merger specific’. If they are not, then antitrust policy would prefer that the efficiencies be attained by the less costly alternative route” (*Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*. Vol. IV A. Nova Iorque: Aspen Law Business, 1998, pp. 49-50).

⁶⁰⁵ *Os fundamentos do antitruste*, p. 181.

⁶⁰⁶ Na visão de Paula Forgioni, “a isenção (ou autorização) retira a culpa do agente, de sorte que não lhe pode ser imputada a prática de qualquer ato ilícito. Ademais, o art. 160 do Código Civil Brasileiro, inc. I, expressamente retira a ilicitude do ato praticado em exercício regular de direito (que seria, no caso, derivado da concessão da autorização)” (*Os fundamentos do antitruste*, p. 187, nota 27).

⁶⁰⁷ *Direito concorrencial: as estruturas*, p. 176.

porque, no setor de mídia, vigora o princípio do pluralismo da informação. Ademais, a Constituição Federal proscreveu a existência no setor de estruturas monopolistas e oligopolistas de mercado.

2.3 – Regulação

Regulação não é um termo unívoco. Esclarece Sérgio H. de Abranches que “regulação não tem o mesmo significado em toda parte. Por isto existem modelos regulatórios muito distintos. (...) [N]os EUA, ela tem um sentido bastante específico, que associa a idéia de regulação à existência de um órgão regulador, com características político-administrativas bem definidas. (...) Na Europa, a noção de regulação abrange todo o campo de intervenção estatal, por legislação, governança ou controle social. (...) No Japão, a maior parte da idéia de regulação está submetida à idéia de política industrial, implementada por agências estatais, como o MITI [Ministério da Indústria e Tecnologia] e por empresas estatais”⁶⁰⁸.

Como indicado por Sérgio H. de Abranches, nos Estados Unidos a idéia de regulação está ligada ao incremento do controle estatal sobre o domínio econômico. A atuação estatal mais incisiva sobre a atividade econômica dos agentes privados passa a ocorrer após a Crise de 1929, com o advento da política do *New Deal* do Presidente Franklin Roosevelt, em 1933. Era necessário mudar a postura do Estado para vencer os desafios colocados pela crise enfrentada pela economia norte-americana e mundial. É fato, entretanto, que a economia norte-americana sempre foi e continua sendo dominada por agentes privados. O incremento da atuação estatal no domínio econômico ocorre por meio da criação de agências (entes reguladores setoriais), instrumento típico do direito administrativo estadunidense. Anteriormente, haviam sido criadas agências reguladoras nos Estados Unidos – citamos como exemplo a *Federal Trade Commission* em 1914 – mas com o *New Deal* (1933-1940), o número de agências aumenta significativamente na esteira do incremento do controle estatal sobre a atividade econômica dos particulares. Portanto, a noção de regulação no sistema norte-americano está associada ao controle exercido por agências ou comissões sobre atividades econômicas socialmente relevantes ou valiosas. Na

⁶⁰⁸ “Reforma regulatória: conceitos, experiências e recomendações”. *Revista do Serviço Público*, ano 50, n° 2, abr./jun. 1999, p. 25.

década de 1970, os Estados Unidos assistem a uma nova onda de regulação, conhecida como *New Social Regulation*, voltada para a proteção de consumidores, da saúde de trabalhadores e do meio ambiente⁶⁰⁹. A regulação ampla e restritiva da economia norte-americana passa a ser questionada a partir dos anos 1980, com o advento do governo do Presidente Ronald Reagan. Fundada na crença das virtudes da livre atuação das forças de mercado, uma onda neoliberal varre o país provocando a substituição da antiga regulação por mecanismos mais leves de intervenção governamental e orientados para o mercado (*market oriented*). Nos Estados Unidos o sentido mais contemporâneo da teoria da regulação tem mais a ver com desregulação e re-regulação por intermédio de novos mecanismos como a auto-regulação.

Na Europa, a regulação aparece num contexto de crise do Estado do Bem Estar (*Welfare State*) e construção da Comunidade Européia⁶¹⁰. A construção do *Welfare State* nos países europeus, acentuada após o término da Segunda Guerra Mundial, foi marcada pelo planejamento econômico e pela assunção pelo Estado não só de setores econômicos estratégicos (nacionalização), mas também de diversas atividades de interesse da coletividade como forma de construir uma ampla malha de proteção social. Disso resultou um intervencionismo estatal no domínio econômico muito mais acentuado que o existente nos Estados Unidos⁶¹¹. Salienta Paulo Todescan Lessa Mattos que “a diferença essencial em relação ao caso norte-americano estava na forma como o Estado atuava na Europa. (...) Os Estados europeus optaram por exercer o controle do desenvolvimento econômico por meio da propriedade pública e da planificação da economia. Nesse contexto, a propriedade pública e o aparato jurídico-institucional criado para o desenvolvimento da economia com base em grandes empresas estatais afetaram o direito

⁶⁰⁹ Sobre a evolução histórica da regulação nos Estados Unidos, ver Paulo Todescan Lessa Mattos: *O novo Estado Regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*. São Paulo: Singular, 2006, pp. 77 e seguintes.

⁶¹⁰ Salienta Paulo Todescan Lessa Mattos que “na Europa Ocidental, o projeto da União Européia, no que diz respeito à sua vertente econômica, esteve fundado na lógica da livre iniciativa como princípio jurídico a ser garantido. Tal lógica foi inscrita no Tratado de Roma de 1957 e consolidada pelas normas editadas pela Comissão Européia, órgão competente para regular o mercado europeu em nível comunitário. Assim, foi por meio da construção do Direito Comunitário europeu que foram introduzidos os instrumentos jurídicos de fiscalização e regulação da ordem econômica que deram condições institucionais para o processo de privatização de empresas estatais e para a quebra de monopólios com a introdução da concorrência em vários setores da economia européia e, já na década de 1990, para a intensificação de fusões e aquisições de empresas diante de uma economia globalizada” (“Regulação econômica e democracia: contexto e perspectivas na compreensão das agências de regulação no Brasil”. In José Eduardo Faria (org.): *Regulação, direito e democracia*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002, p. 49).

⁶¹¹ Afirma Giandomenico Majone que “in most countries of Europe, public ownership of key industries such as like railways, telecommunications, electricity, gas, water and other natural monopolies was supposed to

de propriedade e o direito de livre iniciativa”⁶¹². O interesse na regulação surge na Europa na esteira dos processos de liberalização e privatização iniciados pelo governo conservador de Margareth Thatcher em 1979 no Reino Unido. A privatização e a liberalização tornaram necessária a regulação do exercício das atividades econômicas pelos agentes privados e a criação de agências reguladoras ou autoridades administrativas independentes encarregadas de zelar pelo controle dos setores privatizados e evitar que o monopólio público não fosse substituído por monopólios privados (no Reino Unido, temos, por exemplo, a criação da *Ofitel* em 1985 para o setor de telecomunicações; da *Offgaz* em 1986 para o de gás; da *Offwater* em 1989 para o de água e da *Offer* em 1989 para o de energia).

No Brasil, o conceito de regulação, embora não configure novidade teórica, não era tradicionalmente empregado pela doutrina jurídica⁶¹³. Em se tratando de atuação do Estado no domínio econômico (em sentido amplo), a preocupação da doutrina jurídica pátria era focada na concessão de serviço público e no uso do poder de polícia. A idéia de regulação surge no Brasil no bojo do movimento de reforma do Estado ocorrido na década de 1990⁶¹⁴. De acordo com Paulo Todescan Lessa Mattos, “a partir de 1990, com o Programa Nacional de Desestatização – PND, o Estado brasileiro passa a mudar a sua forma de atuação como agente produtor de bens e serviços em determinados setores da economia, iniciando um longo processo de privatização das empresas estatais e intensificando a concessão de serviços públicos à iniciativa privada. Nesse contexto, passa também a redimensionar sua atuação como agente regulador da atividade econômica, voltando-se (...) para a criação de órgãos reguladores com autonomia decisória em relação à administração direta e mudanças nas técnicas administrativas de regulação da economia”⁶¹⁵. Nessa linha, afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro que, “no direito brasileiro, o vocábulo *regulação* surgiu com o movimento de Reforma do Estado, especialmente quando, em decorrência da privatização de empresas estatais e da introdução da idéia de competição entre concessionárias na prestação de serviços públicos, entendeu-se necessário ‘regular’ as atividades objeto de concessão a empresas privadas, para

protect the public interest against powerful private interests” (“The rise of the Regulatory State in Europe”. *West European Politics*, vol. 17, nº 3, 1994, p. 78).

⁶¹² *O novo Estado Regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*, p. 101.

⁶¹³ Cf. Fernando Dias Menezes de Almeida: “Teoria da regulação”. In José Eduardo Martins Cardozo, João Eduardo Lopez Queiroz e Márcia Walquíria Batista dos Santos (org.): *Curso de direito administrativo econômico*. Vol. III. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 123 e seguintes.

⁶¹⁴ Para um panorama da reforma do Estado ocorrida no Brasil a partir de 1990, ver Paulo Todescan Lessa Mattos: *O novo Estado Regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*, pp. 138 e seguintes.

⁶¹⁵ *O novo Estado Regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*, p. 138.

assegurar a regularidade na prestação dos serviços e o funcionamento equilibrado da concorrência”⁶¹⁶.

Para a Reforma do Estado e a adoção do novo modelo de intervenção estatal na economia, muito contribuiu a atuação de organismos internacionais como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial como disseminadores das idéias que ficaram conhecidas pelo nome de Consenso de Washington – termo cunhado pelo economista John Williamson. O Consenso de Washington se traduzia em um conjunto de medidas de política econômica (disciplina fiscal, redução dos gastos públicos, abertura comercial, liberalização financeira, privatização e eliminação de restrições ao capital estrangeiro, entre outras), destinado a promover ajustes estruturais em países emergentes visando à promoção do crescimento econômico⁶¹⁷.

Por esse breve panorama, pode-se verificar, como afirma Paulo Todescan Lessa Mattos, que o uso do termo regulação, “tem ligação direta com as características econômicas de cada país, as formas de intervenção do Estado no domínio econômico e as práticas regulatórias previstas em seus ordenamentos jurídicos, bem como o processo de reforma adotado como resposta à crise do Estado, a partir do final da década de 1970, e à globalização econômica, principalmente ao longo da década de 1990”⁶¹⁸.

Por ser um termo polissêmico, a regulação por vezes parece despertar nos juristas pátrios maior preocupação com a busca de uma fórmula conceitual do que com a análise de sua funcionalidade⁶¹⁹. Os estreitos propósitos deste trabalho não nos permitem

⁶¹⁶ “Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade”. In Maria Sylvia Zanella Di Pietro (org.): *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 20.

⁶¹⁷ Sobre a influência do *Consenso de Washington* na política brasileira de privatizações, ver Diogo R. Coutinho: *Regulação e redistribuição: a experiência brasileira de universalização das telecomunicações*. Tese de doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (orientador: José Eduardo Faria), 2003, pp. 94 e seguintes.

⁶¹⁸ Regulação econômica e democracia: contexto e perspectivas na compreensão das agências de regulação no Brasil”. In José Eduardo Faria (org.): *Regulação, direito e democracia*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002, p. 53.

⁶¹⁹ Sobre a “busca” de um conceito de regulação e a distinção entre regulação e regulamentação, ver Odete Medauar: “Regulação e auto regulação”. *Revista de Direito Administrativo*, nº 228, abr./jun. 2002, pp. 123-128; Marçal Justen Filho: *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, pp. 15-16; Sergio de Andréa Ferreira: “A regulação como expressão do poder normativo governamental”. In Eros Roberto Grau e Sérgio Sérulo da Cunha (orgs.): *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, pp. 352-370; Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade”. In Maria Sylvia Zanella Di Pietro (org.): *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, pp. 19-50; Alexandre Santos de Aragão: *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2ª ed.

adentrar nessa discussão. O que importa ressaltar apenas é que o termo “regulação” ainda está em fase, podemos assim dizer, de construção pela doutrina pátria.

A propósito, Vital Moreira relata a existência, grosso modo, de três concepções de regulação: “(a) em sentido amplo, é toda forma de intervenção do Estado na economia, independentemente dos seus instrumentos e fins; (b) num sentido menos abrangente, é a intervenção estadual na economia por outras formas que não a participação directa na actividade económica, equivalendo, portanto, ao condicionamento, coordenação e disciplina da actividade económica privada; (c) num sentido restrito, é somente o condicionamento normativo da actividade económica privada (por via de lei ou outro instrumento normativo)”⁶²⁰. Para fins deste trabalho, no entanto, utilizaremos a concepção ampla de regulação propugnada por Calixto Salomão Filho. Segundo o autor, regulação “engloba toda forma de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviço público ou o exercício de poder de polícia”⁶²¹. Portanto, empregaremos o termo “regulação” para cobrir todas as formas de intervenção do Estado em relação à economia, incluindo o exercício de atividades econômicas. Isso significa, em outras palavras, que a noção de regulação utilizada neste trabalho não se confunde com a idéia neoliberal de desregulação ou desregulamentação, que significam, em última análise, formas de redução da interferência estatal no domínio econômico para

Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 19 e seguintes; e Fernando Dias Menezes de Almeida: “Teoria da regulação”. In José Eduardo Martins Cardozo, João Eduardo Lopez Queiroz e Márcia Walquíria Batista dos Santos (org.): *Curso de direito administrativo econômico*. Vol. III. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 127-128.

⁶²⁰ *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 35.

⁶²¹ *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 15. No mesmo sentido, ver Conrado Hübner Mendes: “Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão” In Carlos Ari Sundfeld (coord.): *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 116-117; e Floriano de Azevedo Marques Neto: “Nova regulação dos serviços públicos”. *Revista de Direito Administrativo*, nº 228, abr./jun. 2002, pp. 14-15. Carlos Ari Sundfeld, por seu turno, explica que “segundo a terminologia consagrada, a atuação estatal pode dar-se por três formas distintas: pelo *poder de polícia*, pelo *serviço público* e pela *regulação*. O poder de polícia se baseava no conceito de que a atividade econômica era coisa privada e o Estado, seu vigia. Nesse contexto, o Estado fiscalizaria a atuação dos particulares, por vezes intensamente, mas a economia em si ainda continuaria sendo coisa privada. Uma transformação teórica importante ocorre quando se cunha o conceito de serviço público para expressar a existência de uma divisão no mundo econômico: de um lado, o campo privado, de outro, o campo público. Então, serviço público é a expressão que se consagra como expressiva de um dos pólos de uma dicotomia (público x privado). Será algo contraposto à atividade privada, de modo que o Estado passa a ser visto como titular desta esfera pública (ou seja, titular do serviço público), esfera esta de *privilégio*, em que pode atuar sem ter que se defrontar com direitos subjetivos de particulares atuarem nesse setor. A idéia que surge mais recentemente é a de regulação, e representa de certa forma a superação do modelo anterior, das dicotomias público x privado, serviço público x atividade econômica. Isto ocorre por que a regulação será feita não somente em relação à exploração privada das atividades econômicas, mas também em relação àquelas atividades ditas de serviço público. O que há de fundamental por trás da regulação é o reconhecimento de que a *economia é poder* e de que o *Estado programa seu exercício*”

dar maior liberdade para atuação das forças de mercado. Esclareça-se, por oportuno, que diversos autores citados neste estudo empregam o termo “regulação” com um sentido mais restrito, para designar toda intervenção do Estado na disciplina do comportamento dos agentes econômicos, excluída, porém a participação direta do Estado na atividade econômica (Estado como produtor de bens e serviços).

A reflexão sobre a *regulação* surge no bojo de uma onda de mudanças sociais, econômicas e políticas que implicam o questionamento das funções do Estado contemporâneo⁶²². Vale a pena explorar, ainda que de forma breve, um pouco essa recente mudança na atividade estatal.

2.3.1 – Mudança na atividade estatal: de produtor a regulador

O período compreendido entre o final dos anos 1970 e início dos anos 1980 marca uma mudança significativa na visão do Estado. Nessa época, surge com bastante vigor movimentos críticos ao Estado *intervencionista*.

O modelo de Estado formado ao longo do século XX, notadamente após a Crise de 1929 e a Segunda Guerra Mundial, pode ser definido, de forma bastante simplificadora, como um Estado do bem-estar social (*Welfare State*) nos países desenvolvidos e um Estado indutor do crescimento econômico nos países em desenvolvimento, entre os quais o Brasil. Trata-se de um Estado *intervencionista* nos domínios econômico e social, em oposição ao Estado Liberal do século XIX, marcado pelo abstencionismo econômico, cujas principais funções eram apenas as de proteger a liberdade e a propriedade dos indivíduos, zelando como um *gendarme* pela manutenção da ordem e segurança⁶²³. O Estado do bem-estar social ou indutor do crescimento econômico

(Agências reguladoras”. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, nº 3 (Anais do IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional), 2003, pp. 440-441).

⁶²² Para Carlos Ari Sundfeld, “a regulação é (...) característica de um certo modelo econômico, aquele em que o Estado não assume diretamente o exercício de atividade empresarial, mas intervém enfaticamente no mercado utilizando instrumentos de autoridade. Assim, a regulação não é própria de certa família jurídica, mas sim uma opção de política econômica” (“Introdução às agências reguladoras”. In Carlos Ari Sundfeld (coord.): *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 23).

⁶²³ Vital Moreira observa que “na conceptologia tradicional o papel económico do Estado passou de uma fase abstencionista no século XIX para uma fase intervencionista no século XX. O Estado liberal oitocentista limitava-se quase só a estabelecer e garantir o respeito dos quadros institucionais da actividade económica. A actividade reguladora reduzia-se às tarefas gerais da polícia administrativa, velando pela segurança e pela salubridade das instalações; as participações públicas na actividade económica eram raras, sendo em alguns casos mera herança do mercantilismo; a promoção de infra-estruturas, de que o Estado se encarregava,

se caracteriza por: (i) produzir diretamente bens e serviços, (ii) planejar em grande medida a atividade econômica, e (iii) estimular a economia mediante a aplicação de recursos públicos. A economia deixa de ser um campo meramente privado e torna-se uma questão de Estado. Os governos passam a ser avaliados em função do desempenho geral da economia nacional.

Mudanças econômicas dos anos 1980 e 1990, crises econômicas (choques do petróleo em 1973 e 1979) e novas idéias sobre a função estatal alteram o papel do Estado. O advento dos governos de Margareth Thatcher no Reino Unido (1979) e de Ronald Reagan nos Estados Unidos (1980) é identificado como momento marcante no questionamento do *Welfare State*. Ambos os governos colocam em prática políticas de desregulação e redução da participação e intervenção do Estado na economia⁶²⁴. Relata Vital Moreira que “é certo que a ‘contra-revolução liberal’ dos anos oitenta veio questionar o *status quo* quanto ao papel do Estado na economia. Os movimentos de privatização fizeram diminuir substancialmente a participação do Estado na actividade económica. E a ‘desregulação’ veio aliviar e restringir consideravelmente o peso da intervenção pública”⁶²⁵. Segundo Giandomenico Majone, um conjunto de novas estratégias como a privatização de empresas públicas, a liberalização de fluxos financeiros e comerciais, a desregulação da economia, a austeridade fiscal e a integração econômica e monetária de economias periféricas aos mercados globais provocaram mudanças estruturais na forma de atuação do Estado na economia. “Essas novas estratégias concorrem para limitar o papel do Estado intervencionista ou positivo, especialmente ao restringir o seu poder de tributar e de despender, ao mesmo tempo em que aumentam o poder normativo e, assim, o papel do Estado regulador”⁶²⁶.

tomava quase sempre a forma de concessão a empresas privadas; e a prestação dos escassos serviços públicos era normalmente da competência dos municípios. Diversamente, o ‘Estado social’ ou o ‘Estado providência’ que emergiu em meados do presente século [século XX] é um Estado activo na área económica e social, tanto pela participação directa na produção e prestação de bens e serviços, como e sobretudo pela regulação da actividade económica” (*Auto-regulação profissional e administração pública*, p. 23). Para uma abordagem da passagem do Estado abstencionista ao Estado intervencionista, ver Paulo Bonavides: *Do Estado liberal ao Estado social*. Forense: Rio de Janeiro, 1980.

⁶²⁴ Segundo Ha-Joon Chang, “the political and intellectual tidal wave against regulation and government intervention in general, that started to surge during the 1970s, began to sweep the whole world from the early 1980s. During this period, following various external and internal pressures, many countries embarked on the path of extensive restructuring of the relation between state and economy, including regulatory reforms, budget cuts, and privatization” (“The economics and politics of regulation”. *Cambridge Journal of Economics*, vol. 21, nº 6, 1997, pp. 711-712).

⁶²⁵ *Auto-regulação profissional e administração pública*, p. 19.

⁶²⁶ “Do Estado Positivo ao Estado Regulador: causas e consequências de mudanças do modo de governança”. *Revista do Serviço Público*, ano 50, nº 1, jan./mar. 1999, p. 6.

Na opinião de Marçal Justen Filho, a crise fiscal foi um fator determinante na redução das dimensões do Estado e de sua atuação direta no domínio econômico. Para o autor, “a elevação dos passivos governamentais, provenientes de sucessivos prejuízos orçamentários, reduziu a capacidade estatal de executar satisfatoriamente os encargos que assumira. A manutenção dos projetos de satisfação do interesse coletivo demandava a existência de recursos de que o Estado não mais dispunha. Além disso, as dívidas foram se acumulando de modo a impedir até mesmo o custeio de despesas essenciais”⁶²⁷. Esse conjunto de mudanças estruturais permite que alguns autores sustentem a necessidade de reforma do Estado, que passaria de um Estado burocrático e intervencionista a um Estado “regulador” da atividade econômica⁶²⁸.

Entretanto, a denominação *Estado Regulador* pode conferir a errônea idéia de que o modelo de Estado anterior não possuiria capacidade normativa e não desenvolveria atividade regulatória. A capacidade normativa de conjuntura, como se sabe, é uma importante característica do Estado *intervencionista*, preocupado com a ordenação da economia e a busca do desenvolvimento⁶²⁹. Ademais, deve-se ressaltar que a regulação, típica do *Estado Regulador*, não se limita à atividade normativa ou regulamentar. Ela envolve, como observado por Floriano de Azevedo Marques Neto, “atividades coercitivas, adjudicatórias, de coordenação e organização, funções de fiscalização, sancionatórias, de conciliação (composição e arbitragem de interesses), bem como o exercício de poderes coercitivos e funções de subsidiar e recomendar a adoção de medidas de ordem geral pelo poder central”⁶³⁰. Pensamos, todavia, que a expressão *Estado Regulador* pode ser empregada como uma generalização e simplificação – com todas as imperfeições que tal procedimento encerra – para evidenciar a mudança qualitativa verificada na forma de intervenção estatal no domínio econômico, mais voltada doravante para a regulação da atividade econômica e menos para a prestação direta de bens e serviços.

⁶²⁷ *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 19.

⁶²⁸ Para Giandomenico Majone “the privatization and/or deregulation of potentially competitive industries have not meant the end of all regulation; on the contrary, they have created the conditions for the rise of a regulatory state to replace the *dirigiste* state of the past” (*West European Politics*, vol. 17, nº 3, 1994, p. 97). Sérgio H. de Abranches lembra ainda que reformar o Estado é fundamentalmente reformar seu aparelho regulatório (“Reforma regulatória: conceitos, experiências e recomendações”. *Revista do Serviço Público*, ano 50, nº 2, abr./jun. 1999, p. 20).

⁶²⁹ Ver a propósito Eros Roberto Grau, “Capacidade normativa de conjuntura”. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Vol. 13. São Paulo: Saraiva, 1977, pp. 48-50.

⁶³⁰ *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005, pp. 37-38.

Portanto, o surgimento do *Estado Regulador* é uma decorrência da redução da atuação estatal direta no domínio econômico. Sustenta Marçal Justen Filho que “anteriormente, preconizou-se o exercício direto pelo Estado de funções econômicas. O novo paradigma privilegia a competência regulatória. O Estado permanece presente no domínio econômico, mas não mais como partícipe direto. Ao invés de buscar pessoalmente a realização de determinados fins, vale-se do instrumento normativo e de suas competências políticas para influenciar os particulares a realizar fins necessários ao bem-comum”⁶³¹. A regulação tem por objetivo, segundo Marçal Justen Filho, “conjugar as vantagens provenientes da capacidade empresarial privada com a realização de fins de interesse público”⁶³². Sobre a mudança dos papéis e funções do Estado, verificada no final da década de 1990, observa José Eduardo Faria, “ele [Estado] deixa de ser o controlador, diretor, planejador e indutor do desenvolvimento e passa a atuar como regulador das atividades privatizadas, como balizador da concorrência, como estimulador da oferta de serviços essenciais num ambiente competitivo, como organizador dos direitos do consumidor e como criador de oportunidades de negócios para a iniciativa privada e de investimento para o desenvolvimento tecnológico”⁶³³.

Muitos autores criticam, por enganadora, a utilização do termo “desregulação” muitas vezes empregado para caracterizar essa recente mudança da forma de atuação estatal. Na realidade, não houve uma retração da ação reguladora do Estado – com a volta do Estado Liberal ou a uma situação de *laissez faire/ laissez passer* –, mas a implementação de novas estratégias e formas de regulação⁶³⁴. Nesse sentido, Luís Roberto

⁶³¹ *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 24.

⁶³² *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 30. Esclarecendo seu pensamento, afirma o autor o seguinte: “o Estado reduz sua atuação direta, em nome próprio, nos setores econômicos e de prestação de serviços. Deixa campo livre à iniciativa privada, incentivando o desenvolvimento do mercado. Mas, em contrapartida, o Estado impõe forte regulação sobre a atividade dos particulares. Essa ‘regulação’ consiste em restrição à autonomia privada das escolhas acerca dos fins e dos meios. Na concepção prévia, a forma primordial de o Estado buscar a obtenção de certos resultados consistia na sua atuação material direta, em nome próprio. Os particulares dispunham de margem de autonomia muito mais ampla. No modelo regulatório, o Estado cessa sua atividade direta e propicia ampliação da atividade privada. Mas o regime jurídico da atividade privada não é mais o mesmo. A liberdade anterior é restringida. Poderia dizer-se que os particulares são autorizados a atuar com maior amplitude *quantitativa*, mas com menor liberdade *qualitativa*. Os particulares tornam-se, em certa medida, instrumentos de realização dos fins públicos específicos. A regulação estatal se orienta a imprimir à atividade privada a realização de objetivos compatíveis e necessários ao bem comum” (*Ibidem*, p. 30).

⁶³³ “Introdução”. In José Eduardo Faria (org.): *Regulação, direito e democracia*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002, p. 8.

⁶³⁴ Cf. Giandomenico Majone: “Do Estado Positivo ao Estado Regulador: causas e consequências de mudanças do modo de governança”. *Revista do Serviço Público*, ano 50, nº 1, jan./mar. 1999, pp. 6 e

Barroso assevera que “a redução expressiva das estruturas públicas de intervenção direta na ordem econômica não produziu um modelo que possa ser identificado com o de Estado mínimo. Pelo contrário, apenas se deslocou a atuação estatal do campo empresarial para o domínio da disciplina jurídica, com a ampliação de seu papel na regulação e fiscalização dos serviços públicos e atividades econômicas”⁶³⁵.

Com a transferência de atividades anteriormente exercidas pelo Estado para a iniciativa privada, inclusive serviços públicos, a preocupação com a concentração do poder econômico dos agentes privados ganha relevância. Em função disso, Calixto Salomão Filho anota que o uso do termo regulação no campo econômico é resultado da preocupação com dois fenômenos: a *redução da intervenção direta do Estado na Economia* e o *crescimento do movimento de concentração econômica*⁶³⁶.

As novas formas de regulação são marcadas por: (i) utilização de mecanismos menos rígidos de atuação do Estado na economia; (ii) formulação de regras e controle de setores econômicos por agências ou autoridades administrativas independentes. Paulo Todescan Lessa Mattos observa que “a mudança na forma de atuação do Estado como agente regulador da atividade econômica constitui o principal elemento de transformação jurídico-institucional introduzida pelo projeto de reforma do Estado no Brasil. E o que caracteriza e define tal mudança é a criação de *agências reguladoras independentes*, enquanto órgãos responsáveis pela regulação de setores da economia, principalmente daqueles caracterizados como de infra-estrutura e serviços públicos, com funções normativas orientadas, principalmente, pelos princípios constitucionais da *livre concorrência* e da *defesa do consumidor*”⁶³⁷.

seguintes. No mesmo sentido, afirma Burkard Eberlein que “nous savons maintenant, avec le recul, que la vague de privatisation, libéralisation et ‘déregulation’, qui a affecté les économies politiques des pays industrialisés pendant les quinze dernières années, n’a pas conduit à un retrait pur et simple de l’État comme acteur économique. Au contraire, les gouvernements se sont engagés dans une re-régulation des activités économiques. L’expression si commune de ‘déregulation’ s’est donc, à cet égard, révélée fort décevante” (“L’État régulateur en Europe”. *Revue Française de Science Politique*, vol. 49, n° 2, abr. 1999, p. 206).

⁶³⁵ “Apresentação”. In Diogo de Figueiredo Moreira Neto: *Direito regulatório: alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 25.

⁶³⁶ *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 15.

⁶³⁷ *O novo Estado Regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*, p. 143.

No tocante à regulação, vale observar que a Constituição Federal de 1988 atribui ao Estado funções de agente normativo da atividade econômica e de agente fiscalizador da atividade econômica exercida pelos particulares. Nesse sentido, estabelece o art. 174, *caput*, do texto constitucional que “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”. Portanto, a atuação do Estado brasileiro como agente regulador do domínio econômico é um imperativo constitucional. Afirma Eros Roberto Grau, a propósito, que, “do exame da regra se verifica que o Estado – União, Estados-Membros e Municípios – há de atuar dispondo sobre e regulando a atividade econômica, expressão aqui tomada em sentido amplo”⁶³⁸. Na mesma linha, assevera Floriano de Azevedo Marques Neto que “tal função reguladora (...) deve-se dar tanto sobre atividades econômicas em sentido estrito (aquelas cuja exploração está sujeita ao regime privado, de mercado), quanto sobre aquelas atividades que tenham sido eleitas pela Constituição ou pela lei como serviços públicos. Se nestas últimas a regulação estatal é inerente ao próprio regime de prestação, naquelas a regulação também se justificará caso estejamos diante de um setor relevante ou essencial da vida econômica”⁶³⁹.

Ocorre, porém, que a reflexão sobre a regulação encontra-se atualmente profundamente influenciada pelo paradigma teórico propugnado pela teoria econômica da regulação.

⁶³⁸ *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 268. Nas palavras do próprio autor, temos que a “atividade econômica enquanto gênero compreende duas espécies: o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. (...) O Estado atua no primeiro campo, na prestação de serviços públicos, responsabilizando-se pelo fornecimento de serviços à coletividade. Mas ele atua também no campo da atividade econômica em sentido estrito basicamente de duas formas. Esta atividade econômica em sentido estrito é o que chamamos de ‘domínio econômico’. O Estado atua *no* domínio econômico ou atua *sobre* o domínio econômico. A atividade econômica em sentido estrito se opõe ao serviço público. O serviço público está para o Estado assim como a atividade econômica em sentido estrito está para o setor privado. Temos o Estado atuando aqui, no campo da atividade econômica em sentido estrito, como agente econômico, em regime de privilégio, de monopólio ou em regime de participação. Ou então atuará, o Estado, regulando o exercício da atividade econômica pelo setor privado e por ele mesmo, enquanto agente econômico” (“Atividade econômica e regulação”. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 3 (Anais do IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional), 2003, pp. 445-446).

2.3.2 – Teoria da regulação e o combate à ação reguladora do Estado

Calixto Salomão Filho identifica duas principais correntes teóricas que, ao analisarem a atuação do Estado na economia, influenciam a teoria da regulação: (i) a Escola do Interesse Público e a (ii) a Escola neoclássica da regulação⁶⁴⁰.

Sob a denominação de Escola do Interesse Público podem ser agrupados autores que concebem a regulação de forma ampla – associando regulação a atuação do Estado no domínio econômico – e entendem que seu objetivo é a busca do bem comum, ainda que a definição de bem comum não possa ser feita de maneira universal⁶⁴¹. Historicamente, as principais preocupações dos autores ligados à Escola do Interesse Público estão centradas nas figuras da concessão de serviço público e do exercício do poder de polícia⁶⁴². Segundo Vital Moreira, a Escola do Interesse Público justifica a regulação com base na “necessidade de corrigir as falhas do mercado (‘market failures’), de modo a satisfazer certos interesses públicos, a saber, a concorrência, a protecção dos consumidores, o ambiente, a competitividade externa, etc.”⁶⁴³.

Por outro lado, podem ser agrupados sob a denominação de Escola neoclássica da regulação autores que têm como preocupação comum “a negação de qualquer fundamento de interesse público na regulação e a afirmação do objetivo de substituição ou correção do mercado através da regulação”⁶⁴⁴.

A partir dos anos 1970, surge no cenário acadêmico norte-americano um conjunto de críticas à atuação do Estado na economia.

⁶³⁹ *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*, p. 42.

⁶⁴⁰ *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*, p. 17. Para uma análise das diferentes correntes teóricas relativas à regulação, ver Steven P. Croley: “Theories of regulation: incorporating the administrative process”. *Columbia Law Review*, vol. 98, nº 1, 1998, pp. 1-168.

⁶⁴¹ Paulo Todescan Lessa Mattos observa que “as teorias do interesse público, centradas principalmente na escola do direito administrativo e constitucional da primeira metade do século 20, estabelece um princípio normativo regulador da atividade da burocracia estatal segundo o qual a atuação do Estado deve garantir fins coletivos, ou, em outras palavras, realizar o interesse público” (*O novo Estado Regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*, p. 172).

⁶⁴² Cf. Calixto Salomão Filho: *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*, pp. 17-21.

⁶⁴³ *Auto-regulação profissional e administração pública*, p. 41.

⁶⁴⁴ Cf. Calixto Salomão Filho: *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*, p. 21.

O economista George Stigler, da Universidade de Chicago, no artigo “The theory of economic regulation” (1971)⁶⁴⁵, apresenta a tese segundo a qual a regulação pode ser considerada uma *commodity* e, em razão disso, estaria sujeita à lei da oferta e da procura. Segundo Stigler, o Estado possui o “poder de coagir” (*power to coerce*), isto é, o poder de agir sobre o domínio econômico, reprimindo e incentivando condutas, bem como tributando pessoas e atividades. Esse poder estatal é cobiçado pela indústria como forma de aumentar sua rentabilidade. O autor cita como benefícios normalmente solicitados do governo pela indústria o subsídio direto, o controle da entrada de concorrentes, as medidas que afetam produtos ou serviços substitutos ou complementares. Por outro lado, observa Stigler que os mecanismos de tomada de decisão política em um regime democrático são fundados na deliberação por representantes da população. Em razão disso, grupos de interesse de determinada indústria podem influenciar o processo de tomada de decisão política apoiando ou combatendo determinado candidato a um cargo ou partido político. Os grupos de interesse da indústria podem oferecer a candidatos e partidos políticos – que possuem custos de operação e de manutenção e custos para concorrer em eleições – dinheiro e outros recursos. Dessa forma, os grupos de interesse podem obter do poder político leis e medidas regulatórias que atendam a seus interesses. A regulação seria uma *commodity* desejada pelos grupos de interesse e oferecida pelo Estado (poder legislativo ou regulamentar). Stigler, em última análise, sustenta que a regulação econômica serve fundamentalmente para atender ao interesse de grupos particulares dotados de grande capacidade de mobilização política⁶⁴⁶. A regulação seria primordialmente feita para atender ao interesse dos agentes econômicos da indústria regulada e não para proteger ou beneficiar o público em geral.

Posteriormente, Richard Posner, também da Universidade de Chicago, no artigo “Theories of economic regulation” (1974)⁶⁴⁷, afirma que duas principais teorias

⁶⁴⁵ “The theory of economic regulation”. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 2, nº 1, 1971, pp. 3-21.

⁶⁴⁶ Segundo Diogo R. Coutinho, nesse artigo, Stigler quis fundamentalmente demonstrar que “(a) o Estado pode usar seus poderes coercitivos para propiciar resultados benéficos a certos grupos; (b) a pressão por uma regulação benéfica à indústria deriva da pressão de grupos organizados e (c) os grupos mais organizados são os grupos dos produtores e os sindicatos de trabalhadores” (*Regulação e redistribuição: a experiência brasileira de universalização das telecomunicações*). Tese de doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (orientador: José Eduardo Faria), 2003, p. 34).

⁶⁴⁷ “Theories of economic regulation”. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 5, nº 2, 1974, pp. 335-358. Em trabalho anterior, Posner argumentava que a regulação, ao criar sistemas internos de subsídios cruzados em uma determinada atividade econômica, configuraria também uma forma de tributação. Ver a propósito, Richard Posner: “Taxation by regulation”. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 2, nº 1, 1971, pp. 22-50.

procurariam explicar a intervenção do Estado no domínio econômico: a teoria do interesse público e a teoria da captura. Segundo o autor, a teoria do interesse público justifica a regulação como uma demanda social para a correção de ineficiências e falhas do mercado, voltada para o bem-estar da coletividade. Já a teoria da captura vê a regulação de forma bastante ácida, como uma demanda de grupos de interesse em luta para maximizar os benefícios econômicos de seus membros. Posner critica os defensores da teoria do interesse público afirmando não só que a intervenção do Estado no domínio econômico tem um custo, mas que o mercado não é tão frágil e ineficiente quanto eles supõem. Ademais, sustenta que resultados socialmente indesejados decorrentes do processo de regulação normalmente foram buscados por grupos de interesse particulares. Ressalta Posner que no processo legislativo e administrativo de formação de uma política pública a atuação dos grupos de interesse particulares conta de forma significativa. Por outro lado, Posner constata que o poder de coerção governamental pode ser usado para gerar benefícios para grupos de interesses particulares. Como as campanhas eleitorais custam dinheiro, sugere que o dinheiro investido por grupos de interesse em certos candidatos pode ter repercussão no produto da regulação governamental. Afirmo o autor, por fim, que diversos estudos de casos permitem afirmar que a regulação seria mais bem explicada como um produto de demandas de grupos de interesse do que como expressão de interesse social na busca por eficiência ou justiça.

Os trabalhos da Escola neoclássica são marcados por uma visão cética e até pessimista sobre a efetividade da regulação⁶⁴⁸. As principais idéias são as seguintes: (i)

⁶⁴⁸ Além dos artigos de George Stigler (1971) e Richard Posner (1974), não se pode deixar de mencionar os seguintes trabalhos como constituintes da fundação da teoria neoclássica da regulação: George Stigler e Claire Friedland: “What can regulators regulate? The case of electricity”. *The Journal of Law and Economics*, vol. 5, nº 1, out. 1962, pp. 1-16; Harold Demsetz: “Why regulate utilities?” *Journal of Law and Economics*, vol. 11, nº 1, 1968, pp. 55-65; e Sam Peltzman: “Towards a more general theory of regulation”. *Journal of Law and Economics*, vol. XIX, nº 2, 1976, pp. 211-240. No artigo intitulado “What can regulators regulate? The case of electricity”, escrito em 1962 em co-autoria com Claire Friedland, George Stigler procura avaliar se a regulação efetivamente afeta o comportamento dos agentes da indústria regulada. Utilizando como exemplo o setor elétrico, Stigler se dedica a comparar estados que adotaram com outros que não adotaram formas de regulação do preço da energia elétrica nos Estados Unidos para proteger o consumidor e impedir a realização de lucros extraordinários por empresas monopolistas (razão de interesse público). O resultado da investigação de Stigler não permite afirmar que a regulação tenha efetivamente surtido efeito no preço da eletricidade e, dessa forma, promovido o interesse público. Harold Demsetz, no artigo “Why regulate utilities?”, publicado em 1968, procurava questionar os argumentos econômicos pelos quais a regulação governamental seria preferível ao livre jogo das forças de mercado. O autor sustenta que o fato de existir um monopólio natural em áreas como eletricidade, gás e saneamento (água) não seria suficiente para justificar a regulação do setor. A competição poderia ser obtida em setores caracterizados por monopólios naturais mediante o leilão de licenças para exploração das atividades entre os agentes econômicos interessados. Assim, a regulação poderia ser substituída por um processo de “licitação” competitivo no qual os agentes econômicos disputariam o direito de explorar a atividade por um período de

o processo regulatório pode ser equiparado a um mercado no qual a regulação configura um bem, os legisladores ou agências reguladoras os fornecedores, e os grupos de interesse os consumidores; esse mercado da regulação encontra-se regido pela lei da oferta e da procura⁶⁴⁹; (ii) grupos de interesse organizados buscam medidas regulatórias para proteção de seus negócios particulares⁶⁵⁰; (iii) a regulação normalmente serve para proteger a indústria e não para corrigir falhas de mercado e/ou buscar o interesse público; e (iv) a solução de mercado é sempre melhor que intervenção estatal (regulação) no domínio econômico⁶⁵¹.

Por influência da visão neoclássica, uma corrente de pensamento admite a regulação apenas para corrigir falhas do mercado: monopólio, externalidades negativas, bens públicos ou assimetria de informações. A regulação somente seria cabível se o mercado fosse incapaz de produzir uma situação ótima na alocação de recursos. A regulação poderia servir como um substituto do mercado, mas deveria utilizar sempre mecanismos orientados para o mercado (*market oriented*). De maneira geral, economistas

tempo determinado. Os trabalhos de Stigler (1962) e Demsetz (1968), ao questionarem o interesse público como fundamento da regulação, abrem caminho para a formulação da teoria neoclássica da regulação. A teoria neoclássica da regulação ganha corpo e aplicação em diversos setores através de diferentes trabalhos publicados no *Journal of Law and Economics*, da Universidade de Chicago.

⁶⁴⁹ Steven Croley esclarece que a teoria da regulação adotada por Stigler, Posner e Peltzman “treats legislative, regulatory, and electoral institutions as an economy in which relevant actors – including ordinary citizens, legislators, agencies, and organized interest groups most affected by regulatory policies – exchange regulatory ‘goods’, which are ‘demanded’ and ‘supplied’ according to the same basic principles governing the demand and supply of ordinary economic goods” (“Theories of regulation: incorporating the administrative process”. *Columbia Law Review*, vol. 98, nº 1, 1998, p. 34).

⁶⁵⁰ Nesse sentido, observa Robert Kuttner que, de acordo com a teoria econômica da regulação, “interest groups pursued politics only to win benefits at the expense of other interest groups. By analogy to economic theory, this was described as ‘free-riding’ or ‘rent-seeking’. Whereas markets by definition optimized, politics by definition diverted resources and worsened outcomes” (*Everything for sale: the virtues and limits of markets*, p. 34). Uma das vertentes da teoria econômica da regulação deu origem a estudos sobre a competição entre grupos de interesse pela obtenção de medidas regulatórias; ver a propósito os trabalhos de Sam Peltzman: “Towards a more general theory of regulation”. *Journal of Law and Economics*, vol. 19, nº 2, 1976, pp. 211-240; e Gary Becker: “A theory of competition among pressure groups for political influence”. *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 98, nº 3, 1983, pp. 371-400.

⁶⁵¹ Sobre a teoria neoclássica da regulação, ver Steven Croley: *Regulation and public interests: the possibility of good regulatory government*. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2008; e George I. Priest: “The origins of utility regulation and the ‘theories of regulation’ debate”. *Journal of Law and Economics*, vol. 36, nº 1, Parte 2, John M. Olin Centennial Conference in Law and Economics at the University of Chicago (abr. 1993), pp. 289-323. No seu trabalho, Priest procura, através de uma análise histórica da implantação de serviços de gás, eletricidade e saneamento nos Estados Unidos, apontar os equívocos e inconsistências dos estudos fundamentais da teoria neoclássica da regulação. Steven Croley, após confrontar a teoria neoclássica da regulação (*public choice theory*) com dados da experiência norte-americana, assevera em conclusão de seu trabalho que “the public choice account of regulation is idea rich, but evidence poor. It is easy to state, difficult to disprove, and resonates with deep-rooted and indeed often well-founded negative visions of politicians and politics. But its empirical record, charitably tabulated, does not vindicate its deregulatory policy prescriptions. Some regulation has undermined social welfare; much important regulation has not.

ligados à Escola de Chicago consideram como irracional e ineficiente a regulação voltada para a consecução de objetivos políticos ou sociais⁶⁵². A regulação deveria ser utilizada apenas para corrigir falhas de mercado, visando em última análise a aumentar a eficiência da economia.

Vale acrescentar ainda que economistas ligados à Escola de Chicago enfatizam a necessidade de sopesar e comparar os custos e os benefícios da intervenção estatal com as falhas de mercado. Com base nessa comparação, seria possível identificar a existência de falhas de governo (assim como existem falhas de mercado)⁶⁵³. A falha de governo ocorre quando os custos da intervenção estatal são superiores aos benefícios por ela aportados. Sustentam alguns economistas que, na regulação, ocorreriam muitas falhas de governo, em número inclusive superior às falhas de mercado que a regulação em teoria deveria corrigir⁶⁵⁴. Portanto, o custo da regulação seria por vezes superior ao próprio custo decorrente da falha de mercado. Inexistindo problemas com o funcionamento do mercado, ou sendo a falha de governo superior em termos de custo à falha de mercado, a intervenção estatal via regulação não deveria ocorrer ou deveria ser abandonada. A atuação regular do sistema de mercado seria suficiente ou, no mínimo, menos custosa, para atingir a melhor solução em termos de eficiência econômica.

Essa visão pessimista da regulação, identificada com a Escola de Chicago, contribuiu para o surgimento do movimento de *desregulação* e *desregulamentação* da economia que se iniciou nos Estados Unidos nos anos 1980, com a

Empirical studies go both ways” (*Regulation and public interests: the possibility of good regulatory government*, pp. 305-306).

⁶⁵² Anthony Ogus explica que “if social welfare is identified solely with wealth-maximization, then regulation which leads to the transfer of wealth between different groups, rather than the increase of aggregate wealth, must be treated as economically inefficient, particularly when substantial resources are spent in securing such transfers” (*Regulation: legal form and economic theory*. Oxford: Hart Publishing, 2004, p. 74).

⁶⁵³ Ver a propósito Charles Wolf Jr.: “A theory of non-market failure: framework for implementation analysis”. *Journal of Law and Economics*, vol. 22, nº 1, 1979, pp. 107-139; e também Ronald Coase: “The problem of social cost”. *The Journal of Law and Economics*, vol. 3, out. 1960, pp. 1-44.

⁶⁵⁴ “[T]he mere presence of market failure does not itself justify government intervention. Market failure can be viewed as a necessary but not sufficient condition for government intervention. Government failure may occur because it is too costly to set up and operate the subsidy scheme, regulation, or other form of intervention proposed. If this is the case, the resources that would be used in intervening are greater than those wasted through uncorrected market failure. Second, the intervention itself may be imperfect and do little to correct the market failure. Last, it should be noted that it is easy to exaggerate the costs associated with market failure and the benefits from intervention because externalities are so difficult to measure” (Colin Hoskins, Stuart McFadyen e Adam Finn: *Media economics: applying economics to new and traditional media*. Londres: Sage Publications, 2004, pp. 303-304).

ascensão de Ronald Reagan à Presidência⁶⁵⁵. A onda de *desregulação* e *desregulamentação* atingiu também o setor de mídia norte-americano⁶⁵⁶. Patrícia Aufderheide observa a propósito que “a ascensão dos republicanos à Presidência, em 1980, com a vitória dos republicanos também no Congresso, provocou um impulso da direita a favor do mercado. Os republicanos decidiram conduzir a política de comunicação, essencialmente em direção a uma abordagem voltada para o mercado e desreguladora, ao invés de tentar uma reforma ampla – uma estratégia notoriamente eficiente, e focada na FCC (Federal Communications Commission – Comissão Federal das Comunicações)”⁶⁵⁷. A *desregulação* da economia, associada à liberalização comercial estão na base da estratégia norte-americana para competir internacionalmente com empresas alemãs e japonesas.

Por outro lado, não se pode olvidar que a Escola do Interesse Público mostrou-se insuficiente como fundamento da regulação por centrar suas preocupações nas figuras do serviço público e no exercício do poder de polícia. Entretanto, como bem apontado por Calixto Salomão Filho, “a teoria da regulação, quando bem aplicada (...) pode representar exatamente a contribuição mais útil de um Estado que decide retirar-se da intervenção econômica direta (através da prestação de uma gama bastante variada de serviços) para sua função de organizador das relações sociais e econômicas e que, por

⁶⁵⁵ Para uma visão do impacto da concepção neoclássica no processo de desregulação, ver Sam Peltzman: “The economic theory of regulation after a decade of deregulation”. In *Brookings papers on economic activity: microeconomics*. Vol. 1989. Washington, DC: The Brookings Institution, 1989, pp. 1-59.

⁶⁵⁶ Com relação ao setor de mídia, David Croteau e William Hoynes afirmam que “in the 1980s, policy makers in the Reagan Administration argued that most regulation of the media industry was, in fact, not in the public interest. Led by Reagan’s FCC Chair Mark Fowler, whose metaphor of television as a toaster-with-pictures captured the idea that the media industry was no different from any other industry, media policy in the 1980’s emphasized the market model as a means for serving the public interest. (...) This deregulation approach is based on the market assumption that supply and demand is the only appropriate way of evaluating the public interest. Those media that serve some public interest are profitable and therefore survive; those media that do not serve the public interest eventually fail because they do not satisfy a significantly large enough constituency. From this perspective, there is very little need for a proactive media policy, because market is essentially self-regulating. The public interest is served by unregulated, profit-seeking media aiming to satisfy public interest” (*The business of media: corporate media and the public interest*. 2ª ed. Thousand Oaks, CA: Pine Forge Press, 2006, p. 71).

⁶⁵⁷ “Competição, concentração e o interesse público: o *Telecommunications Act* dos EUA de 1996”. *Comunicação e Política*, vol. III, nº 2, nova série, mai./ago. 1996, p. 158. Cass Sunstein observa, no entanto, que “what ‘deregulation’ really means is a shift from the status quo to a system of different but emphatically legal regulation, more specifically one of property, tort, and contract rights, in which government does not impose specific public interest obligations but instead sets up initial entitlements and then permits trades among owners and producers. This is a regulatory system as much as any other. If it seems close to the current system for newspapers and magazines, it is no less a regulatory system for that reason; a great deal of law (inevitably) governs the rights and duties of newspapers and magazines. Such law imposes rights and duties, permissions and prohibitions; among other things, it ensures, via the law of property, that some people, and not others, will have access to the public sphere” (“Television and the public interest”. *California Law Review*, vol. 88, 2000, pp. 512-513).

outro lado, reconhece ser para tanto insuficiente o mero e passivo exercício de um poder de polícia sobre os mercados”⁶⁵⁸.

A racionalidade por trás da regulação do setor de comunicação social não é apenas econômica, isto é, voltada para a busca da eficiência como um fim em si mesmo, mas, sobretudo, destinada a promover o pluralismo de informação e a diluição do poder econômico. Evidentemente que a visão da regulação defendida por autores ligados à Escola neoclássica da regulação, por admitir a regulação apenas como forma de correção de falhas de mercado, não parece ser apropriada para reger o setor de comunicação social, no qual o objetivo último é o estabelecimento de efetivo pluralismo de informação⁶⁵⁹. O livre jogo das forças de mercado, a toda evidência, não é capaz de promover o pluralismo de informação e a diluição de poder no setor de comunicação social, tal como prescrito pelo texto da Constituição brasileira.

2.3.3 – Auto-regulação: limites e virtudes

A visão neoclássica mais extremada prega que a regulação estatal deve ser a menor possível e deve sempre incentivar a solução de problemas pelos próprios agentes econômicos por intermédio da auto-regulação.

Ensina Calixto Salomão Filho que a visão neoclássica ligada à Escola de Chicago, ao constatar que a regulação não pode reproduzir em laboratório as regras de mercado, passa a pregar a desregulação e a desregulamentação como formas para permitir ao mercado atuar de forma livre⁶⁶⁰. Acrescenta o autor que “por essa mesma origem histórica e ideológica a desregulação vem geralmente acompanhada da auto-regulação. A desregulação faz-se através de mecanismos de auto-regulação, exatamente porque é através da auto-regulação que se pretende criar as condições ideais para tornar efetiva a ‘mão invisível’ do mercado”⁶⁶¹.

⁶⁵⁸ *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*, p. 14.

⁶⁵⁹ Teoria da regulação concebida a partir da visão neoclássica surge como crítica ao Estado intervencionista. Reflexões sobre a regulação devem ser vistas com reservas na parte mais ideológica (combate à atuação estatal), mas trazem contribuições interessantes no tocante a aspectos como consideração dos diversos interesses envolvidos no desenvolvimento da atividade regulatória e riscos de captura do órgão regulador pelos agentes do mercado.

⁶⁶⁰ *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*, pp. 23-24.

⁶⁶¹ *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*, p. 24. Eros Roberto Grau observa que “essa teoria – a *teoria da regulação* – ao supor seja a sociedade auto-sustentável, propõe a regulação a

Os autores ligados à Escola de Chicago sustentam que normalmente a “falha do Estado” é maior que a “falha de mercado” que a regulação pretende corrigir e, assim, a intervenção estatal é, no mais das vezes, desnecessária e contraproducente. A auto-regulação pelo mercado, por seu turno, seria capaz de proporcionar uma situação de equilíbrio dos mecanismos econômicos. Segundo Vital Moreira, “quando Adam Smith se referia à ‘mão invisível’ do mercado como instância reguladora da economia, ou quando os neoliberais reclamam a abolição da regulação e a devolução para a auto-regulação, estão a referir este sentido. Aqui auto-regulação significa *ausência de regulação*, no sentido em que definimos esse conceito, enquanto regulação *artificial*”⁶⁶².

O conceito de auto-regulação, no entanto, não é unívoco. A auto-regulação está ligada à idéia de regulação privada em oposição à regulação estatal. Esta se configura como uma hetero-regulação, isto é, uma forma de regulação exercida por um organismo exterior ao setor regulado. Vital Moreira esclarece que “aplicada ao sistema económico, a expressão auto-regulação é utilizada na literatura com três sentidos diferentes: a) como capacidade de funcionamento equilibrado da economia, sem necessidade de normas exteriormente impostas aos agentes económicos –, é assim que se fala nos ‘poderes auto-reguladores do mercado’ (...); b) como regulação de um determinado grupo por meio de normas voluntárias e autovinculação voluntária (auto-regulação privada); c) como capacidade de um determinado grupo de se regular a si mesmo mediante reconhecimento oficial e com meios de direito público (poder regulamentar, disciplinar, etc. obrigatório para toda a categoria)”⁶⁶³. A auto-regulação normalmente é empregada para referir-se à idéia de regulação pelos próprios agentes do mercado (primeiro sentido dado por Vital Moreira) ou por organismos associativos ou entidades representativas dos próprios interessados (segundo sentido proposto por Vital Moreira). A terceira acepção do termo auto-regulação sugerida por Vital Moreira normalmente liga-se à

partir ‘de dentro’ (substitui a *exoregulação* pela *endoregulação* ou *autoregulação*) e, ao dispensar a participação do Estado (também) como agente da produção do *direito moderno*, deita por terra a concepção da ‘*volonté générale*’, ignora a correlação entre *direito* e *violência* e a noção de *interesse público* recuperada como *interesse social* e predica serem todos os homens dotados da sabedoria da *prudência*” (“Discurso neoliberal e a teoria da regulação”. In Ricardo Antonio Lucas Camargo (org.): *Desenvolvimento económico e intervenção do estado na ordem constitucional: estudos jurídicos em homenagem ao professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 72).

⁶⁶² *Auto-regulação profissional e administração pública*, p. 53.

⁶⁶³ *Auto-regulação profissional e administração pública*, p. 53.

esfera das organizações profissionais (como a Ordem dos Advogados do Brasil, por exemplo).

No centro da noção de auto-regulação, cumpre frisar, está a idéia de exclusão da participação estatal da tarefa regulatória⁶⁶⁴. Vital Moreira destaca que a principal motivação da auto-regulação é evitar a regulação estatal direta, tendo ela geralmente o condão de prevenir e precluir a intervenção estatal⁶⁶⁵.

Costuma-se atribuir à auto-regulação duas vantagens fundamentais: expertise técnica e incentivo à cooperação⁶⁶⁶. Em primeiro lugar, como os agentes econômicos geralmente possuem um conhecimento mais aprofundado do setor econômico no qual atuam, a auto-regulação tende a se ajustar melhor às necessidades da indústria e à solução de seus problemas particulares, sobretudo no tocante a aspectos técnicos. Além disso, outra vantagem relevante decorre do fato de que a auto-regulação incentiva o cumprimento das decisões regulatórias por meio de comportamento cooperativo dos agentes econômicos⁶⁶⁷.

O princípio que rege a auto-regulação é o da autonomia privada. Isso significa que é livre a adesão dos agentes econômicos às normas oriundas da auto-regulação. A auto-regulação está associada assim à idéia de vinculação voluntária dos agentes econômicos a regras por eles mesmos criadas (autovinculação). Em razão disso, a cooperação dos agentes regulados no cumprimento das regras estabelecidas por meio da auto-regulação implica um incremento significativo da efetividade e da eficiência da regulação. Esse ponto é de fundamental importância. Como salienta Calixto Salomão Filho, “a presença de cooperação em setores regulados é fundamental para o desenvolvimento. De um lado, assegura um grau muito maior de efetividade para as

⁶⁶⁴ Angela Campbell observa que “the term ‘self-regulation’ means that the industry or profession rather than the government is doing the regulation. (...) Often times, an industry will engage in self-regulation in an attempt to stave off government regulation” (“Self-regulation and the media”. *Federal Communications Law Journal*, vol. 51, nº 3, 1999, p. 715).

⁶⁶⁵ *Auto-regulação profissional e administração pública*, p. 93.

⁶⁶⁶ Sobre as vantagens e desvantagens da auto-regulação, ver Robert Baldwin e Martin Cave: *Understanding regulation: theory, strategy and practice*. Oxford: Oxford University Press, 1999, pp. 125 e seguintes.

⁶⁶⁷ Angela Campbell ressalta que “another argument in support of self-regulation is that it provides greater incentives for compliance. It is thought that if rules are developed by the industry, industry participants are more likely to perceive them as reasonable. Companies may be more willing to comply with rules developed by their peers rather than those coming from the outside” (“Self-regulation and the media”. *Federal Communications Law Journal*, vol. 51, nº 3, 1999, p. 716).

normas e decisões do órgão regulador. Mas, muito mais que isso, (...) assegura que as partes (aqui entendidas como o agente regulador, todos os agentes regulados e todos os usuários dos serviços), possam descobrir os comportamentos de maior proveito social (ainda que de menor proveito individual)»⁶⁶⁸.

Ocorre, porém, que inexistente garantia de que a expertise técnica dos agentes econômicos seja utilizada na auto-regulação em benefício da coletividade. Parece mais plausível supor que a auto-regulação seja mais facilmente utilizada para a promoção dos interesses próprios da indústria ou de seus agentes, inclusive a obtenção de maior rentabilidade, do que para a proteção do interesse público. A lógica sugere que a auto-regulação tende a dar mais atenção aos interesses da indústria regulada em detrimento do interesse de terceiros (empresas que não atuam no setor auto-regulado) ou do interesse coletivo (usuários ou consumidores afetados). Ademais, é especialmente delicada a questão da aplicação de sanções na hipótese de descumprimento das regras estabelecidas por intermédio de processos de auto-regulação. A auto-regulação dificilmente se mostra capaz de criar mecanismos de fiscalização e, sobretudo, de coerção capazes de assegurar a observância das regras por ela estabelecidas para a indústria. O descumprimento das regras tende a ficar impune, o que, no limite, compromete a credibilidade do regime de auto-regulação⁶⁶⁹.

A auto-regulação parece ser não só insuficiente para garantir o pluralismo externo e interno no setor de comunicação social, como até mesmo contrária à determinação constitucional de diluição da concentração de poder no setor de comunicação social⁶⁷⁰.

⁶⁶⁸ “Regulação e desenvolvimento”. In Calixto Salomão Filho (coord.): *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 54.

⁶⁶⁹ Nesse sentido, Angela Campbell ressalta que “many question the adequacy of enforcement in self-regulatory regimes. Industry may be unwilling to commit the resources needed for vigorous self-enforcement. It is also unclear whether industry has the power to enforce adequate sanctions. At most, a trade association may punish noncompliance with expulsion. Whether expulsion is an effective deterrent depends on whether the benefits of membership are important. In many cases, expulsion and other sanctions, such as denial of the right to display a seal, are insufficient. (...) Where a company can make greater profit by ignoring self-regulation than complying, it is likely to do so, especially where non compliance is not easily detected by the consumer or likely to harm the particular company’s reputation. Like cartels, self-regulatory frameworks may unravel because of cheaters” (“Self-regulation and the media”. *Federal Communications Law Journal*, vol. 51, nº 3, 1999, p. 718).

⁶⁷⁰ Eros Roberto Grau de maneira contundente afirmou o seguinte em conferência realizada por ocasião do IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional: “estou inteiramente convencido de que, sendo a sociedade capitalista uma sociedade que se rege, que se estrutura fundamentalmente sobre a prática de relações de intercâmbio, e não de relações de comunhão de escopo – eu estou usando aqui a clássica expressão que vem

No entanto, a auto-regulação pode ser incentivada ou impulsionada pelo Poder Público. Se associada a mecanismos de regulação – e, portanto, em uma posição complementar –, a auto-regulação (por meio, por exemplo, de códigos de conduta e códigos de ética para os profissionais de mídia) pode representar um instrumento interessante para a garantia do pluralismo da informação no setor de mídia. Nesse sentido, pode-se falar em auto-regulação regulada⁶⁷¹ como um mecanismo que pode contribuir para promover o pluralismo da informação na comunicação social, sobretudo, no tocante ao incremento da diversidade de pontos de vista e de correntes de pensamento e de opinião (pluralismo interno) nos veículos de mídia.

2.3.4 – Regulação social e atividades de interesse público

A regulação não é feita exclusivamente em função de interesses econômicos. Autores como Anthony Ogus e Giles Burgess identificam duas formas de regulação: regulação econômica e regulação social⁶⁷².

A regulação econômica visa a ajudar o desempenho (*performance*) do mercado na sua tarefa de alocar recursos ou fornecer paliativos para o problema de falta de concorrência. Ela está normalmente associada ao direito antitruste e às preocupações com situações de monopólio. A regulação social, por seu turno, decorre da incapacidade do mercado de promover determinados valores não-econômicos julgados relevantes para o

lá de Grotius, que von IHERING tomou e Túlio ASCARELLI aprimorou. Von IHERING expõe de modo extremamente simples a distinção entre as duas, dizendo que, nas relações de intercâmbio, o meu lucro é o prejuízo do outro e que, nas relações de comunhão de escopo, que são os contratos associativos, o meu lucro é o lucro do outro (*mein Gewin, sein Schaden; mein Gewin, sein Gewin*). Estou inteiramente convencido de que não é possível a autoregulação senão no âmbito das relações de escopo” (“Atividade econômica e regulação”. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, nº 3 (Anais do IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional), 2003, pp. 450-451).

⁶⁷¹ Sobre a auto-regulação regulada, ver Wolfgang Schulz e Torsten Held: *Regulated self-regulation as a form of modern government: an analysis of case studies from media and telecommunications law*. Eastleigh: University of Luton Press, 2004. Os autores qualificam a auto-regulação regulada como “self-regulation that fits in a framework set by the state to achieve the respective regulatory objectives” (*Ibidem*, p. 8). Vital Moreira, a seu turno, associa *auto-regulação regulada* a *auto-regulação oficial*, que teria como características: “a) reconhecimento das organizações auto-regulatórias; b) definição da sua jurisdição regulatória e dos seus poderes; c) tutela do Estado” (*Auto-regulação profissional e administração pública*, p. 110).

⁶⁷² Cf. Anthony Ogus: *Regulation: legal form and economic theory*. Oxford: Hart Publishing, 2004; e Giles Burgess: *The economics of regulation and antitrust*. Nova Iorque: Harper Collins, 1995.

bem estar da coletividade⁶⁷³. Ela traduz uma ruptura com a crença cega no mercado e no *laissez-faire*. Com a regulação social, procura-se promover ou incentivar determinados valores e princípios julgados de interesse público, ainda que isso implique certo sacrifício de valores econômicos como lucratividade e eficiência⁶⁷⁴.

Tradicionalmente, a justificação apresentada para a regulação social decorre, de um lado, da ocorrência de falhas de mercado (poder econômico, assimetria de informações, externalidades, bens públicos) e, de outro lado, do interesse político em se promover outros valores sociais, políticos e culturais julgados relevantes para a coletividade. Todavia, pensamos que justificar a regulação social a partir da perspectiva econômica, como uma correção de falhas de mercado, representa uma visão muito limitada⁶⁷⁵. O mercado não pode ser considerado sempre a primeira opção para a distribuição de bens e serviços. Parece ser mais apropriada uma perspectiva política para justificar a regulação social. Nessa perspectiva, a regulação social decorre de uma opção política pela promoção de certos valores sociais, políticos e culturais relevantes para a sociedade⁶⁷⁶.

A regulação social é feita em função do interesse público. Ela procura refletir valores e princípios escolhidos de forma democrática pela coletividade. Em outras palavras, pode-se dizer que a regulação social tem finalidades exteriores à atividade econômica, ao universo dos agentes econômicos que atuam no mercado. Anthony Ogus

⁶⁷³ Cf. Giles Burgess: *The economics of regulation and antitrust*, p. 11. Numa perspectiva econômica, sustenta o autor que “whereas economic regulation is presumed to increase supply of market goods – public utility regulation requires the regulated firm to obtain approval for the price it sets to control monopoly, and antitrust regulation prohibits (selected) behaviors that produce monopoly-like distortions – social regulation is intended to increase the supply of nonmarket goods at the expense of market goods” (*Ibidem*, p. 28).

⁶⁷⁴ Nas palavras de Giles Burgess “social regulation is employed to increase production of things with nonmonetary value – often at an expense to things with monetary value. It is intended to substitute centralized, political control for individualized, market control; it involves a change in process to obtain the (politically) preferred changes in result” (*The economics of regulation and antitrust*, p. 389).

⁶⁷⁵ Burkard Eberlein sustenta que “la régulation ne porte pas seulement sur le fonctionnement efficace du marché ; elle ouvre aussi un champ politique important lié au traitement des conflits de distribution et à la poursuite des objectifs sociaux et politiques mis en avant par les différents acteurs, y compris les agents ou administrateurs de la régulation eux-mêmes” (“L’État régulateur en Europe”. *Revue Française de Science Politique*, vol. 49, n° 2, abr. 1999, p. 219).

⁶⁷⁶ Paulo Todescan Lessa Mattos entende que a ação regulatória do Estado pode ocorrer sob uma perspectiva econômica ou social. A primeira pode ser entendida como técnicas administrativas de correção de “falhas de mercado” e técnicas administrativas de estabilização e desenvolvimento econômico; já a segunda pode ser entendida como técnicas administrativas de promoção de valores sociais e culturais (*O novo Estado Regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*, pp. 42-43). Com relação à ação regulatória do Estado que visa à promoção de valores sociais e culturais, entende o autor que “tal tipo de regulação está associado não à correção de falhas de mercado convencionais, conforme descritas pela teoria econômica, mas à realização de valores mediante proteção garantida em norma” (*Ibidem*, p. 51).

observa que “qualquer tentativa de elaborar uma lista exaustiva de finalidades de interesse público que podem justificar a regulação seria inútil, uma vez que o que constitui ‘interesse público’ varia de acordo com o tempo, espaço e os valores específicos adotados por uma sociedade particular”⁶⁷⁷. O interesse público que justifica a regulação, muito mais que um conceito abstrato, é o produto de uma construção histórica. Ele emerge como o resultado do embate político em uma dada sociedade num determinado momento histórico⁶⁷⁸.

A escolha e formulação de técnicas e mecanismos regulatórios passa preliminarmente pela definição dos fundamentos e objetivos da regulação. Antes de qualquer proposta de implementação de novos mecanismos regulatórios ou avaliação de seus resultados, é importante discernir com clareza e compreender quais os princípios e valores que regem a regulação. Se existe algum interesse ou utilidade na distinção entre regulação econômica e regulação social, ele reside na possibilidade de identificação de forma mais clara dos valores e finalidades envolvidos no processo regulatório.

No setor de comunicação, existe uma tensão constante entre duas idéias fundamentais: mercado e interesse público. De um lado, colocam-se os imperativos econômicos, notadamente a busca por lucratividade, e, de outro lado, os valores sociais e políticos, tais como a promoção do pluralismo da informação e da diversidade cultural. De maneira geral, a prevalência do mercado está associada à desregulação da atividade econômica, ao passo que a idéia de interesse público exige a intervenção regulatória do Estado no setor de mídia.

O setor de comunicação social constitui o principal elemento do que podemos chamar de esfera pública na sociedade contemporânea. Ele cumpre um papel fundamental no sistema democrático ao prover a sociedade com a informação e o conhecimento necessários para a tomada de decisões sobre assuntos políticos e econômicos. A regulação da mídia está intimamente associada à caracterização dos meios de comunicação social como elementos centrais da esfera pública na sociedade

⁶⁷⁷ No original: “Any attempt to formulate a comprehensive list of public interest goals which may be used to justify regulation would be futile, since what constitutes ‘public interest’ will vary according to time, place, and the specific values held by a particular society” (*Regulation: legal form and economic theory*, p. 29).

⁶⁷⁸ Nesse sentido, Michael Clarke afirma que “regulation is an essentially political process. How matters come to public attention as requiring regulatory intervention is a process of political mobilization” (*Regulation: the social control of business between law and politics*. Nova Iorque: Palgrave MacMillan, 2000, p. 3).

contemporânea e à sua importância para o sistema democrático e a promoção do desenvolvimento.

No setor de comunicação social, a regulação encontra seu fundamento no princípio do pluralismo político e social e nos direitos dos cidadãos de comunicação social (liberdade de expressão e direito à informação). A regulação da mídia caracteriza-se, sobretudo, como uma regulação social. Regula-se não só o poder econômico, mas principalmente o poder político exercido pelos veículos de comunicação social na esfera pública de uma sociedade democrática. A regulação da mídia tem por objetivo promover o pluralismo da informação e garantir a diluição do poder econômico e político. Ela é justificável na medida em que busca assegurar o que o mercado não pode oferecer, isto é, a promoção de valores outros que não o lucro e a eficiência econômica.

2.3.5 – Problema da captura do órgão regulador e participação dos interessados

Conforme visto acima, nos trabalhos seminais da Escola neoclássica da regulação, é marcante a idéia de que a regulação serve primordialmente para atender o interesse de grupos dotados de grande capacidade de mobilização política. Na visão neoclássica, os agentes políticos responsáveis pela regulação, como quaisquer agentes econômicos, buscariam em sua atividade a maximização de seu interesse próprio. Dessa forma, grupos de interesse poderiam influenciar o processo regulatório mediante o oferecimento de suporte financeiro para as campanhas eleitorais⁶⁷⁹.

Richard Posner, no artigo “Theories of economic regulation” (1974), sustenta que a regulação é mais bem explicada pela “teoria da captura”, isto é, como o

⁶⁷⁹ Sam Peltzman sumariza a visão neoclássica nos seguintes termos: “one consequence of a regulatory decision is that members of groups affected by the decision will be moved to vote for or against the representative politician. Because his ultimate goal is securing and enhancing his power, the politician prefers decisions that directly elicit favorable votes. Regulatory decisions can also elicit campaign contributions, contributions of time to get-out-the-vote, occasional bribes, or well-paid jobs in the political afterlife. Because the more well-financed and well-staffed campaigns tend to be the more successful and because self-interested politician also values wealth, he will pay attention to these resource (money) consequences of regulatory decision as well as to the direct electoral consequences. Accordingly, groups that may themselves be too small to offer many votes directly in support of a regulatory policy can nevertheless affect that policy by delivering other valuable resources” (“The economic theory of regulation after a decade of deregulation”. In *Brookings papers on economic activity: microeconomics*. Vol. 1989. Washington, DC: The Brookings Institution, 1989, pp. 6-7).

resultado da atuação de grupos de interesse junto aos agentes políticos⁶⁸⁰. Dois anos antes, no artigo intitulado “Producer protection, prior market structure and the effects of government regulation” (1972)⁶⁸¹, William Jordan comparava duas hipóteses no tocante à regulação da atividade econômica por agências reguladoras nos Estados Unidos: a da proteção do consumidor (*consumer-protection hypothesis*) e a da proteção do produtor (*producer-protection hypothesis*). Segundo Jordan, embora o propósito tradicionalmente proclamado pela regulação fosse o da proteção do consumidor contra a exploração promovida por empresas dotadas de grande poder econômico (*consumer-protection hypothesis*), estudos e dados teriam demonstrado que a hipótese que melhor explicaria a regulação seria a da proteção do produtor (*producer-protection hypothesis*), uma vez que, em diversas situações, o efeito real da regulação teria sido a manutenção ou o incremento do poder dos agentes da indústria regulada.

Segundo a teoria da captura, a regulação é uma forma de intervenção estatal no domínio econômico feita não em função da busca do interesse público, mas para privilegiar os interesses econômicos de grupos de interesse específicos (agentes econômicos do setor regulado, sindicatos, etc.)⁶⁸². Para lidar com o problema da captura, alguns autores recomendam a adoção de medidas de desregulação da economia, certos de que a melhor maneira de prevenir a captura do governo ou do órgão regulador é fazer com que ele se torne desnecessário, mediante a supressão de seus poderes de modificar ou interferir no livre jogo das forças de mercado⁶⁸³.

Ao tratar da captura, esclarece Floriano de Azevedo Marques Neto que esta designa a “possibilidade de mitigação da imparcialidade do agente regulador em função da influência nas suas decisões exercida por agentes de mercado, pelos consumidores ou pela política circunstancial de governo. Não se trata de prática de atos (clara e diretamente) coibidos pela legislação, como corrupção, prevaricação ou concussão.

⁶⁸⁰ Alguns autores atribuem a idéia inicial da teoria da captura ao trabalho de Marver H. Bernstein: *Regulating business by independent commission* (Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1955), que advoga a tese do ciclo de vida das agências reguladoras.

⁶⁸¹ William A. Jordan: “Producer protection, prior market structure and the effects of government regulation”. *Journal of Law and Economics*, vol. 15, nº 1, 1972, pp. 151-176.

⁶⁸² Segundo Kip Vicusi, Joseph Harrington e John Vernon, “basically, the CT [capture theory] states that, whether by design or not, the agency that is meant to regulate an industry is ‘captured’ by that industry. The implication is that regulation promotes industry profit rather than social welfare” (*Economics of regulation and antitrust*, 4ª ed. Cambridge, MA: The MIT Press, 2005, p. 375).

⁶⁸³ Cf. Ha-Joon Chang: “The economics and politics of regulation”. *Cambridge Journal of Economics*, vol. 21, nº 6, 1997, p. 714.

Na verdade são muitos sutis os desvios da regulação em favor de um ou outro interesse, de maneira que se torna um tanto nebulosa a percepção da quebra da imparcialidade ou da independência do ente administrativo”⁶⁸⁴.

A teoria da captura identifica um aspecto fundamental da regulação: ela promove a transferência de riqueza entre membros da sociedade. Em outras palavras, a regulação está intimamente associada à idéia de distribuição da riqueza. Em função disso, a avaliação de medidas regulatórias não pode descurar do problema da captura do órgão regulador pelo(s) grupo(s) de interesses que atua(m) na indústria ou setor regulado.

O problema da captura do órgão regulador não pode ser negligenciado, sobretudo no Brasil. Isso porque, segundo Sérgio H. de Abranches, “freqüentemente, os conflitos são resolvidos sem regras claras, sem transparência processual, mediante pressão dos interessados sobre distintos nichos da hierarquia burocrática. Esta modalidade de resolução de conflitos, além de não-democrática, incentiva uma série de vícios no relacionamento da burocracia com grupos de pressão e das próprias autoridades governamentais com núcleos específicos de interesses”⁶⁸⁵. Diogo R. Coutinho acrescenta que “em países subdesenvolvidos como o Brasil, tem-se uma agravante ao risco intrínseco da captura: a demanda por regulação (que freqüentemente é uma demanda por *ausência* ou *flexibilização* da regulação) tende a se misturar com as demandas por medidas cambiais, fiscais, trabalhistas, previdenciárias ou financeiras (isto é, demandas macroeconômicas extra-regulação indiretamente relacionadas à atuação das agências de regulação). Em razão de serem grandes investidores e de grandes e ininterruptos investimentos dependerem ainda hoje de estabilidade econômica, as empresas prestadoras de serviços públicos privatizados têm tratamento privilegiado por parte do governo. Seus pleitos de ordem regulatória se dão não somente nas agências de regulação, mas também no Legislativo e no Executivo, o que de certa maneira amplia o espectro de pressões políticas sobre agências em que são ainda incipientes a atuação, a independência e o aprendizado, o que agrava o risco de captura e gestão política”⁶⁸⁶.

⁶⁸⁴ “Nova regulação dos serviços públicos”. *Revista de Direito Administrativo*, nº 228, abr./jun. 2002, p. 28.

⁶⁸⁵ “Reforma regulatória: conceitos, experiências e recomendações”. *Revista do Serviço Público*, ano 50, nº 2, abr./jun. 1999, p. 29.

Em economias marcadas pela concentração do poder econômico, o risco de captura dos órgãos de regulação se mostra particularmente preocupante. Fábio Nusdeo alerta que, de fato, “a grande preocupação dos oligopolistas, como também dos monopolistas, é manter as chamadas *barreiras*, com vistas a evitar a entrada de novos competidores, o que procuram fazer sofisticando, às vezes desnecessariamente, os seus produtos e em muitos casos *capturando* as agências reguladoras do seu setor de atividade, sugerindo medidas obrigatórias de qualidade ou segurança cuja finalidade é a de dificultar a chegada de novos participantes”⁶⁸⁷.

Se o risco de captura do órgão regulador é perene, afirmar, de forma determinista – como sugere a teoria neoclássica da regulação –, que a captura ocorrerá *necessariamente* parece ser excessivo. Não se deve subestimar a capacidade e o poder de influência de determinados grupos de interesse, detentores de poder econômico, sobre a atuação dos órgãos reguladores⁶⁸⁸. Entretanto, a captura do órgão regulador não pode ser considerada inevitável⁶⁸⁹. A observação da realidade certamente não corrobora essa visão determinista. A teoria neoclássica da regulação incorre no erro de acreditar que o “modelo único” serve para todas as situações.

Primeiramente, não parece correta a afirmação de que a única motivação dos funcionários públicos ou políticos é a busca da maximização de seu interesse próprio. Embora o comportamento egoísta não possa ser descartado, é fato que muitos funcionários públicos ou políticos agem com base em diferentes valores éticos e morais – que vão desde preocupações altruístas até a defesa do espírito de corpo, passando por considerações como

⁶⁸⁶ Diogo R. Coutinho: “Privatização, regulação e desafio da universalização do serviço público no Brasil”. In José Eduardo Faria (org.): *Regulação, direito e democracia*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002, p. 81.

⁶⁸⁷ *Curso de economia: introdução ao direito econômico*, p. 272.

⁶⁸⁸ Ao tratar da relação entre o órgão regulador e a indústria regulada, Burkard Eberlein observa que “cette relation se caractérise par une profonde asymétrie informationnelle. Pour une régulation effective, le régulateur dépend essentiellement de l’information contrôlée par le monopoleur. D’une façon plus générale, l’objectif de la régulation, à savoir, le respect des règles, suppose une certaine collaboration entre organismes régulateurs et industries régulées. La nécessité d’une collaboration peu entraîner le régulateur à transiger sur certains des objectifs de la régulation tels que les obligations d’intérêt public. C’est là une des sources importantes de captation du régulateur par l’industrie régulée” (“L’État régulateur en Europe”. *Revue Française de Science Politique*, vol. 49, n° 2, abr. 1999, p. 214).

⁶⁸⁹ Nesse sentido, assegura Michael Clarke que “capture (...) is a serious risk for state regulation, but not an inevitability” (*Regulation: the social control of business between law and politics*. Nova Iorque: Palgrave MacMillan, 2000, p. 116).

cumprimento do dever ou de normas legais, solidariedade e valores cristãos⁶⁹⁰. Ademais, mudanças e arranjos institucionais nos processos e organismos de tomada de decisão regulatória podem contribuir para reduzir o risco de captura⁶⁹¹. Nesse sentido, algumas sugestões comumente feitas para reduzir os riscos de captura são as seguintes:

- a) ampla notificação do público sobre a regulação; elaboração de estudos preliminares por expertos independentes; e difusão da pluralidade de informações e dados sobre a regulação;
- b) incentivo à participação dos diversos grupos de interesse no processo regulatório, inclusive mediante formas de representação de interesses difusos (consumidores, meio ambiente, etc.); formação de comitês de avaliação; e divulgação de manifestações, propostas e sugestões das partes interessadas;
- c) consultas e, sobretudo, audiências públicas; diálogo entre as partes com interesses conflitantes visando à negociação e busca de consenso ou compromisso;
- d) decisão colegiada sobre a formulação da regulação e transparência das decisões do órgão regulador (fundamentação e publicidade das decisões);
- e) autonomia hierárquica (não revisão das decisões por órgãos governamentais; revisão apenas judicial), administrativa (em relação à burocracia estatal), e financeira (receitas regulares).

⁶⁹⁰ Para um panorama das diversas teorias que procuram justificar a regulação, ver Robert Baldwin e Martin Cave: *Understanding regulation: theory, strategy and practice*. Oxford: Oxford University Press, 1999, pp. 20 e seguintes.

⁶⁹¹ A propósito ver Steven Croley: *Regulation and public interests: the possibility of good regulatory government*. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2008; e Greg Palast, Jerrold Oppenheim e Theo MacGregor: *Democracy and regulation: how the public can govern essential services*. Londres: Pluto Press, 2003. Esses autores ressaltam a importância do *método* pelo qual a regulação é produzida, o qual deve ser o resultado de um processo democrático, com decisões tomadas a partir de um debate aberto, em um fórum público, com ampla informação de todas as partes interessadas.

Parece-nos que a postura do jurista face à regulação não pode ser ingênua, a ponto de ignorar o poder de influência dos grupos de interesse e o risco de captura do órgão regulador, nem incrédula, a ponto de desacreditar na possibilidade de formulação de arranjos institucionais e mecanismos jurídicos que possibilitem a prevalência do interesse coletivo no processo regulatório⁶⁹².

Cumpre salientar ainda a importância da consideração da experiência e dos argumentos e opiniões das partes direta ou indiretamente afetadas pela regulação. O conhecimento econômico essencialmente prático é fundamental para os órgãos reguladores. A idéia de que um órgão da burocracia estatal pode deter ou reunir o conhecimento necessário para a regulação de atividades econômicas complexas e dinâmicas é uma quimera. A visão do Estado onisciente é anacrônica.

Atividades econômicas complexas, caracterizadas por constantes mutações tecnológicas, exigem um modelo de regulação que leve em consideração o conhecimento e as informações detidos pelos diferentes atores que participam do setor econômico regulado. Isso significa, que a participação dos atores envolvidos no desenvolvimento da atividade econômica (empresas, organizações sociais, consumidores, Estado) é essencial para a regulação. Nesse sentido, sustenta Calixto Salomão Filho que “é preciso (...) garantir que o conhecimento econômico flua e se transmita para os órgãos reguladores e planejadores. Daí, a necessidade da participação dos vários grupos sociais envolvidos pela prestação de um determinado serviço participarem do processo de elaboração de regulamentação”⁶⁹³.

A participação ampla dos interessados no processo regulatório tem conseqüências diretas na redução dos riscos associados a erros de avaliação e ampliação do consenso relativo à aceitação da regulação. Acrescenta Floriano de Azevedo Marques Neto que “do ponto de vista político, há a necessidade de que a atividade regulatória seja permeável à participação da sociedade (em todos os seus seguimentos, não apenas de

⁶⁹² Para uma discussão aprofundada da legitimidade da ação reguladora do Estado, ver Paulo Todescan Lessa Mattos: *O novo Estado Regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*. São Paulo: Singular, 2006.

⁶⁹³ “Regulação e desenvolvimento”. In Calixto Salomão Filho (coord.): *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 49.

atores econômicos mas de usuários, grupos de pressão, associações etc) e suscetível de controles não só pelos organismos institucionais, mas também pela própria sociedade”⁶⁹⁴.

Capítulo 3 – Inovações tecnológicas e promoção do pluralismo na mídia: da esperança ao desencanto

Embora reconhecendo que a concentração da mídia é um problema para a democracia, alguns autores argumentam que o advento de inovações tecnológicas seria capaz, por si só, de aumentar a oferta de informação e modificar a configuração estrutural do setor.

Nessa visão quase que idílica e, certamente utópica, a tecnologia teria um papel libertador e democratizante intrínseco. Associada a essa visão libertadora da tecnologia, está o argumento de que, uma vez que o advento de inovações tecnológicas pode, por si só, tornar a mídia menos concentrada e mais diversificada, não haveria necessidade de qualquer intervenção regulatória para promoção do pluralismo⁶⁹⁵.

No livro clássico *Capitalismo, socialismo e democracia*⁶⁹⁶, o economista Joseph Schumpeter defende a tese de que o fator determinante do desenvolvimento capitalista é o progresso tecnológico. Schumpeter qualifica como fictícia a visão neoclássica da economia de mercado assentada no equilíbrio estático e tendo como ideal a competição perfeita. Para ele, o capitalismo é um sistema essencialmente dinâmico. Schumpeter argumenta que em uma situação de competição perfeita não haveria excedente para se investir em inovação, pois o produtor não teria influência sobre o preço de seu produto, visto que este seria definido pelas forças de mercado. A competição imperfeita

⁶⁹⁴ “Nova regulação dos serviços públicos”. *Revista de Direito Administrativo*, nº 228, abr./jun. 2002, pp. 13-29.

⁶⁹⁵ Robert McChesney observa que esse gênero de argumento não é novo. Para o autor, “in the 1990s a new argument has emerged, the effect of which is to suggest that we have no reason to be concerned about concentrated corporate control and hypercommercialization of media. This is the notion that the Internet, or, more broadly, digital communication networks, will set us free. This is hardly an unprecedented argument; every major new electronic media technology this century, from film, AM radio, shortwave radio, and facsimile broadcasting to FM radio, terrestrial television broadcasting, cable TV, and satellite broadcasting, has spawned similar utopian notions. In each case, to varying degrees, visionaries have told us how these new magical technologies would crush the existing monopolies over media, culture, and knowledge and open the way for a more egalitarian and just social order” (*Rich media poor democracy: communication politics in dubious time*. Urbana: University of Illinois Press, 1999, pp. 119-120).

seria necessária para a evolução capitalista: os agentes econômicos, na busca por lucros extraordinários, decorrentes de posições de domínio de mercado (monopólio), investiriam em tecnologia visando a superar os concorrentes e assim promoveriam a evolução do sistema capitalista. Na teoria Schumpeteriana, o processo evolutivo do capitalismo é provocado por revoluções incessantes da estrutura econômica a partir de dentro, das próprias forças de mercado, com a destruição do antigo e criação do novo, num processo de “destruição criadora”. O progresso tecnológico aparece na obra de Schumpeter como o elemento impulsionador do desenvolvimento econômico.

Considerando que o setor de mídia é significativamente dependente de tecnologia, a teoria Schumpeteriana teria aí, em princípio, vasto campo de aplicação. Entretanto, a observação da realidade brasileira, sobretudo, da televisão, mostra de forma cristalina que não basta o advento de novas tecnologias para a alteração da estrutura organizacional do setor de comunicação social a partir de dentro, isto é, das próprias forças de mercado⁶⁹⁷. O surgimento de novas tecnologias de comunicação não serviu de mola propulsora do desenvolvimento ou da mudança estrutural do setor de comunicação. Pelo contrário, o que se verificou na prática é que as novas tecnologias de comunicação normalmente foram apropriadas pelas estruturas de poder existentes no setor de mídia⁶⁹⁸.

A história da comunicação no Brasil parece dar razão a Humberto Abdalla Jr. e Murilo César Ramos, que ressaltam que “toda transição tecnológica na comunicação traz com ela a esperança de uma revolução civilizatória; na educação, na informação, na cultura. Mas toda ela, até hoje, resultou no infortúnio da comunicação

⁶⁹⁶ Joseph A. Schumpeter: *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1984.

⁶⁹⁷ Escrevendo sobre o mercado de televisão aberta no Brasil, César Bolaño pondera que “o desenvolvimento tecnológico, que se tem mostrado elemento crucial para a evolução histórica da televisão em nível mundial, é dado nesse setor exogenamente, pela evolução de setores correlatos como o das telecomunicações, da indústria eletrônica ou da computação. Assim, a luta competitiva pelo domínio técnico no interior do mercado de televisão, sendo crucial, é uma questão de natureza financeira e administrativa” (*Mercado brasileiro de televisão*. 2ª ed. São Paulo/Aracaju: Editora da PUC-SP, 2004, p. 72). Completando seu raciocínio, o autor afirma que “o maior poder financeiro implica uma maior capacidade de absorver o conhecimento novo e desenvolvê-lo, seja pela maior capacidade de adotar de forma pioneira (de acordo com a opção estratégica) os novos avanços, seja pela possibilidade de contratar pessoal especializado de alta competência, seja ainda pela possibilidade de dirigir recursos à experimentação” (*Ibidem*, p. 79). Na linha de raciocínio de César Bolaño, a introdução de inovações tecnológicas no mercado de televisão tenderia a aumentar a assimetria econômica entre a empresa-líder e as concorrentes, com o aumento de concentração de poder econômico pela primeira.

⁶⁹⁸ Ao tratar da concorrência na visão Schumpeteriana, Luis Fernando Schuartz reconhece que “a capacidade dos mercados de gerar progresso técnico e material se realiza, enquanto capacidade, sob a forma de *tendência*, cujas contra-tendências o próprio sistema se encarrega de engendrar (sob a forma de *estratégias* de

largamente mercantilizada, alienadora, ainda que aqui e acolá lampejos de suas potencialidades emancipatórias não nos deixem esquecer de que outros caminhos, funções e usos seriam possíveis para ela”⁶⁹⁹.

Nesse capítulo, abordaremos três exemplos de inovações tecnológicas no setor de comunicação social que desmentem a crença de que a tecnologia, por si só, seria um mecanismo suficiente para promover maior diversidade e dispersão de poder no setor de comunicação social.

3.1 – O exemplo da TV por assinatura

No final dos anos 1980 e durante a década de 1990, o Brasil assiste à introdução de diversas inovações tecnológicas no setor de mídia, tais como a transmissão de canais de televisão em UHF, a implantação de antenas parabólicas, e o aparecimento dos serviços de televisão por assinatura com a introdução do serviço de distribuição multiponto e multicanal – MMDS (*Multichannel Multipoint Distribution Service*)⁷⁰⁰ e da televisão a cabo⁷⁰¹, bem como a implantação da televisão via satélite, em banda C e em banda Ku (*Direct to Home* - DTH)⁷⁰².

3.1.1 – Perspectivas alvissareiras num ambiente conturbado

Essa “onda de inovações”, como definiu uma autora⁷⁰³, sacudiu o campo das comunicações sociais em toda a América Latina. Até então, a televisão limitava-se à radiodifusão de sons e imagens (televisão hertziana terrestre ou televisão aberta). A limitação do espectro eletromagnético reduzia a possibilidade de ingresso de novas

manutenção das assimetrias e lucros extraordinários conquistados” (“As razões do direito da concorrência”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 118, abr./jun. 2000, p. 81).

⁶⁹⁹ “Edgard Roquette-Pinto: o que ele tem a ver com o rádio digital”. In André Barbosa Filho, Cosette Castro e Takashi Tome (org.): *Mídias digitais: convergência tecnológica e inclusão social*. São Paulo: Paulinas, 2005, p. 123.

⁷⁰⁰ No serviço de MMDS, o sinal de televisão é transmitido aos assinantes através de um sistema de microondas terrestres (em UHF). Para receber o sinal, o assinante deve possuir uma antena receptora e um aparelho decodificador.

⁷⁰¹ Na TV a cabo, o sinal de televisão é levado ao assinante por uma rede física de cabos coaxiais ou fibra óptica e sua recepção exige que o assinante possua um decodificador e esteja ligado diretamente à rede física.

⁷⁰² Na televisão via satélite DTH, o sinal de televisão é transmitido por um satélite geoestacionário e recebido por assinantes que possuam uma pequena antena parabólica (sistema de banda Ku) e um decodificador.

emissoras no mercado de televisão. A introdução de novas formas de transmissão de sinais televisivos abria a possibilidade de ingresso de novos concorrentes no mercado de serviços de televisão⁷⁰⁴. Diversos autores acreditaram, inicialmente, que a introdução dos serviços de televisão por assinatura permitiria superar a estrutura concentrada existente no mercado de televisão.

As inovações tecnológicas no setor de mídia apareceram, não por acaso, no bojo de um contexto de crescente internacionalização da economia brasileira, observada ao longo da década de 1990, que levou a uma erosão da capacidade de regulação do Estado⁷⁰⁵. A introdução dos serviços de televisão por assinatura no Brasil foi marcada por fortes pressões junto aos Poderes Públicos exercidas por grupos privados interessados na exploração de referidos serviços e pela ausência de políticas públicas destinadas a balizar a mudança no campo televisual brasileiro.

A televisão por assinatura transmitida pelo sistema MMDS surge no final da década de 1980 num ambiente de ausência de regulamentação oficial. Empresas interessadas na exploração do serviço de televisão paga utilizam-se para tal finalidade do Serviço de Circuito Fechado de Televisão (CFTV), modalidade de serviço de telecomunicações sem caráter comercial que permitia estabelecer radioenlace entre unidades de uma mesma empresa para comunicação televisiva. Uma vez implantado o serviço de CFTV, as empresas pressionam o Ministério das Comunicações para que este alterasse as regras relativas ao CFTV de forma a viabilizar a prestação de um serviço de televisão por assinatura⁷⁰⁶.

⁷⁰³ Regina Festa: "Le troisième âge de la télévision : le local et l'international". *Chimera (Les cahiers du Centre International de création vidéo Montbéliard Belfort)*, n° especial 2 (Télévision et démocratie), p. 127.

⁷⁰⁴ Para um panorama da implantação dos serviços de televisão por assinatura no Brasil, ver nosso trabalho "Televisão no Brasil: A Constituição Federal de 1988 e o controle da programação televisiva", dissertação para obtenção do título de Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (orientador: Enrique R. Lewandowski), 2002.

⁷⁰⁵ Nos anos 1990, o campo das comunicações sociais passou por um momento de grande expansão, dominado pela lógica capitalista e submetido, em grande medida, às estratégias de expansão das grandes empresas multinacionais da comunicação, notadamente norte-americanas, que passaram a oferecer ao telespectador brasileiro uma infinidade de canais destinados aos mais diversos segmentos de interesse. A televisão por assinatura no Brasil, em qualquer de suas modalidades (TV a cabo, serviço de MMDS e televisão via satélite), mostra claramente uma tendência de internacionalização do campo televisual brasileiro.

⁷⁰⁶ Em 1992, a Secretaria Nacional de Comunicações, então ligada ao Ministério da Infra-Estrutura, acabou cedendo à pressão e, através da Portaria n. 44, de 10.02.1992, facultou às empresas permissionárias do serviço de CFTV a prestação de serviço de MMDS. Com a Portaria do Ministério das Comunicações n° 43, de 10.02.1994, foi instituída a Norma de Serviço n° 2/94 dispondo sobre a outorga e exploração do serviço de distribuição de sinais multiponto multicanal, ficando as entidades permissionárias do serviço CFTV

Situação semelhante ocorreu no processo de introdução da TV a cabo no país. Empresas interessadas em explorar serviços de televisão por assinatura utilizaram-se, para o oferecimento de seus serviços, das regras relativas à Distribuição de Sinais de Televisão por meios físicos a usuários (DISTV), que era destinada à recepção de sinais de televisão por meio de antenas comunitárias e posterior distribuição dos sinais por meios físicos aos usuários localizados, por exemplo, no mesmo condomínio⁷⁰⁷. Como ocorrido no caso do serviço de MMDS, as empresas detentoras de licenças de DISTV pressionaram o Ministério das Comunicações para fosse possível a prestação de serviços em bases comerciais e destinadas ao grande público. No caso da TV a cabo, no entanto, a mobilização da sociedade civil, por intermédio do Fórum Nacional pela Democratização da Comunicação – FNDC, fez com que o serviço fosse disciplinado por lei (Lei nº 8.977, de 06.01.1995), a qual foi objeto de amplo debate entre representantes do governo, das empresas prestadoras dos serviços e da sociedade civil, e parlamentares⁷⁰⁸. A Lei da TV a cabo, porém, facultou aos detentores de autorização para exploração do serviço de DISTV, solicitarem a transformação de referidas autorizações em concessões para execução e exploração do serviço de TV a cabo.

Com relação à televisão por assinatura via satélite DTH, a situação não foi muito diferente. No segundo semestre de 1996, começam a funcionar no Brasil os serviços de televisão por assinatura via satélite (i) da DirecTV, da empresa Galaxy Latin America, constituída por força de uma parceria que reuniu os grupos Abril, Cisneros (Venezuela), MVS Multivisión (México) e Hughes Electronics (pertencente à General Motors), e (ii) da Sky, parceria entre o magnata das comunicações Robert Murdoch (News Corp.), a Televisa (México) e a TCI (norte-americana), com posterior entrada das

automaticamente autorizadas a prestar o serviço de MMDS. A Norma de Serviço nº 2/94 foi revisada em 1997 e aprovada pela Portaria do Ministério das Comunicações nº 254, de 16.04.1997.

⁷⁰⁷ Com base na Portaria nº 250, de 13.12.1989, que regulava o DISTV, o Ministério das Comunicações outorgou, entre os anos de 1990 e 1991, 101 permissões de exploração do serviço para pequenos e médios empresários. Em julho de 1991, porém, o processo de outorga de permissões de exploração do serviço de DISTV foi suspenso, até que o serviço de TV a cabo fosse regulado por lei, o que ocorreu somente em 1995. Nesse ínterim, as permissões para exploração do serviço de DISTV foram negociadas livremente e por valores importantes (Cf. Suzy dos Santos: “Implantação da TV a cabo no Brasil”. *Intercom - Revista Brasileira de Comunicação*, vol. XX, nº 1, jan./jun. 1997, pp. 99-111; e Sérgio Capparelli, Murilo César Ramos e Suzy dos Santos: “A nova televisão no Brasil e na Argentina”. In Sérgio Capparelli *et. al.*: *Enfim, sós: a nova televisão no Cone Sul*. Porto Alegre: L & PM/CNPq, 1999, pp. 20-21).

⁷⁰⁸ Para uma visão completa do processo de elaboração e aprovação da Lei nº 8.977, de 1995 (Lei da TV a cabo), ver Murilo César Ramos: “Televisão a cabo no Brasil: desestatização, reprivatização e controle público”. In Sérgio Capparelli *et. al.*: *Enfim, sós: a nova televisão no Cone Sul*, pp. 39-57.

Organizações Globo. A regulamentação do serviço somente foi feita com a edição pelo Ministério das Comunicações da Portaria nº 321, de 21.05.1997, que aprovou a Norma de Serviço nº 8/97, estabelecendo as condições para a exploração e uso do serviço de distribuição de sinais de televisão e áudio por assinatura via satélite (DTH)⁷⁰⁹.

Os serviços de televisão por assinatura são considerados serviços de telecomunicações. A Lei nº 8.977, de 1995, em seu art. 2º, define o serviço de TV a cabo como um serviço de telecomunicações que consiste na distribuição de sinais de vídeo e/ou áudio, a assinantes, mediante transporte por meios físicos. Os serviços de televisão por assinatura em MMDS e via satélite em DTH foram caracterizados como serviços especiais de telecomunicações, uma antiga figura do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117, de 1962, art. 6) que compreendia serviços de interesse geral, não abertos a correspondência pública⁷¹⁰.

3.1.2 – Os “impérios” de mídia contra-atacam

Inicialmente acreditou-se que as novas tecnologias de comunicação pudessem contribuir para uma maior democratização e pluralismo dos veículos de comunicação social. Com o passar dos anos, no entanto, ficou claro que as grandes empresas brasileiras do setor de mídia, notadamente as Organizações Globo e o grupo Abril, dominariam também as novas tecnologias de comunicação. Nesse sentido, vale notar que nunca houve, durante o processo de outorga de licenças para a prestação de serviços de televisão por assinatura, preocupação com a questão da concentração dos veículos de comunicação⁷¹¹.

Suzy dos Santos observa que já no início dos anos 1990, antes mesmo da aprovação da Lei da TV a cabo, “o mercado brasileiro ficou então dividido ao meio: de um

⁷⁰⁹ Anteriormente, a regulamentação dos serviços de televisão via satélite era feita pela Norma do Ministério das Comunicações nº 230, de outubro de 1991, que disciplinava o uso de comunicações via satélite, em conexão com a prestação de serviços limitados de telecomunicações, definidos pelo Decreto nº 177, de julho de 1991, como serviços não abertos a correspondência pública.

⁷¹⁰ Os serviços especiais de telecomunicações foram regulados pelo Decreto nº 2.196, de 08.04.1997, cujo texto foi parcialmente revogado pelo Decreto nº 3.896, de 23.08.2001.

⁷¹¹ A propósito, Daniel Herz, então coordenador do Fórum Nacional pela Democratização da Comunicação, reconheceu que “a Lei da TV a Cabo abre o mercado, claramente, para a atuação dos monopólios e oligopólios da comunicação, ao não estabelecer restrições ao acúmulo de veículos de modalidades distintas ou à combinação de operações por uma mesma operadora, sendo esta uma contrapartida ao estatuto de

lado, a Net Brasil [então formada pelo grupo RBS, pelas Organizações Globo e pelo grupo Multicanal] e suas sócias com 42 concessões; e, do outro, a TVA, pertencente ao grupo Abril e também subdividida em sociedades, com 11 concessões. Estes dois grupos formam as duas maiores faces de operadoras a cabo, enquanto as programadoras ficam divididas em Net Brasil e TVA. As 13 concessões restantes estão distribuídas entre grupos de empresários independentes e grupos de comunicação argentinos que operam com material alugado das empresas programadoras”⁷¹².

Apesar da abertura, no final dos anos 1990, de novos processos licitatórios para a outorga de concessões de TV a cabo e de autorização para a prestação do serviço de MMDS, em diversas cidades do País, no início dos anos 2000 o quadro não tinha sido alterado: as Organizações Globo da família Marinho, por intermédio da Net Serviços, e, em menor medida, o grupo Abril, por meio da TVA, controlavam uma parcela significativa do mercado de televisão por assinatura brasileiro, em muitos casos, mediante associações com grupos locais. Relata Arthur Barrionuevo Filho que no final do ano de 2000, a NET (controlada pelas Organizações Globo) e suas emissoras afiliadas possuíam cerca de 45% do total dos usuários dos serviços de televisão por assinatura ao passo que a TVA do Grupo Abril e suas emissoras afiliadas possuíam cerca de 16,19% do total de usuários. Ademais, a operadora de televisão via satélite DTH Sky, controlada pelas Organizações Globo, detinha 17,24% dos usuários dos serviços de televisão por assinatura. Assim, o grupo liderado pela Rede Globo (NET e afiliadas, mais Sky) possuía uma participação total de 63% dos usuários de TV por assinatura, duas vezes maior que a participação da TVA e da Directv somadas (29,74%)⁷¹³.

público atribuído ao serviço” (“Mercado audiovisual brasileiro: impactos econômicos, políticos e culturais da introdução da televisão por assinatura”. *Comunicação & Política*, Vol. III, nº 1, jan./abr. 1996, p. 185).

⁷¹² “Implantação da TV a cabo no Brasil”. *Intercom - Revista Brasileira de Comunicação*, vol. XX, nº 1, jan./jun. 1997, p. 102. Sobre esse processo de concentração, Cesar Bolaño escreve o seguinte: “em 1994, o mercado de Dis-TV começa rapidamente a se concentrar em torno de quatro empresas: RBS (filiada poderosa da Globo na TV de massa), Multicanal (na qual a Globo também tem participação acionária), TVA e Globo. Rapidamente, esta última une-se às duas primeiras para formar a Net-Brasil, distribuidora da programação da Globosat. Assim, paralelamente ao longo debate que levou à aprovação da lei da TV a cabo em 1995, as redes foram sendo implantadas e, o mais importante, o mercado foi se concentrando, a partir do final de 1992, a ponto de, no final de 1993, Globo e Abril concentrarem mais de 70% das autorizações de DISTV. Quando a lei da TV por cabo foi promulgada, em 6 de janeiro de 1995, a TV segmentada já se constituía, em nível nacional, em oligopólio privado concentrado, com duas programadoras (Abril e Globosat) e quatro grandes operadoras (Abril, RBS, Globo e Multicanal), três das quais associadas à Net-Brasil” (*Mercado brasileiro de televisão*, p. 231).

⁷¹³ “Impactos concorrenciais no mercado de TV por assinatura da restrição para a retransmissão do sinal da TV Globo”. *Revista do IBRAC – Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo*, vol. 8, nº 7, 2001, pp. 18-20. No ano de 2003, temos a notícia de que “dois grandes grupos – NET Brasil e TVA – dominam 80% do mercado de assinaturas. O primeiro tem 64%, e o segundo 16%. As

O surgimento de novos veículos de comunicação social poderia, em teoria, levar a um incremento da diversidade na mídia e mais competição, permitindo ao usuário ter maiores possibilidades de escolha. Ocorre, porém, que essa abundância parece ser meramente ilusória. Isso porque, os grandes grupos de comunicação tendem a controlar também as novas mídias.

Em 2008, o retrato da participação de mercado dos principais operadores no setor de televisão por assinatura (englobando os serviços de TV a cabo, serviço MMDS e televisão via satélite DTH) era o seguinte:

Tabela 8 – Participação de mercado na TV por assinatura⁷¹⁴

Operadora	Percentual
Net (incluindo Vivax e BigTV)	48%
Sky/DirecTV	31%
Telefônica	6%
Oi TV	1%
Outros	14%

Ademais, segundo dados do Grupo de Mídia São Paulo, a televisão por assinatura contaria, no final de 2007, com cerca de 5,334 milhões de assinantes no Brasil, distribuídos da seguinte forma segundo a tecnologia: 3.235.834 assinantes de TV a cabo (60,7%), 1.755.470 assinantes de televisão via satélite (32,9%) e 342.779 assinantes do serviço de MMDS (6,4%)⁷¹⁵. Esse número total de assinantes corresponde a uma penetração de cerca de 10% dos domicílios brasileiros.

A história da implantação dos serviços de televisão por assinatura no Brasil – TV a cabo, serviço de MMDS e televisão via satélite DTH – mostrou claramente a influência política e o poder econômico das Organizações Globo. Sem a regulação dos aspectos relativos à propriedade dos veículos de mídia e limites de concentração, o

operadoras ‘independentes’ dividem entre si os 20% restantes. As associadas à NET Brasil e à TVA utilizam tanto a tecnologia a cabo como a de microondas (MMDS)” (*Almanaque Abril 2003 (Brasil)*). São Paulo: Editora Abril, 2003, p. 239.

⁷¹⁴ Conforme dados disponíveis no sítio da Internet: <http://www.teleco.com.br/optva.asp>, acessado em 17.12.2008.

surgimento de novas mídias nada mais significa que a oportunidade para os grandes grupos de comunicação de expandir seus negócios e dominar outras áreas.

3.2 – Advento da transmissão digital na radiodifusão

Na radiodifusão, a transmissão dos sinais de rádio e de televisão aberta é feita por meio de ondas eletromagnéticas, através de antenas terrestres. No caso da televisão aberta brasileira, a fatia do espectro eletromagnético (largura de banda) que cabe a cada emissora é de 6 MHz. Com o uso da tecnologia analógica de transmissão de sinais⁷¹⁶ – única existente até recentemente – cada emissora utiliza a largura total da banda que lhe cabe para transmitir apenas um canal (um programa)⁷¹⁷.

A introdução da tecnologia digital no serviço de radiodifusão – rádio digital e TV digital – significa uma mudança tecnológica na transmissão dos sinais de rádio e de televisão, que passam a ser em forma digital. A digitalização da transmissão dos sinais de radiodifusão representa uma janela de oportunidade única para mudança do rádio e da televisão brasileira. Com a introdução da transmissão digital de sinais de televisão é possível enfrentar e mudar o quadro de concentração existente no setor televisual brasileiro.

3.2.1 – Aspectos tecnológicos: digitalização e compressão

A digitalização consiste, fundamentalmente, na possibilidade de representar qualquer forma de informação (textos, sons ou imagens) por meio de números, mediante uma sequência de código binário: 0 ou 1 (*binary digits* ou *bits*). Com a tecnologia digital, os sinais de som e de imagem passam a ser representados por uma sequência de *bits*. Esse sinal de televisão pode ser comprimido com outros sinais antes de ser transmitido. No receptor, todo conjunto de sinais é “descomprimido” e convertido. A

⁷¹⁵ *Mídia dados 2008*. São Paulo: Grupo de Mídia São Paulo, 2008, p. 37.

⁷¹⁶ Na TV analógica, a tela do aparelho tem formato 4:3 (largura:altura); a imagem possui de 525 a 625 linhas na tela e o áudio normalmente é mono ou estéreo com 2 canais.

⁷¹⁷ Além disso, é importante esclarecer que a parte do espectro eletromagnético ocupado pela transmissão de sinais de televisão é limitada. Atualmente, o número de emissoras que prestam serviço de televisão é reduzido porque, nas grandes cidades brasileiras, não há mais espaço na faixa de frequência para mais canais ou programas.

digitalização da informação aliada à compressão, mediante o agrupamento de *bits* iguais ou redundantes, reduz o volume de informação a ser transmitido ou armazenado.

A compressão digital, ao reduzir o volume de informação transmitido, favorece uma melhor utilização da largura da banda do espectro eletromagnético na transmissão digital de sinais de televisão. O desenvolvimento da tecnologia de compressão de sinais digitais permite que a transmissão digital seja feita de forma muito mais eficiente que a analógica em termos de uso do espectro eletromagnético. Esse uso mais eficiente da largura da banda de radiofrequência implica redução de custos de difusão e possibilidade de multiplicação de programas difundidos. Dessa forma, na largura da faixa do espectro de radiofrequências (no caso brasileiro de 6 MHz) onde, pela tecnologia analógica, é possível transmitir apenas um canal de televisão, com a tecnologia digital será possível transmitir vários programas simultâneos (*multicasting*).

Por outro lado, a introdução da TV digital exige dos usuários do serviço de televisão aberta investimento em novos equipamentos de recepção (aparelhos de televisão). Para assistir aos canais transmitidos em tecnologia digital, é preciso que os usuários (telespectadores) possuam um aparelho de televisão com capacidade para receber os sinais digitais ou um aparelho decodificador (chamado de *set-top box*) que recebe o sinal digital e converte o sinal digital em analógico para exibição no aparelho de televisão analógico.

3.2.2 – Potencialidades da tecnologia digital

A introdução da tecnologia digital na transmissão de sinais de televisão abre novas perspectivas para o serviço de televisão aberta (radiodifusão de sons e imagens). A TV digital tem o potencial de proporcionar ao telespectador: (i) melhor qualidade da imagem (maior resolução e tela mais larga)⁷¹⁸ e do som (com até seis canais);

⁷¹⁸ Os problemas típicos da má recepção no sistema analógico (chuvisco, interferências e fantasmas ou sombras), não ocorrem na TV digital. A transmissão digital é mais eficiente que a analógica no tocante à recepção dos sinais, vez que nesta tecnologia cerca de metade dos pontos de resolução de imagem se perdem no percurso. Na transmissão digital, a integralidade do sinal transmitido pelas emissoras é recebida pelos aparelhos domésticos. Assim, se com a tecnologia analógica a TV pode “pegar mal”, com chuviscos ou fantasmas, no sistema digital a imagem ou é captada perfeitamente pelos aparelhos de televisão ou não é captada. Se a recepção da TV digital é ruim, a tela do aparelho fica negra.

(ii) televisão de alta definição (*High Definition Television* - HDTV⁷¹⁹), com imagem idêntica à de cinema; (iii) recepção dos sinais por aparelhos portáteis (telefones celulares e *handsets*) e em veículos em movimento (automóveis, ônibus, barcos etc.); (iv) utilização de recursos interativos, inclusive para acesso à Internet, que permitem novas aplicações como compras, jogos e apostas, operações bancárias, entre outras⁷²⁰.

A TV digital pode representar também uma mudança significativa para o setor de comunicação social na medida em que permite multiplicar a capacidade de difusão e oferta de programas de radiodifusão. Assim, em teoria, a ampliação do número de programas permitiria aumentar o número de vozes na televisão aberta, gerando mais concorrência e mais espaço para a pluralidade de opiniões e pontos de vista e a diversidade cultural. Com a tecnologia digital, o sinal de televisão é compactado, o que permite que, dentro dos mesmos 6MHz, seja possível realizar a transmissão de mais programas (com qualidade sempre superior à da TV analógica), sob a forma SDTV (*Standard Definition Television*)⁷²¹, com resolução similar à televisão analógica, ou um único programa em alta definição (HDTV)⁷²².

Não é possível, porém, obter todas as potencialidades da TV digital simultaneamente, impondo-se a escolha de determinado conjunto de possibilidades. A opção, por exemplo, pela TV digital sob a forma de HDTV, com formato de tela larga e uma qualidade de imagem comparável à de cinema, implica a ocupação de toda a largura da faixa do espectro de um canal e inibe a veiculação de vários programas simultâneos. Isso porque a HDTV possui número total de pontos por tela maior que a SDTV e exige uma taxa de transmissão de dados (bits por segundo) bem mais elevada. A definição do sistema de TV digital implica, portanto, um *trade-off* entre qualidade da imagem (HDTV)

⁷¹⁹ A HDTV apresenta imagem na proporção 16:9 (largura:altura), podendo ser recebida em aparelhos com 1080 linhas de definição e 1920 pontos em cada uma delas.

⁷²⁰ É importante esclarecer que, para que a TV digital possa acessar a Internet e estabelecer interatividade plena, é necessário que exista um canal de retorno (como, por exemplo, linha telefônica, telefone celular ou TV a cabo) para a troca de dados de forma bidirecional.

⁷²¹ A SDTV caracteriza-se por apresentar imagem na proporção 4:3 (largura:altura) e número de linhas de 408, semelhante à TV analógica, com 704 pontos em cada uma.

⁷²² “Cabe fazer uma distinção entre *canal*, *programação* e *programa*. *Canal* refere-se ao meio de transmissão, ou seja, aquele espaço de espectro de 6 MHz, no caso da televisão, numerado de 2 a 69 (canal 2 [54-60 MHz], canal 3 [60-66 MHz] etc.). *Programa* corresponde a um evento ou episódio artístico: um capítulo de novela, um noticiário. *Programação* é uma sequência de programas. No mundo analógico, cada canal comporta uma única programação. No digital, pode-se ter várias programações no mesmo canal” (Regina Mota e Takashi Tome: “Uma nova onda no ar”. In André Barbosa Filho, Cosette Castro e Takashi

e quantidade de canais (SDTV) e outros serviços que podem ser transmitidos na mesma largura de banda do espectro eletromagnético.

Outro aspecto que não pode ser olvidado no tocante à decisão sobre o sistema de TV digital é que a televisão de alta definição (HDTV) impõe custos mais elevados de equipamento tanto para a produção de programas quanto para a recepção dos sinais de TV digital pelos telespectadores⁷²³.

Em virtude da escolha que deve ser feita sobre as potencialidades da TV digital, impõe-se uma reflexão sobre o interesse na utilização do potencial aportado pela digitalização da transmissão dos sinais televisivos no sentido de multiplicar a disponibilidade, para o telespectador, de programas de televisão aberta, o que pode viabilizar inclusive o surgimento de novas emissoras de televisão e produtores de conteúdo, inclusive sob bases não comerciais. A implantação da TV digital abre a possibilidade de se combater a situação de concentração existente no campo televisual brasileiro. A passagem da tecnologia analógica para a digital na transmissão dos sinais de televisão possibilita, por si só, o aumento da pluralidade de fontes de informação e diversidade cultural.

3.2.3 – Definição do sistema brasileiro de TV digital

A tecnologia digital pode ser usada na prestação dos serviços de televisão aberta e por assinatura (TV a cabo, serviço de MMDS e televisão via satélite DTH). Os serviços de televisão por assinatura iniciaram a migração da tecnologia analógica para a digital na transmissão dos sinais há mais tempo. Essa migração permitiu a expansão significativa da capacidade de transmissão de canais dos serviços de televisão por assinatura.

Tome (org.): *Mídias digitais: convergência tecnológica e inclusão social*. São Paulo: Paulinas, 2005, p. 67, nota 22).

⁷²³ Hugh C. Donahue, Corry e Elena Larsen observam ainda que “it is the prerogative of those who can afford to spend several thousand dollars on a television and have the household space for a large set. The higher picture resolution of HDTV cannot be appreciated on small screens; there is little noticeable difference between HDTV and regular definition on screen sizes under forty inches” (“The resolution of digital television: how HDTV and must-carry are hindering the return of the analog television spectrum”. *The International Journal on Media Management*, vol. 2, nº 1, 2000, p. 39).

Trataremos nessa subseção apenas da implantação da TV digital no tocante à radiodifusão de sons e imagens (televisão aberta). Podemos identificar 3 fases no processo de definição do sistema brasileiro de TV digital.

Fase inicial: ANATEL e a escolha entre os padrões internacionais

Com a perspectiva de introdução da tecnologia digital de transmissão de sinais de radiodifusão nos Estados Unidos e no Reino Unido⁷²⁴, algumas empresas associadas à Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e TV – ABERT e à Sociedade de Engenharia de Televisão e Telecomunicações – SET solicitaram no ano de 1998 ao Ministério das Comunicações autorização para realização de testes de avaliação comparativa dos padrões existentes à época: o padrão norte-americano ATSC (*Advanced Television Systems Committee*) e o europeu DVB (*Digital Video Broadcasting System*).

O governo brasileiro encarregou, em março de 1998, a ANATEL - Agência Nacional de Telecomunicações de conduzir estudos sobre a introdução da transmissão terrestre digital de televisão no Brasil e regulamentar o processo de testes e avaliação dos padrões de TV digital.

A ABERT e a SET firmaram um convênio de cooperação técnica com o Instituto Presbiteriano Mackenzie de São Paulo para a realização dos testes de campo. Os trabalhos de planejamento e execução dos testes duraram de 1998 a 2000. Os testes foram realizados em conjunto por 17 emissoras de televisão, sob a coordenação do Grupo SET/ABERT, utilizando a estação da TV Cultura de São Paulo. Com o advento do padrão de TV digital japonês, o ISDB (*Integrated Services Digital Broadcasting*), ele pode ser incluído nos testes de campo.

Em março de 1999, a ANATEL contratou a Fundação CPqD para validação da metodologia dos testes, análise de seus resultados, planejamento da canalização e elaboração da regulamentação técnica de incorporação do padrão a ser adotado às características particulares do Brasil. No ano seguinte, é divulgado o Relatório Final dos testes de laboratório e de campo realizados pelo Grupo SET/ABERT, que

⁷²⁴ A transmissão digital dos sinais de televisão aberta (radiodifusão de sons e imagens) iniciou-se nos Estados Unidos e no Reino Unido em novembro de 1998. A TV digital foi introduzida na Suécia em abril de 1999, na Espanha em maio de 2000, na Austrália em janeiro de 2001 e na Finlândia em agosto de 2001.

avaliaram os padrões de TV digital. O Relatório considera o padrão japonês ISDB como dotado de maior flexibilidade de aplicações. Em paralelo com os testes de laboratório e campo, a fundação CPqD, a pedido da ANATEL, elaborou pesquisa de mercado para identificar as expectativas de consumidores, radiodifusores e fabricantes quanto à nova tecnologia⁷²⁵.

No ano de 2001, a ANATEL divulgou a Consulta Pública nº 291 sobre a utilização da tecnologia digital na transmissão terrestre de televisão. Em julho de 2001, foi realizada Audiência Pública sobre o tema. A Consulta e a Audiência Públicas evidenciaram o posicionamento de parcela significativa das emissoras nacionais de televisão a favor da adoção de um modelo de negócios flexível, permitindo que cada empresa de radiodifusão moldasse seus serviços de acordo com suas expectativas.

No início do processo de implantação da TV digital no Brasil, a ANATEL optou por um tratamento técnico da questão, centrado na escolha entre as opções oferecidas pelo padrão norte-americano ATSC, pelo europeu DVB e pelo japonês ISDB⁷²⁶. Segundo Ricardo Benetton Martins e Giovanni Moura de Holanda, “naquele momento, o processo de análise para suporte à decisão era fortemente pautado pela dimensão tecnológica, em torno da escolha de um dos três padrões de transmissão existentes”⁷²⁷. Além da questão tecnológica, a escolha do padrão de televisão digital envolvia, na visão inicial da ANATEL, a negociação de contrapartidas comerciais, industriais e tecnológicas com os Estados Unidos, o Japão e os países europeus.

⁷²⁵ A Fundação CPqD consolidou no documento chamado “Relatório Integrador dos Aspectos Técnicos e Mercadológicos da Televisão Digital” as informações relativas a resultados técnicos de propagação, pesquisa de mercado e dados dos países que já haviam implantado a TV digital.

⁷²⁶ Cada um dos padrões foi criado tendo em vista as condições particulares dos países proponentes, e seguindo objetivos diversos. A criação do padrão americano (ATSC) foi movida pela preocupação com a perda de mercado da televisão aberta para a TV a cabo e a avaliação de que os telespectadores privilegiariam a qualidade da imagem. Assim, o padrão norte-americano foi idealizado para realizar transmissão de sinais de televisão em alta definição (*High Definition Television* - HDTV) para aparelhos fixos. Por outro lado, o padrão europeu (DVB) tem como principal atributo a múltipla programação. Isso porque, na Europa, o espectro eletromagnético encontrava-se saturado. O padrão europeu foi concebido para lidar com o problema da escassez de frequências e proporcionar aumento da oferta de programas de televisão. Em que pesem as finalidades iniciais para as quais os padrões foram criados, vale observar que o padrão ATSC possibilita realizar multiprogramação e o padrão DVB permite a alta definição. O padrão japonês, por fim, privilegia não só a alta definição (HDTV), que já existia no Japão na televisão analógica, mas também a “mobilidade” (transmissão de sinais para aparelhos instalados em carros ou outros veículos) e a “portabilidade” (recepção de sinais por aparelhos celulares ou *handsets*).

Para respaldar a atuação da ANATEL, foi instituída a Política para Adoção de Tecnologia Digital no Serviço de Radiodifusão de Sons e Imagens no Brasil, preparada pelo então Ministro das Comunicações Juarez Quadros. A Política foi publicada no Diário Oficial da União em 12.09.2002, juntamente com a Exposição de Motivos nº 1.247. A Política para Adoção de Tecnologia Digital no Serviço de Radiodifusão de Sons e Imagens no Brasil visava a estabelecer as diretrizes gerais que deveriam orientar a adoção e implantação de tecnologia digital no serviço de televisão aberta⁷²⁷. O modelo de implantação de TV digital deveria oferecer flexibilidade de forma a permitir que as emissoras de televisão pudessem fazer opção por um determinado conjunto de aplicações de modo a customizar o serviço às regiões que atendessem, podendo modificá-lo ao longo do tempo. As aplicações a serem oferecidas deveriam ser as seguintes: (i) transmissão de SDTV simples; (ii) transmissão de SDTV com múltipla programação; (iii) transmissão de HDTV; (iv) recepção móvel; (v) recepção portátil; (vi) multimídia; e (vii) interatividade.

A Política para Adoção de Tecnologia Digital no Serviço de Radiodifusão de Sons e Imagens no Brasil, preparada pelo então Ministro das Comunicações Juarez Quadros, previa claramente que a ANATEL teria competência para deliberar sobre o padrão tecnológico do sistema de TV digital a ser adotado pelo Brasil e estabelecer a regulamentação técnica necessária para sua implantação. Para essa decisão, no entanto, a Política previa que a ANATEL deveria levar em conta a negociação com os detentores das tecnologias envolvidas de diversas contrapartidas comerciais, industriais e tecnológicas.

Salta aos olhos na Política a ausência de qualquer medida ou mesmo referência à desconcentração do setor de televisão aberta no País. Por outro lado, é interessante ressaltar que a Política confere claramente às emissoras de televisão a prerrogativa de definir as aplicações que pretendem fazer da TV digital.

⁷²⁷ “O projeto do Sistema Brasileiro de TV Digital Terrestre”. In André Barbosa Filho, Cosette Castro e Takashi Tome (org.): *Mídias digitais: convergência tecnológica e inclusão social*. São Paulo: Paulinas, 2005, p. 173.

⁷²⁸ De acordo com a Política, a implantação da TV digital deveria atender às seguintes finalidades: (i) promover a inclusão digital; (ii) atualizar e revitalizar o setor de radiodifusão e a indústria eletrônica nacional; (iii) otimizar o uso do espectro de radiofrequências; (iv) melhorar a qualidade de imagens e áudio; e (v) contribuir para a convergência dos serviços de telecomunicações.

Segunda fase: a criação de um sistema brasileiro de TV digital

Com o início do governo do Presidente Luís Inácio Lula da Silva, e a nomeação de Miro Teixeira para ocupar o cargo de Ministro das Comunicações, observa-se uma mudança significativa de abordagem no tocante à introdução da TV digital.

Em 03.04.2003, foi divulgada a nova Política para Adoção de Tecnologia Digital no Serviço de Televisão, elaborada por Miro Teixeira. O documento revogou a Exposição de Motivos nº 1.247, de 2002. A nova Política para Adoção de Tecnologia Digital no Serviço de Televisão propunha o desenvolvimento de um sistema e padrão brasileiros de TV digital⁷²⁹. Abandonava, em princípio, a escolha entre os padrões europeu, americano e japonês, e propunha que o Brasil desenvolvesse sistema próprio. Para tanto, ressaltava a necessidade de realização de pesquisas e desenvolvimento visando a encontrar soluções apropriadas à realidade social e econômica brasileira, focadas na interatividade. O centro das preocupações da nova Política passou a ser o *software* necessário para inserção e apresentação de dados pertinentes às novas aplicações, baseadas na interatividade, a serem desenvolvidas⁷³⁰.

A nova Política retirou do âmbito da ANATEL a tarefa de definir o sistema brasileiro de TV digital. Propunha, por seu turno, a criação de um Grupo Executivo do Projeto Televisão Digital (GET)⁷³¹, presidido pelo Ministério das

⁷²⁹ Ricardo Benetton Martins e Giovanni Moura de Holanda relatam que “no ano de 2003, o Ministério das Comunicações estimulou um extenso debate envolvendo diversos setores da sociedade e do governo em torno da possibilidade de o Brasil desenvolver um sistema próprio” (“O projeto do Sistema Brasileiro de TV Digital Terrestre”. In André Barbosa Filho, Cosette Castro e Takashi Tome (org.): *Mídias digitais: convergência tecnológica e inclusão social*. São Paulo: Paulinas, 2005, p. 175).

⁷³⁰ A nova Política definia como seus objetivos: (a) promover a inclusão social e digital, a democratização do acesso à informação, a língua e cultura nacionais, bem como a diversidade cultural do País; (b) desenvolver tecnologias brasileiras e a indústria nacional; (c) programar o processo de transição de modo a garantir que o usuário possa aderir ao sistema quando o desejar, a um custo compatível com a sua renda; (d) assegurar a entrada e evolução das atuais concessionárias de serviço de televisão analógica na ampla gama de serviços, de radiodifusão ou interativos, a serem viabilizados pela tecnologia digital; (e) estabelecer um modelo de negócios adequado à realidade econômica e empresarial do País; (f) buscar desenvolver um sistema que atenda também às necessidades sociais e econômicas dos demais países da América Latina. (g) otimizar o uso do espectro de radiofrequências; (h) contribuir para a convergência tecnológica e empresarial dos serviços de comunicações.

⁷³¹ O GET seria integrado pelos seguintes órgãos do Governo ou representações da sociedade: a) Ministério da Ciência e da Tecnologia; b) Ministério das Relações Exteriores; c) Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; d) Secretaria de Comunicação de Governo e Gestão Estratégica da Presidência da República; e) Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES); f) Financiadora de Estudos e Projetos (Finep); g) Fundação CPqD; h) um representante do consórcio das universidades envolvidas; i) um representante de segmento industrial relacionado à pesquisa e desenvolvimento de TV digital no Brasil; j) um representante das empresas operadoras de redes abertas de televisão terrestre.

Comunicações, que deveria promover os estudos e iniciativas necessários para definir o sistema tecnológico, o modelo de negócios e as alternativas regulatórias e demais aspectos necessários para a adoção da tecnologia digital na televisão aberta brasileira. A nova Política não descartou, no entanto, a possibilidade de o Brasil vir a selecionar algum dos padrões internacionais disponíveis.

A Política para Adoção de Tecnologia Digital no Serviço de Televisão, elaborada por Miro Teixeira, também outorgava às emissoras de TV a prerrogativa de optar entre o seguinte leque de aplicações da TV digital: (i) interatividade e conexão à Internet; (ii) transmissão de SDTV monoprogramada; (iii) transmissão de SDTV com múltipla programação; (iv) transmissão de HDTV; (v) recepção móvel; (vi) recepção portátil; e (vii) multimeios. Observe-se que a Política para Adoção de Tecnologia Digital no Serviço de Televisão, elaborada por Miro Teixeira, também não fala em momento algum em modificar a estrutura de concentração de poder existente no campo televisual brasileiro. Limita-se a exposição de motivos da Política a dizer que a digitalização das comunicações abriria espaço para novos negócios multimeios e permitiria, por si só, o incremento da concorrência no setor.

Ao invés de criar o Grupo Executivo do Projeto Televisão Digital (GET), proposto pela Política para Adoção de Tecnologia Digital no Serviço de Televisão, elaborada por Miro Teixeira, o Governo federal resolveu criar, por decreto editado em 23.09.2003, um Grupo de Trabalho Interministerial para avaliar propostas, propor diretrizes e medidas para implantação do Sistema Brasileiro de TV Digital.

A partir dos trabalhos do Grupo Interministerial de Trabalho, é editado pelo Governo federal, em 26.11.2003, o Decreto nº 4.901, que institui o Sistema Brasileiro de Televisão Digital – SBTVD⁷³². O SBTVD⁷³³ é composto por um Comitê de

⁷³² De acordo com o Decreto, o SBTVD tem por finalidade alcançar, entre outros, os seguintes objetivos: (i) promover a inclusão social, a diversidade cultural do País e a língua pátria por meio do acesso à tecnologia digital, visando à democratização da informação; (ii) propiciar a criação de rede universal de educação à distância; (iii) estimular a pesquisa e o desenvolvimento e propiciar a expansão de tecnologias brasileiras e da indústria nacional relacionadas à tecnologia de informação e comunicação; (iv) planejar o processo de transição da televisão analógica para a digital, de modo a garantir a gradual adesão de usuários a custos compatíveis com sua renda; (v) viabilizar a transição do sistema analógico para o digital, possibilitando às concessionárias do serviço de radiodifusão de sons e imagens, se necessário, o uso de faixa adicional de radiofrequência, observada a legislação específica; (vi) estimular a evolução das atuais exploradoras de serviço de televisão analógica, bem assim o ingresso de novas empresas, propiciando a expansão do setor e possibilitando o desenvolvimento de inúmeros serviços decorrentes da tecnologia digital, conforme

Desenvolvimento⁷³⁴, por um Comitê Consultivo⁷³⁵ e por um Grupo Gestor⁷³⁶. Com base em estudos e pesquisas em curso de desenvolvimento, os Comitês do SBTVD deveriam definir o modelo de referência do sistema brasileiro de televisão digital; o padrão de televisão digital a ser adotado no País; a forma de exploração do serviço de televisão digital; e o período e o modelo de transição do sistema analógico para o digital.

Vale apontar que a exposição de motivos que acompanhava a minuta de Decreto nº 4.901, de 2003, elaborada pelo então Ministro das Comunicações Miro Teixeira, afirma que o sistema de televisão digital a ser adotado no Brasil deveria ser flexível o bastante para que as emissoras pudessem escolher esquemas de programação e modelos de negócio de acordo com a conveniência de cada uma. A referida exposição de

legislação específica; (vii) estabelecer ações e modelos de negócios para a televisão digital adequados à realidade econômica e empresarial do País; (viii) aperfeiçoar o uso do espectro de radiofrequências; (ix) contribuir para a convergência tecnológica e empresarial dos serviços de comunicações; (x) aprimorar a qualidade de áudio, vídeo e serviços, consideradas as atuais condições do parque instalado de receptores no Brasil; e (xi) incentivar a indústria regional e local na produção de instrumentos e serviços digitais.

⁷³³ Observa Marcelo Bechara de Souza Hobaika que “no momento de sua criação, observa-se que o SBTVD do Decreto nº 4.901/2003 era uma instituição criada justamente para estabelecer as diretrizes para a transição de um modelo analógico para o digital. Tanto é assim que o SBTVD era composto por um Comitê de Desenvolvimento vinculado à Presidência da República formado basicamente por ministros de Estado, por um comitê consultivo e por um grupo gestor” (“TV digital: aspectos jurídicos do modelo brasileiro”. *Revista de Direito das Novas Tecnologias*, ano 1, nº 2, jul./dez. 2006, p. 57).

⁷³⁴ Ao Comitê de Desenvolvimento compete: (i) fixar critérios e condições para a escolha das pesquisas e dos projetos a serem realizados para o desenvolvimento do SBTVD, bem como de seus participantes, (ii) estabelecer as diretrizes e estratégias para a implementação da tecnologia digital no serviço de radiodifusão de sons e imagens, (iii) definir estratégias, planejar as ações necessárias e aprovar planos de aplicação para a condução da pesquisa e o desenvolvimento do SBTVD, (iv) controlar e acompanhar as ações e o desenvolvimento das pesquisas e dos projetos em tecnologias aplicáveis à televisão digital, (v) supervisionar os trabalhos do Grupo Gestor, (vi) decidir sobre as propostas de desenvolvimento do SBTVD, (vii) fixar as diretrizes básicas para o adequado estabelecimento de modelos de negócios de televisão digital, (viii) apresentar relatório contendo propostas referentes à definição do modelo de referência do SBTVD, ao padrão de televisão digital a ser adotado no País, à forma de exploração do serviço de televisão digital, e ao período e modelo de transição do sistema analógico para o digital. O Comitê de Desenvolvimento é composto por um representante de cada um dos seguintes órgãos: (i) Ministério das Comunicações, (ii) Casa Civil da Presidência da República, (iii) Ministério da Ciência e Tecnologia, (iv) Ministério da Cultura, (v) Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, (vi) Ministério da Educação, (vii) Ministério da Fazenda, (viii) Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, (ix) Ministério das Relações Exteriores, e (x) Secretaria de Comunicação de Governo e Gestão Estratégica da Presidência da República. Cabe ao Ministério das Comunicações a presidência do Comitê.

⁷³⁵ O Comitê Consultivo tem como finalidade propor as ações e as diretrizes fundamentais relativas ao SBTVD e é integrado por representantes de entidades que desenvolvam atividades relacionadas à tecnologia de televisão digital.

⁷³⁶ Compete ao Grupo Gestor a execução das ações relativas à gestão operacional e administrativa voltadas para o cumprimento das estratégias e diretrizes estabelecidas pelo Comitê de Desenvolvimento do SBTVD. O Grupo Gestor é composto por um representante (titular e respectivo suplente) de cada órgão e entidade indicados a seguir: (i) Ministério das Comunicações, (ii) Casa Civil da Presidência da República, (iii) Ministério da Ciência e Tecnologia, (iv) Ministério da Cultura, (v) Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, (vi) Ministério da Educação, (vii) Instituto Nacional de Tecnologia da Informação - ITI, (viii) Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, (ix) Secretaria de Comunicação de Governo e Gestão Estratégica da Presidência da República, e (x) Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Cabe ao Ministério das Comunicações a coordenação do Grupo Gestor.

motivos menciona timidamente que a implantação do SBTVD poderia ampliar significativamente o número de canais da TV aberta e o desenvolvimento de novos negócios multimídia, o que certamente iria contribuir para o incremento da competição no setor. Vê-se, assim, que nas diversas políticas governamentais com relação à introdução da tecnologia digital de transmissão de sinais de televisão a preocupação com a estrutura de concentração existente no campo televisual brasileiro nunca existiu.

Com base nas diretrizes fixadas pelo Decreto nº 4.901, de 2003, a decisão sobre a implantação de TV digital no Brasil deveria ser apoiada por um amplo processo de análise que avaliasse não apenas as questões tecnológicas, mas também aspectos de natureza socioeconômica e político-regulatória. Dentro dessa visão, foram encomendados estudos à Fundação CPqD sobre os seguintes aspectos: Visão de longo prazo da economia, Cadeia de Valor, Mapeamento do uso: pesquisas de mercado e análise de tendências, Panorama mundial de modelos de exploração e implantação, Política industrial: panorama atual, e Política regulatória: panorama atual brasileiro. Esses estudos tinham por objetivo formular o Modelo de Referência, que serviria como base para a implantação do SBTVD⁷³⁷.

O projeto SBTVD foi dividido em 18 subprojetos de pesquisa, que foram licitados, com apoio da FINEP – Financiadora de Estudos e Projetos, entre as instituições interessadas⁷³⁸. Em 2005 foram constituídos e contratados 20 consórcios para realização de pesquisas, envolvendo 105 instituições em todo o território brasileiro. As pesquisas foram financiadas pelo FUNTELL (Fundo Nacional de Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações) e a integração dos resultados foi feita pela Fundação CPqD. Por sua vez, a ANATEL preparou o Plano Básico de Distribuição de Canais Digitais, contemplando o período de transmissão simultânea de canais digitais e analógicos e a fase posterior ao “desligamento” da tecnologia analógica.

⁷³⁷ Sobre a construção do Modelo de Referência, ver Ricardo Benetton Martins e Giovanni Moura de Holanda: “O projeto do Sistema Brasileiro de TV Digital Terrestre”. In *Mídias digitais: convergência tecnológica e inclusão social*, pp. 180 e seguintes.

⁷³⁸ Cf. André Barbosa: “A televisão digital no Brasil: do sonho à realidade”. *Comunicação e Sociedade*, ano 29, nº 48, 2º semestre 2007, pp. 29 e seguintes.

Terceira fase: retorno ao enfoque tecnológico e a pressão das emissoras de TV

No entanto, com a nomeação em julho de 2005 de Hélio Costa para ocupar o cargo de Ministro das Comunicações, o processo de definição da televisão digital sofre nova reviravolta. Hélio Costa adota uma posição dúbia com relação ao SBTVD, ora enaltecendo os benefícios dos estudos e pesquisas realizados, ora manifestando seu descontentamento pela demora na definição do padrão de TV digital a ser adotado pelo Brasil.

O Conselho Consultivo do SBTVD foi progressivamente perdendo a condição de fórum de discussão da TV digital. O Ministro Hélio Costa, ao assumir o cargo, preferiu manter uma comunicação direta, sobretudo, com as emissoras de televisão. Estabeleceu ainda o Ministro Hélio Costa contato com os representantes do padrão japonês, com os quais procurou negociar, como contrapartida à escolha do padrão de TV digital, a implantação de uma fábrica de semicondutores no País.

Desde o início do processo de escolha do sistema brasileiro de TV digital, as emissoras brasileiras de televisão optaram pelo padrão japonês (ISDB). No entender das emissoras, o padrão japonês é o único que permite a transmissão de sinais em alta definição (HDTV) com robustez e que possibilita, ainda, a “mobilidade” e a “portabilidade”. Com o padrão japonês (ISDB), as emissoras de televisão poderiam transmitir sinais diretamente para telefones celulares, sem passar pela rede de telecomunicações das operadoras de telefonia móvel.

O padrão americano (ATSC), embora ofereça a possibilidade de transmissão de sinais em alta definição (HDTV), não interessava às emissoras, pois não oferecia a possibilidade de “mobilidade” e “portabilidade”. Já o padrão europeu (DVB) não interessava às emissoras, pois privilegiava a multiprogramação, ou seja, a transmissão de múltiplos programas, em definição padrão (SDTV), dentro da mesma faixa de banda do espectro eletromagnético⁷³⁹. Esse modelo “multicanal” não agradava às emissoras de televisão, uma vez que poderia representar uma alteração na estrutura do “mercado” de

⁷³⁹ Ver nesse sentido: Globo teme rumo da discussão da TV digital. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 21.03.2006, p. B-6.

televisão aberta com a entrada de novos prestadores do serviço (empresas privadas, órgãos públicos ou entidades sem fins lucrativos)⁷⁴⁰.

Tudo indica que as emissoras de televisão fizeram pressão junto ao Governo brasileiro pela adoção do padrão japonês de TV digital⁷⁴¹. Ademais, contaram as emissoras de televisão com um grande aliado: o Ministro das Comunicações, Hélio Costa, ex-repórter da Rede Globo, que sempre manifestou ostensivamente sua preferência pelo padrão japonês⁷⁴². Não só isso, o Ministro Hélio Costa deixou claro em suas manifestações que competiria às emissoras escolher o padrão de TV digital a ser adotado pelo País.

O debate sobre os aspectos ligados à adoção da TV digital no Brasil não poderia ter ficado restrito apenas às potencialidades comerciais oferecidas pela nova tecnologia ou a uma abordagem meramente técnica do assunto, como se a questão em discussão se resumisse a uma evolução tecnológica do serviço de televisão hoje existente⁷⁴³. Na implantação da TV digital no Brasil existe uma questão relevante em jogo: permitir às emissoras de televisão utilizar o canal de 6MHz para a transmissão de programas em alta definição (o que compromete toda a faixa do espectro) ou privilegiar a ampliação do número de programas e vozes na televisão, mediante a adoção do modelo de “multiprogramação”, sem alta definição (HDTV).

A escolha do padrão japonês

Em 29.06.2006, o governo brasileiro finalmente definiu o padrão de TV digital a ser adotado pelo País. Mesmo sem obter a contrapartida industrial desejada (i.e. a instalação no Brasil de uma fábrica de semicondutores), o governo brasileiro escolheu o

⁷⁴⁰ As razões normalmente avançadas pelas emissoras de televisão para impedir a mudança do modelo são de duas ordens: (i) maior número de canais e/ou programas implicaria pulverização da audiência e da verba de publicidade; e (ii) inexistência no Brasil de produção audiovisual de qualidade para ocupar o espaço gerado em função da multiprogramação.

⁷⁴¹ Nesse sentido: TVs pressionam por padrão digital japonês. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 19.01.2006, p. B-12.

⁷⁴² Ver a propósito: “Racha” no governo pode adiar TV digital. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 26.01.2006, p. B-8; Costa confirma padrão japonês para TV. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 24.06.2006, p. B-7.

⁷⁴³ Para uma abordagem do debate sobre a introdução da TV digital no Brasil, ver Adriana Cristina Omena dos Santos: “Que digitalização é essa? Um resgate acerca do que ‘não é dito’ sobre a tevê digital no Brasil”. *Comunicação e Sociedade*, ano 28, nº 47, 1º semestre 2007, pp. 43-65.

padrão japonês ISDB como o padrão a ser utilizado para implantação da TV digital no Brasil⁷⁴⁴.

O Decreto nº 5.820, de 2006, assinado pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que dispõe sobre a implantação do Sistema Brasileiro de Televisão Digital Terrestre - SBTVD-T⁷⁴⁵, estabelece diretrizes para a transição do sistema de transmissão analógico para o sistema de transmissão digital do serviço de radiodifusão de sons e imagens e do serviço de retransmissão de televisão.

O Decreto estabelece que as emissoras de televisão aberta deverão adotar o SBTVD-T, o qual, por sua vez, terá, como base, o padrão de sinais do ISDB-T. O SBTVD-T poderá incorporar inovações tecnológicas aprovadas pelo Comitê de Desenvolvimento.

Segundo o Decreto nº 5.820, de 2006, o SBTVD-T possibilitará (i) transmissão em alta definição (HDTV) e em definição padrão (SDTV), (ii) transmissão digital simultânea para recepção fixa, móvel e portátil; e (iii) interatividade. Não diz claramente o Decreto, mas fica implícito de seus termos, que caberá à emissora de televisão definir o uso que fará da TV digital.

Para permitir a transição para a tecnologia digital sem a interrupção da transmissão de sinais analógicos será consignado às emissoras de televisão um novo canal com largura de banda de 6MHz. O período de transição do sistema de transmissão analógica para o SBTVD-T foi definido pelo Decreto como sendo de 10 anos⁷⁴⁶. Durante o período de transição deverá ocorrer a transmissão simultânea dos sinais analógico e digital

⁷⁴⁴ Lula oficializa padrão japonês na TV digital. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 30.06.2006, p. B-5.

⁷⁴⁵ Marcelo Bechara de Souza Hobaika afirma que “em verdade, esse conceito é diferente daquele instituído pelo Decreto nº 4.901/2003. O ‘SBTVD’ do decreto anterior era um organismo para tomada de decisão, uma instituição formada por entes políticos e a sociedade, enquanto o ‘SBTVD-T’ do Decreto nº 5.820/2006 é a materialização da própria decisão” (“TV digital: aspectos jurídicos do modelo brasileiro”. *Revista de Direito das Novas Tecnologias*, ano 1, nº 2, jul./dez. 2006, p. 59).

⁷⁴⁶ O Ministério das Comunicações definiu o cronograma de implantação da TV digital no Brasil através da Portaria nº 652, de 10.10.2006. Segundo o cronograma, (i) até 03.12.2007, devem ser iniciadas as transmissões em São Paulo (capital e região metropolitana), (ii) até 31.12.2009, devem ser iniciadas as transmissões em todas as capitais do país, e (iii) até 31.12.2013, devem ser iniciadas as transmissões em todas as cidades brasileiras. O início das transmissões digitais dos sinais de televisão aberta ocorreu efetivamente em 03.12.2006 em São Paulo. Segundo o Decreto nº 5.820, de 2006, a transmissão analógica dos sinais de televisão aberta deverá ser interrompida (*switch-off*) em 29.06.2016.

(*simulcasting*). Findo o período de transição, os canais utilizados para a transmissão analógica deverão ser devolvidos para a União.

O Decreto nº 5.820, de 2006 determinou ainda a consignação de pelo menos 4 canais digitais de radiofrequência com largura de banda de 6 MHz cada para utilização pela União Federal para finalidade de transmissão de (i) canal do Poder Executivo, para transmissão de atos, trabalhos, projetos, sessões e eventos do Poder Executivo, (ii) canal de educação, para transmissão destinada ao desenvolvimento e aprimoramento, entre outros, do ensino à distância de alunos e capacitação de professores, (iii) canal de cultura, para a transmissão destinada a produções culturais e programas regionais, (iv) canal de cidadania, para a transmissão de programação das comunidades locais, bem como para a divulgação de atos, trabalhos, projetos, sessões e eventos dos poderes públicos federal, estadual e municipal.

É opinião corrente que a decisão do governo brasileiro atendeu à pressão das emissoras de televisão aberta que nunca esconderam sua preferência pelo padrão japonês (ISDB)⁷⁴⁷. Pesou também em favor da escolha do padrão japonês o trabalho do Ministro das Comunicações Hélio Costa, que, desde que assumiu o Ministério, em julho de 2005, alinhou-se com os radiodifusores e foi ferrenho defensor do padrão ISDB. Entidades da sociedade civil ligadas à área de comunicação social, como o Fórum Nacional pela Democratização das Comunicações - FNDC⁷⁴⁸ e o Intervenientes – Coletivo Brasil de Comunicação Social⁷⁴⁹ avaliam que o Brasil perdeu uma oportunidade histórica de modificar o *status quo* da radiodifusão, mantendo o “monopólio” das emissoras de TV aberta na radiodifusão.

Em artigo conjunto tratando da definição do sistema brasileiro para a TV digital, diversos ministros do governo federal destacam que o Sistema Brasileiro de Televisão Digital Terrestre “mantém as características da TV brasileira, aberta e gratuita

⁷⁴⁷ Em comunicado de página inteira publicado nos principais jornais brasileiros em 23.03.2006, as emissoras de televisão Rede Bandeirantes, TV Cultura, Rede Globo, Rede Record, Rede TV!, Rede Vida, SBT, Canal 21, CNT e Rede Mulher apresentaram claramente a sua reivindicação: a adoção imediata para a TV digital brasileira do sistema ISDB, desenvolvido no Japão.

⁷⁴⁸ Ver sítio na Internet: <http://www.fndc.org.br/>.

⁷⁴⁹ Ver sítio na Internet: <http://www.intervenientes.org.br/>.

para toda a população, podendo ser captada por receptores fixos ou portáteis”⁷⁵⁰. Não há dúvidas que a implantação da TV digital irá manter as características da televisão aberta brasileira. Contudo, a avaliação feita pelos ministros do governo federal é parcial e incompleta. A implantação da TV digital no Brasil não irá apenas manter a televisão aberta e gratuita. A introdução da TV digital no País permitirá às atuais concessionárias dos serviços de televisão aberta manter o controle sobre o espectro eletromagnético e impedir a entrada no mercado de novos concorrentes. Pode-se afirmar, assim, que a introdução da TV digital conservará intacta a estrutura concentrada do campo televisual brasileiro. Ao comentar a decisão do governo brasileiro sobre o padrão da TV digital, Venício A. de Lima afirma com propriedade o seguinte: “quem acompanha o desenvolvimento do setor de comunicações no país não ficou surpreso ao constatar que, mais uma vez, venceram os interesses dos grupos privados que historicamente controlam a nossa mídia. Também não há qualquer surpresa no fato de que perderam os grupos que lutam pela democratização da comunicação e pelo interesse público. Nada de novo”⁷⁵¹.

O processo de definição do SBTVD não primou pelo combate às estruturas de poder existentes na televisão brasileira. Muito ao contrário, tudo faz crer que “os interesses dos grupos privados que historicamente controlam a nossa mídia” prevaleceram. A introdução da nova tecnologia tende a ser usada como fonte de perenização das estruturas de poder econômico.

3.2.4 – TV digital e o (mal) uso do espectro eletromagnético

As disposições normativas trazidas pelo Decreto nº 5.820, de 2006, sobre a introdução do Sistema Brasileiro de Televisão Digital Terrestre levantaram alguns questionamentos jurídicos no que diz respeito à possibilidade de transmissão de dados necessária para a interatividade⁷⁵² e realização de multiprogramação⁷⁵³. Entretanto, o

⁷⁵⁰ Dilma Rousseff, Celso Amorim, Guido Mantega, Luiz Fernando Furlan, Hélio Costa e Sergio Machado Rezende: Um sistema brasileiro para a TV digital. . *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 02.07.2006, p. A-3.

⁷⁵¹ “O ator principal não foi convidado”. Artigo disponível no sítio da Internet do Observatório da Imprensa: <http://observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/artigos.asp?cod=388IPB001>, acessado em 04.07.2006.

⁷⁵² A questão que se coloca é saber se a interatividade, que exige a troca de dados entre emissor e receptor, pode ser enquadrada na estreita definição de serviço de radiodifusão (i.e. serviço de transmissão de sons (rádio) e de sons e imagens (televisão), por ondas radioelétricas, destinado a ser recebido direta e livremente pelo público em geral) dada pela Lei nº 4.117, de 1962 (Código Brasileiro de Telecomunicações) e pelo Decreto nº 52.795, de 1963 (Regulamento dos Serviços de Radiodifusão).

⁷⁵³ Indaga-se se a multiprogramação não violaria a disposição do Decreto nº 52.795, de 1963 (Regulamento dos Serviços de Radiodifusão) que estabelece que *a mesma entidade ou as pessoas que integram o seu*

problema mais delicado decorrente da regulamentação da introdução da TV digital no Brasil diz respeito ao uso do espectro eletromagnético.

O espectro eletromagnético é um recurso natural limitado, definido legalmente como um bem público, e administrado pela Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL. Nesse sentido, a Lei nº 9.472, de 1997 (Lei Geral de Telecomunicações), ao tratar do espectro de radiofrequências, dispôs o seguinte:

Art. 157. O espectro de radiofrequências é um recurso limitado, constituindo-se em bem público, administrado pela Agência.

Art. 159. Na destinação de faixas de radiofrequência serão considerados o emprego racional e econômico do espectro, bem como as atribuições, distribuições e consignações existentes, objetivando evitar interferências prejudiciais.

Art. 160. A Agência regulará a utilização eficiente e adequada do espectro, podendo restringir o emprego de determinadas radiofrequências ou faixas, considerado o interesse público.

Em razão das características essenciais do espectro eletromagnético (recurso limitado e bem público), a Lei Geral de Telecomunicações consagrou o princípio do seu uso eficiente e econômico. Lembre-se, a propósito, que o Decreto nº 4.901, de 2003, que institui o SBTVD, estabelecia como um dos objetivos da implantação da TV digital o aperfeiçoamento do uso do espectro de radiofrequências. Esse objetivo estava em linha com o teor da nova Política para Adoção de Tecnologia Digital no Serviço de Televisão, também divulgada em 2003, que previa que a TV digital deveria proporcionar a otimização do uso do espectro de radiofrequências.

Ocorre, porém, que o Decreto nº 5.820, de 2006, ao consignar às atuais emissoras de televisão um novo canal de radiofrequência com largura de banda de 6 MHz para a realização das transmissões de sinais digitais de televisão aberta desrespeitou

quadro societário e diretivo não poderão ser contempladas com mais de uma outorga do mesmo tipo de serviço de radiodifusão na mesma localidade (art. 14, § 3º).

flagrantemente o princípio legal do uso eficiente e econômico do espectro eletromagnético. As figuras abaixo mostram as possibilidades de uso, por uma emissora de televisão, do canal de 6 MHz para o desenvolvimento de serviços de radiodifusão em tecnologia digital⁷⁵⁴.

Figura 1 – Possibilidade 1
Todas as programações em definição padrão (SDTV), compressão MPEG4

Figura 2
Alta definição (HDTV) e definição padrão (SDTV), compressão MPEG4

As figuras acima mostram que através de um canal de 6 MHz do espectro eletromagnético podem ser transmitidas até oito diferentes programações em definição

⁷⁵⁴ Utilizou-se como pressuposto que a compressão dos sinais digitais seria feita mediante a tecnologia

padrão (SDTV). Se o canal de 6 MHz fosse utilizado para a transmissão de programas em alta definição (HDTV), ainda assim sobraria espaço para a difusão de até quatro programações em definição padrão (SDTV)⁷⁵⁵.

Ao optar pela alta definição, a TV digital brasileira descarta a ampliação da oferta de programas que seria possível se fosse utilizada a transmissão de programas em definição padrão. Pior. Ao deixar a critério das emissoras de televisão realizar a transmissão de programas em alta definição (HDTV) ou em definição padrão (SDTV), o Decreto nº 5.820, de 2006, confere às concessionárias dos serviços públicos de radiodifusão uma atribuição política fundamental: a possibilidade de ampliação da pluralidade de vozes no campo televisual brasileiro.

O tratamento do espectro eletromagnético dado pelo Decreto nº 5.820, de 2006, é, no mínimo, questionável em face do princípio do uso eficiente e econômico do espectro consagrado pela Lei nº 9.472, de 1997. Parece ser menos justificável ainda o tratamento do espectro eletromagnético conferido pelo Decreto nº 5.820, de 2006, em face do princípio constitucional do pluralismo de fontes de informação e da proibição da ocorrência de situações de monopólio e oligopólio no setor de mídia, contida no art. 220, § 5º do texto constitucional.

3.2.5 – Rádio digital

A tecnologia digital permite também a digitalização da transmissão dos sinais de rádio. Como no caso da televisão aberta, o rádio passaria de analógico a digital.

MPEG 4.

⁷⁵⁵ É interessante observar que o relatório referente à *Política regulatória: panorama brasileiro atual*, produzido pelo CPqD, no contexto do processo de decisão sobre o Sistema Brasileiro de Televisão Digital advertia que “com o advento da TV Digital, é possível transportar na mesma banda de 6MHz de radiodifusão terrestre cerca de 19 Mbits/s, o que abre novas oportunidades quanto à oferta de sinais com qualidade superior de imagem e som. Se a opção for pela alta definição, pode-se utilizar tecnologias que necessitem entre 8Mbits/s e 18-20 Mbits/s (H.264 e MPE-2, respectivamente). Por outro lado, se a opção for pela definição padrão, serão empregadas taxas inferiores àquelas exigidas pelo H.264 para a alta definição. Dessa forma, dependendo da tecnologia que for adotada, nem toda a capacidade de transporte de informações disponível será efetivamente usada. Em relação aos aspectos regulatórios, essa situação entra em conflito com a legislação existente no aspecto do uso eficiente do espectro de radiofrequências” (Juliano Castilho Dall’Antonia *et al.*: *Política regulatória: panorama brasileiro atual*. Campinas: CPqD, 2005, p. 20). O relatório encontra-se disponível no sítio da Internet: http://www.fndc.org.br/arquivos/92Politica_Regulatoria_Panorama_Atual_versao_AA.pdf, último acesso em 26.11.2008.

O rádio digital abre novas possibilidades para o serviço de radiodifusão de sons. Em primeiro lugar, o rádio digital significa um incremento imediato da qualidade de som (no caso das rádios FM, a qualidade de áudio será equiparável à do CD; no caso das rádios AM, a qualidade de áudio ficará semelhante à de uma rádio FM atual, com a eliminação de interferências e chiados na transmissão). Ademais, a digitalização permite o aumento do número de opções de programas de rádio. Mas isso não é tudo, é possível transmitir informações sobre as músicas executadas na programação da rádio (nome da música, nome do cantor e do compositor, ano de gravação etc.) ou sobre a situação do trânsito na cidade, bem como prestar novos serviços junto com a transmissão digital de sinais de áudio, tais como notícias em forma escrita (manchetes de jornais e boletins meteorológicos)⁷⁵⁶.

O reverso da medalha no tocante à digitalização da radiodifusão sonora é a necessidade de novos aparelhos para a recepção. O ouvinte somente será capaz de receber os sinais digitais de rádio se adquirir novos aparelhos receptores. O custo inicial dos aparelhos digitais tende a ser razoavelmente elevado no início do processo de implantação da nova tecnologia.

Como no caso da televisão digital, existem diferentes padrões para a transmissão digital dos sinais de rádio⁷⁵⁷:

- a) DAB – *Digital Audio Broadcasting* (também conhecido como Eureka 147): sistema de rádio digital desenvolvido por um consórcio de empresas coordenado pela União Européia de Radiodifusão (denominado *WorldDAB Forum*), que permite que um conjunto de programações (6 a 8) seja transmitido em uma faixa de espectro de 1,5 MHz. A principal característica do sistema é a possibilidade de maior número de programações. Nesse sistema, as emissoras (geradoras de conteúdo) enviam seus programas para um operador de rede que reúne todos os programas e forma um único feixe digital,

⁷⁵⁶ Ver a propósito Nélia R. Del Bianco: “E tudo vai mudar quando o digital chegar”. In André Barbosa Filho, Ângelo Pedro Piovesan e Rosana Beneton (orgs.): *Rádio: sintonia do futuro*. São Paulo: Paulinas, 2004, pp. 307-324.

o qual é transmitido numa frequência específica, fora da faixa de AM ou FM;

- b) HD-Radio IBOC – *In-Band-On-Channel*: tecnologia de rádio digital desenvolvida nos Estados Unidos pela empresa iBiquity, caracterizada por uma espécie de *simulcasting* dos sinais analógico e digital. A tecnologia está voltada apenas para ondas médias e FM, e não contempla ondas curtas e tropicais. A transmissão dos sinais digitais ocorre nas laterais do sinal analógico; dessa forma, a tecnologia IBOC não exige que a emissora de rádio obtenha nova faixa de frequência para realizar a transmissão dos sinais digitais.
- c) ISDB-Tsb – *Integrated Services Digital Broadcasting – Terrestrial Sound Broadcasting*: padrão de rádio digital desenvolvido no Japão pelos laboratórios de pesquisa da NHK. Ele foi concebido em associação com o padrão da TV digital e busca aproveitar as sinergias de sistema. O padrão ISDB-Tsb apresenta-se como um serviço complementar ao atual serviço de rádio analógico AM/FM.
- d) DRM – *Digital Radio Mondiale*: tecnologia européia de rádio digital desenvolvida por um consórcio de empresas européias, voltada para as faixas de ondas médias, tropicais e curtas. Esse sistema foi concebido para funcionar na mesma banda de frequências do rádio analógico (in-band).

O Ministério das Comunicações está encarregado de conduzir a avaliação dos padrões de rádio digital. Para tanto, algumas emissoras foram autorizadas a realizar testes de campo dos padrões de rádio digital IBOC e DRM. Aguardava-se ainda em 2008 uma definição do padrão de rádio digital a ser utilizado no Brasil.

⁷⁵⁷ Ver a propósito, Humberto Abdalla Jr. e Murilo Cesar Ramos: “Edgard Roquette-Pinto: o que ele tem a ver com o rádio digital”. In André Barbosa Filho, Cosette Castro e Takashi Tome (org.): *Mídias digitais: convergência tecnológica e inclusão social*. São Paulo: Paulinas, 2005, pp. 129 e seguintes.

A definição do sistema de transmissão digital dos sinais de rádio coloca também a questão dos valores e princípios a serem privilegiados pela mudança tecnológica. Nada garante que seja dada primazia ao princípio do pluralismo da informação na avaliação dos sistemas e na definição do modelo de serviços do rádio digital. Pelo contrário, parece pouco provável que a pluralidade de fontes de informação e a diversidade política e cultural sejam levadas em consideração como princípios norteadores da implantação do rádio digital no Brasil.

3.3 – Convergência tecnológica

O desenvolvimento tecnológico mais recente da informática propiciou um avanço significativo da microeletrônica criando, notadamente por intermédio da digitalização, potencialidades novas para os serviços de informação.

Com a tecnologia digital, imagens, sons e dados passam a ser representados por uma sequência de *bits*. Ademais, a digitalização permite a compressão da informação mediante o agrupamento de bits iguais ou redundantes. Essa técnica de compressão digital reduz o volume de informação a ser transmitido ou armazenado, o que torna possível a codificação-decodificação do sinal digital em tempo real. A digitalização facilita o armazenamento, a manipulação, o “empacotamento” e a transmissão da informação. Esse avanço tecnológico possibilitou a chamada convergência tecnológica.

3.3.1 – Convergência de tecnologias eletrônicas

Com a digitalização, as fronteiras anteriormente existentes entre os setores de imprensa, rádio e televisão tornam-se fluidas⁷⁵⁸. A digitalização permite que a informação, qualquer que seja seu conteúdo (texto, sons ou imagens) seja transmitida por qualquer meio eletrônico de comunicação social. Em outras palavras, a partir do momento em que os veículos eletrônicos de comunicação social passam a utilizar a mesma base tecnológica (digital) de transmissão, estabelece-se o alicerce para a convergência entre os

⁷⁵⁸ Afirma Gillian Doyle que “digital technology – i.e. the reduction of pieces of information to the form of digits in a binary code consisting of zeros and ones – is the driving force behind convergence. Sectors of industry that were previously seen as separate are now converging or beginning to overlap because of the

setores de telecomunicações, comunicação social e tecnologias da informação. Isso porque, as plataformas de rede (infra-estrutura) passam a ser capazes de prestar quaisquer serviços de telecomunicações ou comunicação social.

Tratando das transformações por que passam as tecnologias da mídia, Venício A. de Lima observa que “a origem dessas transformações está na chamada *revolução digital*, isto é, na possibilidade de redução (*digitalização*) de textos, sons e imagens a *bits*. Foi esse avanço que deu origem à *convergência tecnológica* que está dissolvendo as fronteiras entre as *telecomunicações*, a *comunicação de massa* e a *informática*, isto é, entre o telefone, a televisão e o computador ou entre a televisão, a internet e o computador. As diferentes tecnologias que eram necessárias para as várias transmissões analógicas – telégrafos para texto, telefonia para voz, radiodifusão para sons e imagens etc. – estão sendo substituídas por redes digitais integradas de usos múltiplos – via cabo óptico, satélites ou radiodigitais, eles próprios avanços tecnológicos fundamentais”⁷⁵⁹.

A convergência tecnológica designa, portanto, essa capacidade de diferentes plataformas de rede (infra-estrutura) de servirem de veículo (meio) para serviços de informação semelhantes⁷⁶⁰. Para Alexandre Ditzel Faraco, “o que o termo convergência sugere é exatamente que essas redes poderão ser, potencialmente, utilizadas para prestar serviços diferentes, antes ofertados exclusivamente no âmbito de uma rede específica (i.e., elas convergiram num mesmo padrão multimídia)”⁷⁶¹. Com a convergência tecnológica, em teoria, operadoras de telecomunicações poderão ofertar a seus clientes programas audiovisuais; emissoras de televisão poderão transmitir dados aos telespectadores e os serviços de rádio, televisão e telecomunicações poderão ser prestados via Internet por operadoras de TV a cabo.

A partir do momento em que o conteúdo multimídia (texto, imagens, imagens em movimento e/ou som) é convertido em tecnologia digital, ele pode ser

shift towards using common digital technologies” (*Media ownership: the economics and politics of convergence and concentration in the UK and European media*. Londres: Sage Publications, 2002, p. 3).

⁷⁵⁹ “Breve roteiro introdutório ao campo de estudo da comunicação social no Brasil”. In *Mídia: teoria e política*. São Paulo: Ed. Fundação Perseu Abramo, 2001, p. 27.

⁷⁶⁰ Ver a respeito Comissão européia. Livro verde: *Convergência dos setores das telecomunicações, dos meios de comunicação social e das tecnologias da informação e suas implicações na regulamentação*, COM (97) 623, Bruxelas, 1997, p. 9, disponível no sítio da Internet: <http://europa.eu.int/eur-lex>, acessado em 15.08.2002.

transmitido, como qualquer outra informação, por qualquer infra-estrutura que opere com tecnologia digital. Deve-se ressaltar, todavia, que o fenômeno da convergência tecnológica é relativamente recente, sendo difícil prever com razoável segurança seus impactos e desdobramentos no mundo da comunicação social. A potencialidade de transformação, entretanto, é significativa.

Em razão da convergência tecnológica, as empresas que atuam em um ou mais setores (televisão, telecomunicações, TV a cabo, imprensa etc.) poderão alargar sua área de atuação, passando a operar até em todas as mídias eletrônicas. O estímulo à concentração gerado pela convergência tecnológica é evidente. Para Francis Balle, “na era da digitalização, o mercado de mídia está em plena expansão, mas também em fase de plena reestruturação. Uma dupla evolução do mercado de comunicação em direção da concentração e da internacionalização atinge, por meio de fusões, alianças e aquisições, os veículos, seus programas, suas redes e equipamentos”⁷⁶².

3.3.2 – *Convergência tecnológica: internacionalização e concentração*

A convergência tecnológica, impulsionada pelo advento da digitalização, e o processo de globalização da economia têm levado não à superação das estruturas concentradas de poder, mas a um processo de concentração e internacionalização do setor de comunicação⁷⁶³.

⁷⁶¹ *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação – rádio, televisão e Internet*. Tese de livre-docência. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p. 245.

⁷⁶² No original: “À l’ère du numérique, le marché des médias est en pleine expansion mais aussi en pleine restructuration. Une double évolution du marché de la communication vers la concentration et l’internationalisation concerne les supports, leurs programmes, leurs réseaux comme leurs équipements par fusion, alliances, acquisitions” (*Médias et sociétés*, 9^a ed. Paris : Montchrestien, 1999, p. 254).

⁷⁶³ Nesse sentido, afirma Gillian Doyle que “globalization and convergence have created additional possibilities and incentives to re-package or to ‘repurpose’ media content into as many different formats as is technically and commercially feasible (e.g. book, magazine serialization, television programmes and formats, video, etc) and to sell that product through as many distribution channels or ‘window’ in as many geographic markets and to as many paying consumers as possible. The media industry’s response to these developments has been marked. Media firms have been joining forces at a faster pace than ever before. They have been involved in takeovers, mergers and other strategic deals and alliances, not only with rivals in the same business sector, but also with firms involved in other areas that are now seen as complementary. Convergence and globalization have increased trends towards concentrated media and cross-media ownership, with the growth of integrated conglomerates (e.g. Time Warner/AOL, Pearson, Bertelsmann, etc.) whose activities span several areas of the industry” (*Media ownership: the economics and politics of convergence and concentration in the UK and European media*, p. 4).

Denis de Moraes afirma que a indústria da comunicação, na passagem dos anos 1980 para os 1990, conheceu um período de desenvolvimento no qual “todas as setas levavam a uma aguda internacionalização da mídia, seja pelos sinais de saturação do mercado norte-americano, seja pela redução ou pela supressão das barreiras protecionistas na maioria dos países sob influência neoliberal, e notadamente pelo imperativo de remunerar o capital em bases descentralizadas de consumo. O avanço tecnológico em três pontas do processo – a modernização acelerada, a convergência das redes de transmissão e a produção multimídia – conjugou-se à necessidade dos conglomerados de escoarem extensivamente as suas programações”⁷⁶⁴.

O fenômeno da convergência tecnológica caracteriza-se pela superação das fronteiras entre os setores de telecomunicações, comunicação social e informática, promovida por um movimento de concentração empresarial liderado por grandes conglomerados transnacionais. Essas corporações transnacionais, aproveitando-se da liberalização de atividades econômicas e da mobilidade de capitais, expandem suas atividades no plano internacional e para áreas de atuação contíguas, sobretudo por intermédio de processos de aquisição e fusão de empresas⁷⁶⁵.

Venício A. de Lima afirma que “na economia política, a dissolução das fronteiras entre as *telecomunicações*, os *mass media* e a *informática*, isto é, o surgimento da nova mídia e a privatização dos serviços de telecomunicações que vem acontecendo em todo o mundo nas últimas décadas, ocasionou a maior onda de *compras, fusões e parcerias* de agentes econômicos já conhecida na história da economia. Esse fato alterou radicalmente a economia política do setor e provocou uma concentração (horizontal, vertical e cruzada) sem precedentes da propriedade privada na mídia – velha e nova, dando origem a um crescente e vigoroso processo de oligopolização do setor com o aumento do poder dos históricos atores brasileiros e a emergência de novos e poderosos atores globais (*global players*) privados”⁷⁶⁶. Idêntica observação é feita por Enrique Sánchez Ruiz, para quem “a convergência que vem ocorrendo entre as tecnologias de informação, das

⁷⁶⁴ *Planeta mídia: tendências da comunicação na era global*. Letra Livre, 1998, pp. 65-66.

⁷⁶⁵ Para um panorama da atuação dos seis maiores conglomerados transnacionais de mídia (AOL-Time Warner, Bertelsmann, Disney, News Corporation e Vivendi Universal), ver *Media Ownership Chart* disponível no sítio da Internet: <http://www.mediachannel.org/ownership/moguls-printable-150dpi.pdf>, acessado em 08.12.2008.

⁷⁶⁶ “Breve roteiro introdutório ao campo de estudo da comunicação social no Brasil”. In *Mídia: teoria e política*, pp. 27-28.

telecomunicações e os meios audiovisuais (...) está trazendo outro tipo de convergência, na forma de grandes fusões, aquisições e alianças estratégicas entre corporações (por exemplo, as empresas de telecomunicações se unem com as de televisão, para oferecer serviços de Internet, TV a cabo, telefonia e entretenimento, entre outras possibilidades”⁷⁶⁷.

Na mesma linha, Guillermo Mastrini e Carolina Aguerre apontam que “é possível constatar, em relação à convergência, um crescente grau de confluência patrimonial. Por exemplo, as telefônicas avançaram sobre a propriedade dos meios de comunicação; alguns grupos de meios de comunicação avançaram sobre a participação de propriedades vinculadas às novas tecnologias da informação. Isso parece indicar que existe uma incapacidade do Estado para regular a convergência, e é o mercado que resolve o problema via integração patrimonial”⁷⁶⁸.

No Brasil, o que se pode observar no tocante à convergência tecnológica é, de um lado, a utilização da Internet como veículo para a difusão de conteúdo multimídia (texto, imagens, imagens em movimento e/ou som), e, de outro lado, a tendência cada vez mais acentuada à oferta de conteúdo multimídia por uma mesma empresa, não necessariamente mediante a utilização de uma única infra-estrutura de rede.

Com relação a este segundo aspecto, é cada vez mais comum a oferta por uma única empresa do pacote de serviços denominado *triple play*, compreendendo os serviços de dados (acesso à Internet em banda larga), voz (telefonia) e conteúdo audiovisual (televisão por assinatura). O pacote de serviços *triple play* foi inicialmente oferecido por empresas de TV a cabo, valendo-se da possibilidade de utilização da telefonia por meio da tecnologia VoIP (*Voice over Internet Protocol*), ou seja, telefonia pela Internet. No entanto, é importante destacar o movimento recente de entrada de empresas de telecomunicações no setor de TV por assinatura, seja mediante a obtenção de

⁷⁶⁷ “Globalização e convergência na América Latina”. *Revista Brasileira de Ciências da Comunicação*. vol. XXIII, nº 2, jul./dez. 2000, p. 26. O mesmo autor destaca que “com a convergência entre as telecomunicações, as tecnologias de informação e os meios de comunicação, está ocorrendo (em nível nacional e global) uma intensificação do processo de concentração das empresas com integrações verticais e horizontais de *hardware* e *software*, das redes e conteúdos. Tal convergência industrial, com tendência à concentração e à centralização do capital, tem implicações políticas em termos de se constituir um obstáculo potencial para a pluralidade e a democracia” (*Ibidem*, p. 34).

⁷⁶⁸ “Muitos problemas para poucas vozes: a regulamentação da comunicação no século XXI”. In *A mídia entre regulamentação e concentração*. Cadernos Adenauer VIII (2007), nº 4. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2008, p. 43.

licenças para a prestação de serviços, seja pela aquisição ou parceria com empresas prestadoras de serviços de TV por assinatura:

- a) Em março de 2005, o grupo mexicano Telmex (Teléfonos de México), controlador das empresas brasileiras de telefonia Embratel e Claro, fechou acordo com as Organizações Globo para ingresso no capital da Net Serviços, maior operadora de televisão a cabo do País⁷⁶⁹.
- b) No mês de julho de 2006, a Way Brasil, operadora de televisão por assinatura em cidades de Minas Gerais (Poços de Caldas, Barbacena, Uberlândia e Belo Horizonte), foi adquirida pela empresa de telefonia Oi do grupo Telemar⁷⁷⁰.
- c) Em outubro de 2006, foi noticiado que a Telefônica, operadora de telefonia fixa no Estado de São Paulo, adquirira a TVA, operadora de televisão por assinatura (TV a cabo e serviço de MMDS) do grupo Abril⁷⁷¹.
- d) No início de fevereiro de 2007, a Sky DirecTV anunciou que havia fechado um acordo operacional com a Brasil Telecom e a Telemar para o oferecimento de pacotes de serviços englobando TV por assinatura, Internet em banda larga e serviços de telefonia fixa e móvel⁷⁷²;
- e) Em março de 2007, a ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações concedeu autorização à Telefônica, para

⁷⁶⁹ Telmex e Globo fecham acordo sobre Net. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 23.03.2005, p. B-12.

⁷⁷⁰ Em outubro de 2007, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), depois de negar por duas vezes a autorização, mudou sua posição e finalmente aprovou a compra da operadora de TV a cabo Way Brasil pela Oi (Agência reguladora recua e aprova a compra da TV a cabo pela Oi, do grupo Telemar. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 24.10.2007, p. B-1). No início de junho de 2008, a operação foi aprovada com restrições pelo CADE (Cf. Cade aprova com restrições compra da Way TV. *Teletime News*, 05.06.2008).

⁷⁷¹ Ver Telefônica sela compra da TVA com Abril. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 30.10.2006, p. B-6; Anatel impõe restrições na venda da TVA à Telefônica. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 19.07.2007, p. B-7; e Anatel aprova compra da TVA pela Telefônica em São Paulo. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 01.11.2007, p. B-12.

⁷⁷² Sky fecha acordo com Brasil Telecom e Telemar para cesta de produtos. *FolhaOnline*, 12.02.2007, disponível no sítio da Internet: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro>, acessado em 14.10.2007.

prestação de serviço de televisão por assinatura via satélite DTH (*Direct to Home*)⁷⁷³; em abril de 2008 a ANATEL concedeu semelhante autorização para a Embratel; e em setembro de 2008, o grupo Oi também recebeu autorização da ANATEL para prestar serviços de televisão por assinatura via satélite DTH.

O traço comum de todas essas transações é o ingresso de empresas de telefonia no setor de comunicação social buscando, assim, agregar os serviços que compõem o pacote *triple play* (telefonia, televisão por assinatura e acesso à Internet via banda larga). A convergência tecnológica parece ocorrer no país, em grande medida, por meio de um movimento de concentração empresarial pelo qual empresas de telefonia ingressam no mercado de distribuição de conteúdo audiovisual e consolidam o controle de infra-estruturas de rede para oferecimento de acesso à Internet em banda larga⁷⁷⁴.

O recente movimento de concentração empresarial visando à oferta de um pacote de serviços agregados (*triple play*), liderado pelas empresas de telefonia fixa, coloca em pauta a questão de se saber qual convergência a sociedade brasileira deseja: competitiva, com uma pluralidade de agentes prestando os serviços por intermédio de diferentes redes, ou monopolista, dominada por um único agente econômico, controlador de um conjunto vasto de redes (infra-estruturas)⁷⁷⁵.

3.4 – Internet: o fio de esperança

O advento da Internet tem um impacto interessante na esfera pública na medida em que tende a promover a sua democratização.

⁷⁷³ Telefônica poderá operar TV via satélite. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 08.03.2007, p. B-11.

⁷⁷⁴ Observa Alexandre Ditzel Faraco que “é possivelmente por terem percebido uma ameaça às receitas de serviço que tradicionalmente dominaram (além da crescente concorrência no mercado de acesso à Internet em banda larga) que as empresas de telefonia no Brasil adotaram a estratégia de adquirir empresas de televisão por assinatura já existentes, ou ingressar na prestação desses serviços a partir do desenvolvimento de redes próprias. Quando essa estratégia envolve a oferta de um novo serviço de televisão, a partir de uma nova rede, há uma vantagem para o usuário e uma intensificação das condições de concorrência (em razão do surgimento de uma opção adicional num mercado concentrado). Claro que o mesmo não se aplica a um ato de concentração envolvendo uma rede de televisão a cabo já existente, pois, nesse caso, há um potencial impacto negativo sobre o mercado de acesso em banda larga à Internet (pelo domínio das duas principais infra-estruturas que permitem a disponibilização desses serviços)” (*Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação – rádio, televisão e Internet*, p. 286).

⁷⁷⁵ Essa é a questão colocada por Pedro Dutra e Arthur Barrionuevo em artigo recente publicado na *Folha de São Paulo* (Qual Convergência? *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 02.11.2007, p. B-2).

A Internet, por ser uma mídia convergente, pulverizada e de livre acesso, tem a capacidade de promover a difusão de informações e dados que antes eram tradicionalmente transmitidos apenas por veículos de comunicação concentrados e setorizados (como televisão, rádio, jornal, revista). Na Internet, o acesso a diversos tipos de conteúdo (desde uma informação jornalística até eventos esportivos, filmes e músicas) é feito por um único meio convergente, aberto ao uso geral do público.

É interessante destacar que a Internet permite ainda maior acesso por parte de indivíduos e organizações sociais a canais de comunicação com a sociedade. *Blogs*, *wikis*, *web sites* interativos, redes sociais e salas de discussão contribuem para maior diversidade e pluralismo de informação. A Internet facilita a comunicação na medida em que torna muito mais fácil e barata a distribuição da mensagem ou do conteúdo informativo⁷⁷⁶. Pode-se afirmar que a Internet permite uma distribuição mais igualitária das oportunidades de participação na esfera pública⁷⁷⁷.

Entretanto, parece exagerada a crença de alguns autores segundo a qual a Internet faria com que eventuais preocupações com a concentração dos meios de comunicação ficassem suplantadas ou perdessem a atualidade⁷⁷⁸. Nesse sentido, observa Alexandre Ditzel Faraco que “há, porém, certa dose de exagero na idéia de que a Internet estaria provocando uma diluição permanente dos centros de poder econômico e político. Uma análise mais cuidadosa da dinâmica subjacente a esse processo indica que, em parte,

⁷⁷⁶ C. Edwin Baker observa que a Internet, sem sobra de dúvidas, contribui para criar maior diversidade; “it does this primarily by dramatically reducing the time, cost, and consequent geographic limits of *distribution*” (*Media concentration and democracy: why ownership matters*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 101).

⁷⁷⁷ Cf. C. Edwin Baker: *Media concentration and democracy: why ownership matters*, pp. 98 e seguintes.

⁷⁷⁸ Autores que adotam uma visão liberal com relação à concentração da mídia, como Benjamin Compaine e outros, argumentam que a capacidade da Internet de prover diferentes formas de informação (dados, áudio e vídeo) leva a uma superação dos antigos gargalos (*bottlenecks*) de distribuição existentes nos meios de comunicação de massa e torna, em termos de análise antitruste, fluidas as linhas de demarcação dos mercados relevantes geográficos para o setor de mídia. Afirmam esses autores que a Internet impõe a necessidade de se considerar o mercado de mídia como um todo (*media as a whole approach*) para fins de avaliação do grau de concentração. Essa visão é, no mínimo, controversa. Gillian Doyle, por exemplo, afirma que “the future is unlikely to see the elimination of fundamental concerns about concentrated media power. Indeed, the growth of ‘new’ media and the Internet have been catalysts for a great many ‘mega-mergers’ and alliances involving large-scale media and communications corporations over recent years. Several of these deals – for example, the AOL/Time Warner or the acquisition of Endemol by Telefónica, both in 2000 – have underlined the perceived importance of developing market power across all major stages in the vertical supply chain. These emerging ownership configurations raise new concerns about bottlenecks and gateways monopolies in the media, with the associated implications for pluralism” (*Media ownership: the economics and politics of convergence and concentration in the UK and European media*, pp. 178-179).

essa percepção é correta, mas que novas possibilidades de reorganização e concentração de poder surgem e são claramente percebidas e aproveitadas por certos agentes. Isso pode, inclusive, limitar em muito o potencial que hoje se atribui à Internet”⁷⁷⁹.

Algumas evidências podem ser levantadas de que, até o momento, a disseminação do uso da Internet não é suficiente para fazer com que preocupações com relação à concentração de poder econômico na mídia sejam consideradas ultrapassadas.

Em primeiro lugar, cumpre destacar que a disseminação do uso da Internet e, sobretudo, da *banda larga*⁷⁸⁰ no Brasil ainda não são grandes. Segundo dados do IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, coletados na Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios em 2005, apenas 16% dos domicílios brasileiros tinham acesso à Internet. A possibilidade de acesso à Internet (via banda larga ou acesso discado por linha telefônica) se distribuía de forma bastante desigual nas regiões brasileiras: ela atingia 20,2% dos domicílios da região Sudeste e 19,9% dos domicílios da região Sul; mas era de apenas 7,3% dos domicílios da região Nordeste e de 5,6% dos domicílios da região Norte⁷⁸¹.

A *Pesquisa sobre o uso das tecnologias da informação e da comunicação no Brasil 2007*, realizada pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil⁷⁸², indicou, a seu turno, que apenas 17% dos domicílios brasileiros tinham acesso à Internet. Ficou evidenciado na Pesquisa que o acesso à Internet está umbilicalmente ligado a fatores socioeconômicos: de maneira geral, observou-se que quanto maior a renda da família, maior a penetração da Internet. O elevado custo do acesso é a justificativa mais citada (em 58% dos casos) entre aqueles que possuem computador, mas não têm acesso à Internet. Do total de domicílios com acesso à Internet, foi detectado pela Pesquisa que 50% utilizavam

⁷⁷⁹ “Dinâmica da inovação na Internet e regulação do poder econômico”. *Revista de Direito Público da Economia*, ano 6, nº 22, abr./jun. 2008, p. 10.

⁷⁸⁰ O termo banda larga decorre de uma comparação entre os serviços de transmissão de dados oferecidos sobre as redes de TV por assinatura (TV a Cabo e MMDS, por exemplo), que atingem velocidades de até 10 Mbps, e os oferecidos sobre as linhas telefônicas convencionais, com velocidade máxima de 56 Kbps (chamados de banda estreita). O acesso à Internet em banda larga no Brasil é realizado, principalmente, mediante o uso de duas tecnologias distintas: (i) DSL, que utiliza a infra-estrutura da rede de telefonia fixa, e (ii) cabo, que utiliza a infra-estrutura da rede de televisão a cabo.

⁷⁸¹ Cf. *Síntese de Indicadores Sociais 2006*, disponível no sítio da Internet: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinteseindicais2006/indic_sociais2006.pdf, acessado em 02.12.2008.

⁷⁸² Disponível no sítio da Internet: <http://www.cetic.br/tic/2007/indicadores-cgibr-2007.pdf>, acessado em 15.12.2008.

uma conexão em banda larga, ao passo que 42% ainda acessavam a rede por modem tradicional (acesso discado via linha telefônica), o que reduz significativamente as potencialidades de uso. A conexão em banda larga é mais presente em famílias com renda mais alta e a conexão via modem tradicional, em famílias de menor renda.

Em razão da enorme concentração de renda existente no Brasil, pode-se observar que os serviços de televisão por assinatura e a Internet somente são acessíveis para uma parcela reduzida da população. O argumento de que existe uma multiplicidade de oferta de canais de televisão e de informação somente pode ser utilizado para uma parcela restrita da população brasileira (classes A e B).

Some-se a isso o fato de que o analfabetismo funcional, isto é, a incapacidade de entendimento do texto lido, e a falta de hábito de leitura da população, os quais reduzem significativamente a possibilidade de penetração de jornais, livros e revistas em largos estratos da população brasileira. Para a imensa maioria dos brasileiros, o acesso aos meios de comunicação social se traduz em televisão aberta e rádio. A televisão aberta e o rádio são os principais veículos de informação e entretenimento da população brasileira, especialmente a mais carente. Inexiste evidência econômica ou social que permita afirmar que a parcela mais carente da população brasileira, com menor nível educacional, não continuará por certo tempo a ter acesso apenas à radiodifusão (rádio e televisão aberta).

Em segundo lugar, deve ser destacado que existe uma ameaça real de controle da Internet por grandes grupos de comunicação em função de gargalos (*bottlenecks*) ou *gatekeepers* no que tange à infra-estrutura, ou seja, à camada física, e provedores de acesso, assim como com relação aos sítios mais visitados (camada de conteúdo)⁷⁸³.

⁷⁸³ Segundo David Croteau e William Hoynes, “one of the features of the Internet touted by early proponents was that it could overcome all the inherent advantages of size because it eliminated the high-cost barrier of entering the media market. With the Internet, the argument went, the cost of entry was very low, and small producers could compete on an even playing field with major companies, potentially revolutionizing the media industry. Traditional media players bought out most early, promising ventures. As mergers and consolidation reached the Internet in the late 1990s, the early optimism for change faded. The cost of competition with the major media companies rose to millions of dollars, and large media firms dominated the Internet’s most popular sites” (*The business of media: corporate media and the public interest*. 2ª ed. Thousand Oaks, CA: Pine Forge Press, 2006, p. 123)

Essa preocupação com o risco de controle ou restrição sobre mercado de provimento de acesso (provedor de Internet) por parte de empresas detentoras de infraestrutura de conexão (notadamente de conexão rápida em banda larga) forneceu ainda mais combustível para o debate sobre a manutenção da característica de acesso livre (*open access*) da Internet⁷⁸⁴. Empresas que controlam a infra-estrutura e o provimento de acesso podem, tecnicamente, restringir ou impedir o tráfego de determinado pacote de dados ou o acesso a determinados sítios. Demais disso, pode-se imaginar com facilidade que quem atua no mercado de provimento de conteúdo ou possui ligações contratuais com outras empresas provedoras de conteúdo teria um incentivo para privilegiar determinado conteúdo em detrimento de outro ou discriminar o acesso de sítios de terceiros.

Além do padrão comum, Mark A. Lemley e Lawrence Lessig identificam como princípio fundamental estruturador da Internet o desenho *end-to-end* (e2e), segundo o qual a “inteligência” da rede fica localizada em seus extremos (pontas)⁷⁸⁵. Essa configuração permitiria a competição pela inovação na Internet. Partindo dessas premissas, alertam os autores para o fato de que permitir que uma ou algumas poucas empresas possam decidir quais novos usos podem ser feitos da rede, põe em risco o desenvolvimento da Internet. Em síntese, a preocupação dos autores é com a preservação de uma arquitetura aberta e competitiva na Internet, que permita e fomente a inovação. Da mesma forma, observa Alexandre Ditzel Faraco que “a arquitetura aberta e a possibilidade de viabilizar inúmeros aplicativos a partir do mero controle de um terminal explica, em parte, por que, com base na Internet, se desenvolvem constantemente novas formas de produção, organização e difusão da informação e outros bens. Qualquer pessoa com um computador e acesso à rede pode, em princípio, apresentar e testar novos conteúdos e aplicativos sem precisar pedir autorização ou obter apoio de ninguém”⁷⁸⁶.

⁷⁸⁴ Ver a propósito, Mark A. Lemley e Lawrence Lessig: “The end of end-to-end: preserving the architecture of the Internet in the Broadband Era”. *UCLA Law Review*, vol. 48, nº 4, 2001, pp. 925-972; e Christopher Yoo: “Vertical integration and media regulation in the New Economy”. *Yale Journal on Regulation*, vol. 19, 2002, pp. 248 e seguintes.

⁷⁸⁵ “The end of end-to-end: preserving the architecture of the Internet in the Broadband Era”. *UCLA Law Review*, vol. 48, nº 4, 2001, p. 931. Segundo os autores, “e2e expands the competitive horizon by enabling a wider variety of applications to connect to and to use the network. It maximizes the number of entities that can compete for the use and application of the network. As there is no single strategic actor who can tilt the competitive environment (the network) in favor of itself, or no hierarchical entity that can favor some applications over the others, an e2e network creates a maximally competitive environment for innovation” (*Ibidem*, p. 931).

⁷⁸⁶ “Dinâmica da inovação na Internet e regulação do poder econômico”. *Revista de Direito Público da Economia*, ano 6, nº 22, abr./jun. 2008, pp. 13-14.

Outra questão que se coloca no tocante à Internet diz respeito à abundância e diversidade de informação encontrada na rede, o que leva à desconfiança com relação à qualidade e veracidade do conteúdo⁷⁸⁷.

Joseph Stiglitz explica que a informação é um bem fundamentalmente diferente de outras *commodities*. As propriedades de uma informação não podem ser avaliadas pelo consumidor antecipadamente como no caso de uma cadeira ou de um sapato. Essas propriedades somente podem ser aferidas depois que o consumidor tiver conhecimento da informação. Ora, se o consumidor tomar conhecimento da informação, não haverá mais razão para que ele venha a pagar por ela. Em razão dessa natureza particular da informação, Stiglitz sustenta que mecanismo como a reputação assumem um papel importante no mercado de informação⁷⁸⁸. Diante da quantidade quase infinita de informações que a Internet pode oferecer, os usuários procuram mecanismos de triagem ou filtro que permitam identificar as informações mais relevantes. Observa-se, em função disso, que na Internet os sítios de conteúdo mais visitados e mais confiáveis são aqueles detidos pelos grandes veículos de comunicação social⁷⁸⁹. Na área jornalística, por exemplo, é possível constatar que a maioria dos sítios de notícias *on-line* pertence a jornais e revistas dos grupos de comunicação tradicionais⁷⁹⁰.

⁷⁸⁷ Observa Peter Goodwin que “the problem of ‘information overload’ posed to the media consumer (...) presents an extra consumer-driven demand for packaging. Bigger and more attractive packages of interactive information and entertainment will attract more consumers, which in turn will enable them to enhance their packages and their brands, which in turn will gain them more consumers. The same old media laws that underpin concentration look to be alive and kicking in the digital age” (“Concentration: does the digital revolution change the basic rules of media economics”. In Gillian Doyle (ed.): *The economics of the mass media*. Cheltenham: Elgar, 2006, p. 569).

⁷⁸⁸ “The contributions of the economics of information to twentieth century economics”. *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 115, nº 4, 2000, pp. 1448-1449.

⁷⁸⁹ Afirma C. Edwin Baker que “a person in search of reliable information will be much more likely to go to a site identified with the *New York Times* or CNN, for example, than one identified with an unknown individual, for example, identified as Ann’s Blog. Moreover, although a search engine can help a person find information on a plethora of alternative sites, a person is likely, based on experience, to expect to find the reports she seeks on relevant ‘branded’ sites even if it happens that Ann posted a report on the same subject on the same day. For example, a person would probably go to ESPN.com to find updated sports scores or to a BBC or CNN or *New York Times* site for news about Iraq. That is, channeling and branding contribute to concentration of audience attention” (*Media concentration and democracy: why ownership matters*, p. 105).

⁷⁹⁰ Com base na realidade norte-americana, C. Edwin Baker sustenta que “an examination of online news providers hardly shows a new dispersal of communicative power (deconcentration) within the media. Most of the most heavily used news sites turn out to be owned by offline brands and seldom add significant new journalistic resources” (*Media concentration and democracy: why ownership matters*, p. 112).

Por fim, é importante reconhecer que não há evidências que a Internet seja aos olhos dos usuários um substituto perfeito dos veículos de comunicação de massa tradicionais (televisão, rádio, jornais, revistas etc.)⁷⁹¹.

A observação dos dados da Internet não permite a adoção de conclusões definitivas sobre o impacto e a própria disseminação do uso da Internet na estrutura concentrada existente no setor de comunicação social. Podemos afirmar, pois, que a diluição da concentração da mídia em razão da Internet é ainda uma questão aberta, sem resposta previsível mesmo a médio prazo. Como bem observa Alexandre Ditzel Faraco, “o avanço tecnológico representado pelo binômio Internet/convergência, mesmo em países em que é mais difundido, ainda está longe de causar uma efetiva dispersão do poder que os meios de comunicação tradicionais (em especial a televisão) têm sobre o espaço público”⁷⁹².

David Croteau e William Hoynes alertam para o fato de que “nossa capacidade tecnológica oferece oportunidades sem precedentes para a criação e a ampla distribuição de mais informação do que jamais esteve disponível na história da humanidade. Entretanto, são nossos valores sociais, decisões políticas e demandas como cidadãos que, em última análise, irão determinar como essa tecnologia em vigoroso crescimento será utilizada”⁷⁹³. Oxalá, as previsões mais positivas se confirmem. No entanto, a esperança de que a disseminação do uso da Internet leve a uma efetiva transformação na configuração estrutural dos meios de comunicação social – evento futuro e incerto – não pode desviar o foco de preocupação com a situação atual do setor.

⁷⁹¹ Ver a respeito, Alexandre Ditzel Faraco: *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação – rádio, televisão e Internet*, pp. 264 e seguintes.

⁷⁹² *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação – rádio, televisão e Internet*, p. 252. David Croteau e William Hoynes asseveram que “even with new media outlets, it is still a handful of media giants who dominate what we see, hear, and read. The expansion of new media technologies has only strengthened, not undermined, the power and influence of new media conglomerates” (*The business of media: corporate media and the public interest*, 2ª ed. Thousand Oaks, CA: Pine Forge Press, 2006, p. 77).

⁷⁹³ No original: “Our technological capabilities offer unprecedented opportunities for the creation and wide distribution of more information than has ever been available before in human history. However, it is our social values, political decisions, and citizen demands that ultimately determine how this burgeoning technology will be used” (*The business of media: corporate media and the public interest*, p. 10).

Capítulo 4 – Promoção do pluralismo externo: aplicação do direito concorrencial e propostas de regulação

Neste capítulo e no próximo, o que se propõe é refletir sobre mecanismos jurídicos para um combate à estrutura concentrada de poder econômico e político no setor de comunicação social.

Para essa tarefa, assumimos dois pressupostos. Em primeiro lugar, as escolhas políticas fundamentais, refletidas em princípios e valores consagrados na Constituição Federal, devem reger as estruturas econômicas. Em segundo lugar, o direito (sistema jurídico) possui como missão precípua a implementação das escolhas políticas fundamentais consagradas no texto constitucional.

A promoção do pluralismo e a diluição do poder econômico são certamente tarefas complexas e não podem ser garantidas pela aplicação de um único mecanismo jurídico (direito antitruste, por exemplo). É necessário adotar uma visão mais ampla e considerar diversos mecanismos jurídicos ligados à regulação e à aplicação do direito concorrencial para tal desiderato.

Assim nossa tarefa será a de averiguar como a atuação do direito antitruste e da regulação podem contribuir para a promoção do pluralismo da informação e da diversidade cultural⁷⁹⁴. Como pano de fundo de nossa tarefa, não se pode olvidar, está a percepção de que, na formulação de regras para disciplinar o setor de comunicação social, papel fundamental deve ser dado a princípios e valores democráticos consagrados pela Constituição Federal⁷⁹⁵.

⁷⁹⁴ Ensina Calixto Salomão Filho que “a diferença entre direito antitruste e regulação está basicamente na forma de intervenção. A atuação do direito antitruste é essencialmente passiva, controlando formação de estruturas e sancionando condutas. Trata-se do que a doutrina administrativa costuma chamar de atos de controle e de fiscalização, através dos quais o Estado não cria a utilidade pública, limitando-se a fiscalizá-la ou controlá-la. Já a regulação não pode se limitar a tal função. É preciso uma intervenção ativa, que não se restrinja ao controle, mas preocupe-se com a verdadeira criação de utilidade pública através da regulação” (*Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 31).

⁷⁹⁵ Cf. C. Edwin Baker: *Media concentration and democracy: why ownership matters*, p. 5.

4.1 – Revisão da forma de aplicação do direito concorrencial ao setor de mídia

A promoção do pluralismo por meio da aplicação do direito concorrencial, tal como proposto a seguir, não exige a promulgação de novas leis, apenas a adoção de um novo paradigma interpretativo.

As autoridades encarregadas da aplicação do direito concorrencial ao setor de comunicação social – CADE e Agência Nacional de Telecomunicações – até o momento não admitiram a necessidade de consideração de aspectos particulares na análise concorrencial de atos de concentração envolvendo empresas do setor de comunicação social⁷⁹⁶.

4.1.1 – Análise concorrencial no setor de comunicação social

Trataremos nesta seção da análise voltada para o controle das estruturas de mercado do setor de comunicação social.

Costuma-se associar o controle das estruturas de mercado com a análise de atos de concentração realizada pelo CADE. Entretanto, o art. 54, *caput*, da Lei 8.884, de 1994, submete ao controle do CADE todos os atos e contratos que possam levar à limitação da livre concorrência ou à dominação de mercado relevante de bens ou serviços. Com base em referido dispositivo legal, a doutrina concorrencial sustenta que o controle das estruturas de mercado exercido pelo CADE abrange não só atos de concentração, mas também casos de cooperação entre agentes econômicos⁷⁹⁷. Nesse sentido, afirma Calixto Salomão Filho que “o art. 54, *caput*, contém hipótese ampla, de controle não apenas das concentrações, mas, também, das formas de cooperação econômica”⁷⁹⁸.

⁷⁹⁶ David Croteau e William Hoynes enfatizam a especificidade da concentração de poder econômico no setor de comunicação social, afirmando que “having to pay more for steel because just a few companies dominate its production is a major economic problem. Having just a few companies dominate the production and mass distribution of ideas, culture, and information raises broader and far more significant concerns and dilemmas” (*The business of media: corporate media and the public interest*, p. 6).

⁷⁹⁷ Os atos de cooperação se distinguem dos de concentração na medida em que, na cooperação, os agentes econômicos se unem para desenvolver uma atividade conjunta, mas mantêm seus centros de decisão autônomos e independentes, ao passo que, na concentração, existe a integração das atividades empresariais dos agentes econômicos, com a submissão a um centro de decisão único. O contrato é a forma jurídica típica para os casos de cooperação. Já para as operações de concentração, além de formas contratuais, normalmente são realizadas mudanças na estrutura societária dos agentes envolvidos. Ver nesse sentido Calixto Salomão Filho: *Direito concorrencial: as estruturas*, pp. 240 e seguintes.

⁷⁹⁸ *Direito concorrencial: as estruturas*, p. 271.

Como o art. 54 da Lei nº 8.884, de 1994, submete à aprovação do CADE não apenas atos de concentração, mas também atos de cooperação que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, é mais apropriado designar o controle feito pelo CADE com base no art. 54 como controle de estruturas de mercados em decorrência de atos de concentração e cooperação econômica⁷⁹⁹.

Em linha com o exposto até aqui neste trabalho, afirmamos que o art. 220, § 5º da Constituição Federal, associado aos princípios constitucionais do pluralismo político e cultural, da liberdade de expressão e do direito à informação, afetam de forma significativa a interpretação e aplicação da Lei nº 8.884, de 1994, no tocante aos atos de concentração e de cooperação envolvendo empresas do setor de comunicação social. Sustenta Caio Mario da Silva Pereira Neto, a propósito, que “o regime constitucional produz sensível impacto sobre a aplicação da Lei nº 8.884/94. Indubitavelmente, o artigo 220, § 5º, da Constituição Federal traz contornos distintos para a interpretação do artigo 54 da lei de defesa da concorrência em relação ao setor de comunicação social, estabelecendo critérios mais rigorosos que aqueles vigentes para os demais setores da economia”⁸⁰⁰.

Deve-se afastar desde já eventual questionamento da competência do CADE para promover o pluralismo da informação ou a diluição de poder no setor de mídia. O CADE está encarregado de aplicar todo o direito concorrencial brasileiro e não apenas a Lei nº 8.884, de 1994. Ninguém nega que, em sua atuação, o CADE se pautar pelos princípios constitucionais do art. 37 e pelo disposto no art. 174, § 3º da Constituição Federal. Assim, não é razoável sustentar que o CADE não possa aplicar, no tocante ao setor de comunicação social, o princípio do pluralismo da informação ou o artigo 220, § 5º, da Constituição Federal, que proíbem a ocorrência de estruturas concentradas de mercado no setor de mídia.

⁷⁹⁹ Os contratos de afiliação comumente utilizados no setor de radiodifusão, dependendo dos elementos do caso concreto, podem ser considerados como atos de concentração de empresas ou, no mínimo, como atos de cooperação entre agentes econômicos. Em ambos os casos, seriam eventualmente passíveis de submissão à aprovação do CADE. Essa interpretação permite aumentar o número de atos que levam ao aumento do poder econômico exercido no setor de comunicação social, especialmente no que tange à televisão aberta, sujeitos ao controle realizado pelo CADE com base no art. 54 da Lei nº 8.884, de 1994.

⁸⁰⁰ “Análise de concentração econômica no setor de comunicação: defesa da concorrência, democracia e diversidade na esfera pública”. *Revista de Direito da Concorrência* (Edição Especial – Retrospectiva 2003), 2003, p. 67.

Como bem observado por Caio Mario da Silva Pereira Neto, “a defesa da concorrência no setor de comunicação tem implicações ainda mais amplas que em setores como o de cerveja, de chocolates ou de supermercados. O impacto de práticas monopolistas naquele setor vai muito além da elevação de preços a níveis supracompetitivos, com conseqüente lesão aos consumidores e perda de bem-estar (*deadweight loss*). Aqui o abuso de poder econômico afeta diretamente o debate político e cultural e, conseqüentemente, a liberdade de expressão, a autonomia individual e o bom funcionamento da democracia”⁸⁰¹.

As características especiais do setor de comunicação social fizeram com que, no Reino Unido, a aplicação da legislação antitruste aos atos de concentração envolvendo veículos de mídia assumisse contornos específicos. A legislação britânica prevê a possibilidade de aplicação de um regime especial para as operações de concentração de veículos de mídia, conforme estabelecido no *Enterprise Act* de 2002 (Seção 42 e seguintes)⁸⁰². De acordo com esse regime especial, o Secretário de Estado de Comércio e Indústria pode intervir em atos de concentração no setor de mídia julgados de *interesse público*⁸⁰³. O procedimento de intervenção é complexo⁸⁰⁴. Entretanto, o que importa destacar é que, ao intervir em determinada operação, o Secretário de Estado possui um leque amplo de poderes para avaliar e remediar efeitos adversos para o interesse

⁸⁰¹ “Análise de concentração econômica no setor de comunicação: defesa da concorrência, democracia e diversidade na esfera pública”. *Revista de Direito da Concorrência* (Edição Especial – Retrospectiva 2003), 2003, p. 58. Acrescenta o autor que “a aplicação do direito antitruste no setor de comunicação deve estar sempre atenta para o impacto de condutas e estruturas anticoncorrenciais não apenas no plano das relações econômicas, mas também no plano dos valores” (*Ibidem*, p. 60).

⁸⁰² Vale observar que o Regulamento (CE) nº 134/2004 do Conselho da União Européia, relativo ao controle da concentração de empresas, também reconhece o pluralismo da mídia como um interesse relevante a ser observado no controle de atos de concentrações. Segundo o art. 21 do Regulamento das concentrações comunitárias, a Comissão Européia tem competência exclusiva para tomar as decisões previstas no Regulamento. Os Estados-Membros não podem aplicar a sua legislação nacional sobre a concorrência às concentrações de dimensão comunitária. Entretanto, os Estados-Membros podem tomar as medidas apropriadas para garantir a proteção de interesses legítimos para além dos contemplados no Regulamento, desde que esses interesses sejam compatíveis com os princípios gerais e com as demais normas do direito comunitário. São expressamente considerados interesses legítimos pelo Regulamento a segurança pública, a pluralidade dos meios de comunicação social e as regras prudenciais.

⁸⁰³ Tony Prosser esclarece que “the Enterprise Act also contains powers for the Secretary of State to issue a notice that a merger or a market investigation raises public interest considerations, which then makes the minister rather than the Competition Commission the prime decision-maker, and she may take account of the public interest consideration” (*The limits of competition law: markets and public services*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 26).

⁸⁰⁴ Sobre a intervenção do órgão regulador britânico do setor de telecomunicações (*Ofcom*) no processo, ver *Ofcom guidance for the public interest test for media mergers*, disponível no sítio da Internet: http://www.ofcom.org.uk/tv/ifi/guidance/pi_test/pi_test.pdf, acessado em 20.11.2008.

público decorrentes da concentração⁸⁰⁵. Deve-se ressaltar, no entanto, que essa sistemática de aplicação da legislação antitruste aos atos de concentração envolvendo veículos de mídia surge na esteira do processo de desregulação verificado no Reino Unido, no qual diversas restrições regulatórias à concentração da mídia foram abrandadas ou até mesmo eliminadas.

Vale observar ainda que o setor de comunicação social é amplo e compreende diversas atividades. Como visto anteriormente, são consideradas “comunicação social” as atividades de rádio, televisão aberta, televisão por assinatura, publicação de jornais e revistas, Internet. Ademais, a cadeia produtiva na indústria de mídia pode ser dividida esquematicamente em três fases: (i) produção de conteúdo, (ii) empacotamento ou programação e (iii) distribuição. A partir dessa divisão, pode-se afirmar que a proteção do pluralismo da informação e as regras especiais sobre concentração no setor de comunicação social aplicam-se a todas as fases da cadeia produtiva da indústria de mídia, isto é, à produção de conteúdo, empacotamento ou programação e distribuição.

No direito concorrencial, o roteiro amplamente utilizado para o controle das estruturas de mercado envolve, inicialmente, a definição do mercado relevante, em seguida, a determinação da participação de mercado (*market share*) e, por fim, a avaliação de outros dados estruturais do mercado. Usaremos esse mesmo roteiro para lidar com os casos envolvendo o setor de mídia.

4.1.2 – Definição do mercado relevante

Segundo a doutrina concorrencial, a avaliação de atos de concentração exige a definição preliminar do mercado relevante envolvido⁸⁰⁶. A identificação do mercado relevante é o primeiro passo para aferir a existência de poder de mercado.

⁸⁰⁵ A propósito, Mike Feintuck e Mike Varney assinalam que “what is clear is that competition law, and the regulatory framework for media regulation more generally, is not based solely upon foundations of economic theory of competition. It appears at times to incorporate, if not to acknowledge fully, the existence of social objectives beyond competition as an end in itself and does not simply assume that market forces will deliver all that democracy expects of its media” (*Media regulation, public interest and the law*. 2ª ed. Edimburgo: Edinburgh University Press, 2006, pp. 99-100).

⁸⁰⁶ Embora o termo “mercado relevante” constitua um anglicismo, decorrente da tradução do vocábulo inglês *relevant*, que corresponderia mais apropriadamente no português a “pertinente” ou “correspondente”, a

Para fins concorrenciais, é importante delimitar o espaço no qual os agentes econômicos concorrem pela preferência dos consumidores, compondo um mercado apartado⁸⁰⁷. A finalidade da definição do mercado relevante é identificar o espaço geográfico e material no qual a concorrência pela preferência do consumidor efetivamente ocorre. Sem a identificação em concreto do mercado relevante atingido por uma prática ou ato, não se pode falar em posição dominante ou domínio de mercado de bens ou serviços. Sobre a definição de mercado relevante, afirma Paula Forgioni que “se a delimitação do mercado relevante implica, necessariamente, a identificação do mercado no qual atua determinado agente econômico (ou agentes econômicos) estamos tratando do mercado em que este *concorre*. Ou seja, a busca do mercado relevante passa pela identificação das relações (concretas, ainda que potenciais) de concorrência de que participa o agente econômico”⁸⁰⁸. A seu turno, adverte Sérgio Varella Bruna que “a identificação do mercado relevante é ato prévio e indispensável à correta análise *antitruste*. O mercado relevante é o contexto onde se manifesta o poder econômico, em virtude do que uma errônea avaliação do primeiro induzirá a erro também quando da avaliação do segundo”⁸⁰⁹.

A doutrina e a análise antitruste costumam distinguir duas dimensões do mercado relevante: dimensão do produto (material) e dimensão geográfica⁸¹⁰.

doutrina concorrencial referendou seu uso no Brasil (Cf. Sergio Varella Bruna: *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 80).

⁸⁰⁷ Observa Luís Fernando Schuartz que “a definição abstrata de mercado relevante e sua delimitação precisa em um caso concreto são importantes na medida em que todo poder econômico é, para fins de legislação de defesa da concorrência, poder que se exerce em um mercado de bens ou serviços juridicamente individualizado. O conceito de mercado relevante representa, em outros termos, a juridicização dos conhecimentos econômicos relativos a um dado mercado em suas dimensões de produto, geográfica e temporal. Nesse sentido, a definição de mercado relevante constitui a tarefa prévia de todo aquele disposto a verificar se houve ou há poder econômico e/ou conduta abusiva no sentido das normas de defesa da concorrência” (“Poder econômico e abuso do poder econômico no direito de defesa da concorrência brasileiro”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 94, abr./jun. 1994, p. 14).

⁸⁰⁸ *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 200.

⁸⁰⁹ *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 83. Amparada em exemplos da doutrina estrangeira, Paula Forgioni afirma que “a caracterização do mercado relevante é crucial para a autorização ou impedimento de uma operação de concentração entre agentes econômicos, pois que os efeitos decorrentes serão sopesados dentro desse mesmo mercado. Restringindo-se o mercado relevante, os efeitos da prática de concentração serão sentidos de forma mais aguda. De outra parte, o aumento da dimensão do mercado acaba por diluir o impacto anticoncorrencial da prática, de modo a, algumas vezes, permitir sua autorização” (*Os fundamentos do antitruste*, p. 217).

⁸¹⁰ Alguns autores defendem a existência de uma dimensão temporal do mercado relevante. Calixto Salomão Filho, por exemplo, sustenta que “uma correta definição do mercado deve levar em conta necessariamente três dimensões: a dimensão substancial (ou dos produtos), a dimensão geográfica e a temporal. Às tradicionais dimensões geográfica e do produto acrescenta-se, portanto, a dimensão temporal” (*Direito concorrencial: as estruturas*, p. 98). Sem desmerecer a importância do aspecto temporal no tocante à

A dimensão do produto (material) do mercado relevante diz respeito ao conjunto de produtos ou serviços disponíveis que, sob o ponto de vista do consumidor, possuem a mesma utilidade e podem ser tidos como substitutos⁸¹¹. Para definir o aspecto material (do produto) do mercado relevante, Paula Forgioni ensina que “deve-se identificar a necessidade do consumidor satisfeita pelo produto que está sendo considerado para verificar se ele está normalmente disposto a substituí-lo por outro(s). Se a resposta for afirmativa, ambos (ou todos) farão parte do mesmo mercado relevante material. Assim, a *fungibilidade* (ou *intercambialidade*) dos produtos para o consumidor faz com que integrem mercado relevante material idêntico”⁸¹². A substitutibilidade da demanda, isto é, a possibilidade razoável de substituição de um produto ou serviço por outro, sob a perspectiva do consumidor ou usuário, é o critério fundamental para a definição do aspecto material do mercado relevante⁸¹³. O mercado relevante compreende, assim, os produtos ou serviços concorrentes⁸¹⁴. A substitutibilidade de produtos deve ser aferida pela observação do comportamento pregresso do consumidor⁸¹⁵.

Para aferir a fungibilidade de um produto e, dessa forma, definir a dimensão material do mercado relevante, a análise antitruste costuma utilizar a noção de *elasticidade cruzada* (*cross elasticity*). Como explica Sérgio Varella Bruna, a elasticidade cruzada da demanda “expressa a razão das variações da procura por um determinado produto em função de variações no preço de outro produto. Assim, a elasticidade cruzada será alta quando uma dada variação de preço no produto analisado provocar um grande aumento na procura do *produto paradigma*, e será baixa quando esta mesma variação de

caracterização do poder de mercado, preferimos tratá-lo como um elemento a ser aferido no tocante à existência de barreiras à entrada e não como uma dimensão adicional do mercado relevante.

⁸¹¹ Herbert Hovenkamp destaca a dificuldade em se definir a dimensão material do mercado relevante afirmando que “product market definition is often a function of consumer taste, and taste cannot be measured so easily” (*Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. 3ª ed. St. Paul: Thomson/West, 2005, p. 91).

⁸¹² *Os fundamentos do antitruste*, p. 207.

⁸¹³ Ensina também Calixto Salomão Filho que “para que um produto seja considerado um substituto, do ponto de vista do consumidor, é preciso demonstrar, portanto: (i) a viabilidade funcional do produto (desempenha as mesmas funções que o primeiro); (ii) a sua viabilidade econômica (os gastos incorridos em sua aquisição e utilização não são proibitivos)” (“Setor de telecomunicações: definição de mercado”. In *Regulação e concorrência: estudos e pareceres*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 19).

⁸¹⁴ Na identificação da *fungibilidade* (ou *intercambialidade*) dos produtos para o consumidor não se deve descurar da existência de eventuais obstáculos para a substituição, tais como custos extraordinários, incorridos pelo usuário, decorrentes da rescisão de contratos. É o caso, por exemplo, dos serviços de televisão por assinatura, que em troca do comodato dos equipamentos de recepção e decodificação dos sinais, exigem a fidelidade do usuário por determinado período de tempo sob pena de pagamento de uma penalidade pecuniária.

⁸¹⁵ Cf. Phillip Areeda, John Solow e Herbert Hovenkamp: *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*. Vol. II B. 3ª ed. Austin/Boston/Chicago/Nova Iorque: Aspen Publishers, 2007, p. 226.

preços não cause sensível variação na procura de outro produto. Se a elasticidade for alta, isto será sugestivo de que os produtos devam ser incluídos no mesmo mercado relevante, porque são bons substitutos um do outro. A baixa elasticidade cruzada, ao contrário, indica que os produtos devam ser considerados como integrantes de mercados diversos, por serem tidos pelos consumidores como maus substitutos”⁸¹⁶. Embora a noção de *elasticidade cruzada da demanda* possa ser útil para a definição do mercado relevante, ainda que levando em conta dados históricos do comportamento dos consumidores⁸¹⁷, seu emprego como critério exclusivo ou preponderante deve ser visto com cautela. Isso porque o aumento na procura do produto A em função do aumento do preço do produto B pode significar não que exista elevado grau de substitutibilidade dos produtos, mas que a empresa fabricante do produto A já vinha cobrando preços acima dos concorrenciais em função de elevado poder econômico por ela detido⁸¹⁸. Esclarece Sérgio Varella Bruna que “a possibilidade de substituição entre produtos não é um dado absoluto, mas sim uma questão de grau. Um produto pode ser considerado pelos consumidores como um substituto razoável de outro, quando este esteja sendo negociado por seu produtor ao preço de monopólio. Mas os consumidores poderiam não considerar essa possibilidade de substituição caso tal produto estivesse sendo vendido a preços competitivos, o que claramente colocaria os produtos em questão em mercados diferentes”⁸¹⁹.

Outro aspecto que não pode ser esquecido na identificação do mercado relevante material é a substitutibilidade da oferta, isto é, a existência de fornecedores atuais

⁸¹⁶ *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*, p. 84.

⁸¹⁷ A propósito, Lucia Helena Salgado observa que “a evidência real sobre o comportamento passado representa o melhor conjunto de informações para se definir um mercado” (*A economia política da ação antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 1997, p. 167).

⁸¹⁸ Um exemplo de provável emprego incorreto do mecanismo de elasticidade cruzada da demanda para a definição do mercado, comumente citado pela doutrina antitruste, é o caso *Du Pont*. No caso *United States vs. E.I. du Pont de Nemours & Co* (351 U.S. 377, 1956), a empresa *du Pont* era acusada de monopolizar o mercado de celofane nos Estados Unidos, tendo em vista que era responsável pela produção de 75% do celofane vendido no país. A defesa da empresa baseou-se na alegação de que o mercado relevante não era o de celofane, mas o de “materiais flexíveis de embalagem”, que incluía diversos outros produtos. A Suprema Corte norte-americana aplicou o mecanismo de elasticidade cruzada da demanda e verificou que, de acordo com os preços praticados, podia-se afirmar que existia substitutibilidade entre o celofane e outros materiais flexíveis de embalagem. Alguns autores sustentam, porém, que o preço praticado pela *du Pont* poderia não ser um preço competitivo; a empresa já poderia estar exercendo poder de mercado e estar cobrando pelo celofane um preço superior de forma a maximizar seus lucros. Nesse nível de preço (supracompetitivo), diversos consumidores podem ter interesse em trocar o celofane por outro material flexível de embalagem. Isso não significa dizer que se o preço do celofane fosse competitivo, a elasticidade cruzada da demanda ficaria caracterizada. O raciocínio empregado pela Suprema Corte ficou conhecido como a *Falácia do Celofane*. Ver a propósito Phillip Areeda, John Solow e Herbert Hovenkamp: *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*. Vol. II B. 3ª ed. Austin/Boston/Chicago/Nova Iorque: Aspen Publishers, 2007, pp. 299 e seguintes.

⁸¹⁹ *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*, p. 89.

ou potenciais dos produtos ou serviços que compõem determinado mercado relevante. A substitutibilidade da oferta diz respeito à capacidade de outros produtores de redirecionar seus recursos e capacidade produtiva para a produção do produto ou serviço paradigma ou de um produto ou serviço que os consumidores consideram como substituto do produto ou serviço paradigma⁸²⁰. No tocante à substitutibilidade da oferta, a Comunicação da Comissão Europeia relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência esclarece que *a substitutibilidade do lado da oferta pode igualmente ser tomada em consideração na definição dos mercados nos casos em que os seus efeitos são equivalentes aos da substituição do lado da procura em termos de eficácia e efeito imediato. Tal requer que os fornecedores possam transferir a sua produção para os produtos relevantes e comercializá-los a curto prazo sem incorrer em custos ou riscos suplementares significativos em resposta a pequenas alterações duradouras nos preços relativos. Sempre que sejam preenchidas estas condições, a produção adicional colocada no mercado terá um efeito disciplinar sobre o comportamento concorrencial das empresas em causa. Um impacto deste tipo, em termos de eficácia e efeito imediato, é equivalente ao efeito da substituição do lado da procura.*

É interessante mencionar que alguns autores costumam ressaltar a especificidade do setor de mídia, afirmando que o mercado material da mídia é dual (*dual product market*). Isso porque, o mercado de mídia, ao mesmo tempo em que envolve o fornecimento de produtos e serviços para o usuário/consumidor, vende a anunciantes o acesso a essa audiência formada por usuários/consumidores. O mercado de mídia, portanto, compreenderia o mercado de produtos e serviços fornecidos ao usuário/consumidor e o mercado de publicidade⁸²¹.

⁸²⁰ Lawrence Sullivan e Warren Grimes esclarecem que “although a market is usually defined initially based upon consumers demand, it may be appropriate to also examine the supply side of the market. For example, if three producers currently produce cast-iron cookware, but a fourth producer, not currently producing such cookware, produces related cast-iron products using similar machinery and production techniques, the presence of the fourth firm can limit the market power of the cookware producers. If profits were high among these producers, the fourth firm might decide to shift some of its machinery and resources to production of competing cookware” (*The law of antitrust: an integrated handbook*, p. 62).

⁸²¹ Robert G. Picard esclarece que “in economics terms, media industries are unusual because they operate in what is called a *dual product market*. They create one product but participate in two separate good and service markets. (...) The first market in which media participate is that for the *good*, the media product. This good (sometimes called the content product) is the information and entertainment packaged and delivered in the form of a printed newspaper, magazine, or book, a radio or television broadcast, cable service, or a film or video production. This product is marketed to media consumers. (...) The second market in which many media participate is the advertising market. Although some observers may casually conclude that media sell space or time to purchaser of advertising, a more precise and descriptive explanation is that media sell *access*

A dimensão geográfica do mercado relevante, por sua vez, relaciona-se com o espaço territorial na qual a venda dos produtos ou serviços concorrentes é economicamente viável. Em outras palavras, trata-se da área geográfica na qual a empresa que exerce eventual posição dominante ou pratica uma conduta anticompetitiva concorre com outros agentes econômicos.

A definição do aspecto geográfico do mercado relevante passa pela avaliação (i) da possibilidade dos consumidores se abastecerem de produtos ou serviços semelhantes em outra localidade, e (ii) pela possibilidade de agentes concorrentes, localizados em outra localidade, ofertarem produtos ou serviços semelhantes em determinado território, notadamente em função de custos de transporte e logística. Dependendo do produto ou serviço (aspecto material), os mercados relevantes podem ter dimensão local, regional, nacional ou até internacional. Segundo Paula Forgioni, “identifica-se o mercado relevante geográfico com o espaço físico onde se desenvolvem as relações de concorrência que são consideradas. Pode, então, ser compreendido como a área na qual o agente econômico é capaz de aumentar os preços que pratica sem causar um dos seguintes efeitos (i) perder um grande número de clientes, que passariam a utilizar-se de um fornecedor alternativo situado fora da mesma área, ou (ii) provocar imediatamente a inundação da área por bens de outros fornecedores que, situados fora da mesma área, produzem bens similares”⁸²².

A Resolução nº 15 do CADE, de 19.08.1998 (parcialmente revogada pela Resolução nº 45, de 28.03.2007), que disciplinava as formalidades e procedimentos perante o CADE da apresentação dos atos de concentração econômica (art. 54 da Lei nº 8.884, de 1994), definia mercado relevante do produto e mercado relevante geográfico nos seguintes termos: (i) *um mercado relevante do produto compreende todos os produtos/serviços considerados substituíveis entre si pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização. Um mercado relevante do produto pode eventualmente ser composto por um certo número de produtos/serviços que apresentam características físicas, técnicas ou de comercialização que recomendem o agrupamento*; (ii) *um mercado relevante geográfico*

to audiences to advertisers” (*Media economics: concepts and issues*. Londres: Sage Publications, 1989, pp. 17-18).

⁸²² *Os fundamentos do antitruste*, p. 202.

compreende a área em que as empresas ofertam e procuram produtos/serviços em condições de concorrência suficientemente homogêneas em termos de preços, preferências dos consumidores, características dos produtos/serviços. A definição de um mercado relevante geográfico exige também a identificação dos obstáculos à entrada de produtos ofertados por firmas situadas fora dessa área. As firmas capazes de iniciar a oferta de produtos/serviços na área considerada após uma pequena mas substancial elevação dos preços praticados fazem parte do mercado relevante geográfico. Nesse mesmo sentido, fazem parte de um mercado relevante geográfico, de um modo geral, todas as firmas levadas em conta por ofertantes e demandantes nas negociações para a fixação dos preços e demais condições comerciais na área considerada.

Pelo que vimos até agora, o mercado relevante no âmbito do qual se deve apreciar uma determinada questão do ponto de vista da concorrência é determinado pela conjugação das dimensões geográfica e material (do produto). Calixto Salomão Filho, por sua vez, ressalta que “a definição do mercado (tanto do mercado dos produtos como do mercado geográfico) leva em conta dois elementos distintos: os substitutos do lado da demanda e do lado da oferta. Isso significa dizer que, para determinar qual o mercado em que se encontra um agente econômico fabricando o produto ‘X’, é necessário verificar (a) que produtos o consumidor (demanda) vê como substitutos de ‘X’ e (b) quais os novos produtores que podem razoavelmente entrar no mercado ‘X’ para produzi-lo”⁸²³.

⁸²³ *Direito concorrencial: as estruturas*, p. 98. No mesmo sentido, Ana Maria de Oliveira Nusdeo afirma que “nessas duas perspectivas – produto e geografia –, a delimitação do mercado relevante toma em consideração dois aspectos: a possibilidade de substituição do lado da procura e do lado da oferta. Sob o primeiro aspecto trata-se da possibilidade de os consumidores substituírem o produto em questão por outro em caso de aumento de preços do primeiro. Sob o segundo aspecto refere-se à possibilidade de novos produtores, atuantes em mercados geográficos ou do produto contíguos, ingressarem no mercado onde o preço daquele produto tenha sofrido um aumento ou, numa situação menos comum, de que consumidores se dirijam a áreas geográficas vizinhas para adquirir os produtos ou serviços em questão” (*Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 29). Phillip Areeda, John Solow e Herbert Hovenkamp afirmam, por outro lado, que “a properly defined market excludes other potential suppliers (1) whose product is too different (product dimension) or too far away (geographic dimension) and (2) who are not likely to shift promptly to offer defendant’s customers a suitably proximate (in both product and geographic terms) alternative. Those who can readily shift into offering such a product are in the market. Those who can make such an offering only after some time are not treated as market incumbents, but their potential entry may nevertheless limit the power of the incumbents” (*Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*. Vol. II B. 3ª ed. Austin/Boston/Chicago/Nova Iorque: Aspen Publishers, 2007, p. 225).

No direito antitruste, é comum o emprego do teste do “monopolista hipotético” para a definição do mercado relevante⁸²⁴. O *Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal* da SDE/SEAE esclarece que o teste do “monopolista hipotético” é o instrumental analítico utilizado para se aferir o grau de substitutibilidade entre bens ou serviços e, como tal, para a definição do mercado relevante. Segundo o teste do “monopolista hipotético”, o mercado relevante é definido como o menor grupo de produtos e a menor área geográfica necessários para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um “pequeno porém significativo e não transitório” aumento de preços⁸²⁵. Conforme informa o *Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal*, entende-se que um suposto monopolista estaria em condições de impor um “pequeno porém significativo e não transitório” aumento de preço quando os consumidores não puderem desviar uma parcela significativa da demanda para bens substitutos ou bens provenientes de outra região. Os conjuntos de produtos e áreas geográficas que um hipotético monopolista deve controlar para que possa impor um “pequeno porém significativo e não transitório” aumento dos preços determinam, respectivamente, a dimensão do produto e a dimensão geográfica do mercado relevante.

O teste do “monopolista hipotético” é uma metodologia útil para a difícil tarefa de identificação do mercado relevante nas operações de concentração econômica. A sua utilidade para a definição do mercado relevante no setor de mídia deve ser vista com reservas, haja vista que, em algumas atividades de comunicação social (como a radiodifusão, por exemplo), o usuário não paga pelo serviço. Além disso, não se deve

⁸²⁴ Nos Estados Unidos, as *Merger Guidelines (1992)* utilizadas pelo Departamento de Justiça (Divisão Antitruste) e a *Federal Trade Commission* para estabelecer os critérios de atuação desses órgãos em face de operações de concentração econômica prevêm o uso do teste do “monopolista hipotético” para a definição do mercado relevante.

⁸²⁵ De acordo com o *Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal*, o teste do “monopolista hipotético” consiste em se considerar, para um conjunto de produtos e área específicos, começando com os bens produzidos e vendidos pelas empresas participantes da operação de concentração, e com a extensão territorial em que estas empresas atuam, qual seria o resultado final de um “pequeno porém significativo e não transitório” aumento dos preços para um suposto monopolista desses bens nessa área. Se o resultado for tal que o suposto monopolista não considere o aumento de preços rentável, então o produto que for o mais próximo substituto do produto da nova empresa criada e a região de onde provém a produção que for a melhor substituta da produção da empresa em questão devem ser acrescentados à definição original de mercado relevante. Esse exercício deve ser repetido sucessivamente até que seja identificado um grupo de produtos e um conjunto de localidades para os quais seja economicamente interessante, para um suposto monopolista, impor um “pequeno porém significativo e não transitório aumento” dos preços. O primeiro grupo de produtos e localidades identificado, segundo esse procedimento, será o menor grupo de produtos e localidades necessário para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um “pequeno porém significativo e não transitório” aumento dos preços, sendo esse o mercado relevante delimitado.

olvidar que o teste trabalha apenas com conjecturas hipotéticas e não com dados da realidade.

Feitas essas considerações sobre o mercado relevante, importa ressaltar que, em que pese o extensivo tratamento teórico pela doutrina antitruste, a definição das dimensões material e geográfica do mercado relevante está longe de ser considerada uma ciência exata. A delimitação do mercado relevante é feita de forma fundamentalmente casuística, em função de cada caso concreto. No entanto, é preciso destacar alguns pontos no tocante ao setor de comunicação social, sem esquecer – é preciso ressaltar – que a definição de mercado relevante é sempre feita em concreto, sendo certo que respostas abstratas e gerais podem não ser válidas.

Em primeiro lugar, é importante afirmar que a definição de mercado relevante não obedece necessariamente à distinção regulatória dos diferentes serviços ou produtos (serviço de televisão aberta, serviço de televisão por assinatura, serviço de acesso à Internet, jornal, revistas etc.) ou tecnologias utilizadas (cabo, MMDS, satélite DTH etc.). Ademais, a tradicional distinção entre mercado de publicidade e mercado de produtos ou serviço (conteúdo) não é suficiente para lidar com as particularidades do setor de comunicação social. Por fim, vale ressaltar que, no setor de comunicação social, a noção de elasticidade cruzada da demanda e o teste do “monopolista hipotético” podem não constituir ferramentas úteis ou mesmo válidas para ajudar na definição do mercado relevante.

Com base em observações empíricas, destacamos abaixo algumas definições de mercado relevante no setor de mídia encontradas nos pronunciamentos do CADE⁸²⁶:

1. A TV aberta (radiodifusão de sons e imagens) e TV por assinatura (TV a cabo, serviço de MMDS e televisão via satélite DTH) não fazem parte do mesmo mercado relevante. No processo administrativo do CADE nº 53500.000359/99 (Directv x Globo), o Voto-Vista do conselheiro Celso Campilongo afirmou a distinção,

⁸²⁶ Todas as decisões do CADE encontram-se disponíveis no sítio da Internet: <http://www.cade.gov.br>, último acesso em 22.11.2008.

seja do ponto de vista tecnológico seja do ponto de vista legal, entre o serviço de TV aberta (*broadcasting*), destinado ao público em geral, e os serviços de TV fechada (*narrowcasting*), destinado a assinantes⁸²⁷.

2. Todos os serviços de televisão por assinatura (TV a cabo, serviço de MMDS e televisão via satélite DTH) compõem um mesmo mercado relevante. Nos atos de concentração do CADE nº 53500.002423/2003 e nº 53500.029160/2004 (Sky / Directv), o conselheiro-relator Luiz Carlos Delorme Prado entendeu que o *mercado relevante de operadoras de TV por assinatura* englobaria, na dimensão material, os serviços de TV a cabo, de MMDS e de televisão via satélite DTH e possuiria dimensão geográfica local⁸²⁸. No mesmo sentido, o conselheiro-relator Ricardo Villas Bôas Cueva, no ato de concentração do CADE nº 53500029599/2006 (Net Serviços / Vivax), entendeu que o mercado relevante material seria o

⁸²⁷ Também nesse sentido, ver Arthur Barrionuevo Filho: “Impactos concorrenciais no mercado de TV por assinatura da restrição para a retransmissão do sinal da TV Globo”. *Revista do IBRAC – Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo*, vol. 8, nº 7, 2001, p. 11.

⁸²⁸ Ver a propósito o voto do conselheiro-relator e os acórdãos de ambos os atos de concentração em *Revista de Direito da Concorrência*, nº 9, jan./mar. 2006, pp. 141-248. O conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado, no ato de concentração do CADE nº 53500022515/2006 (Oi-Telemar / Way Brasil), reiterou seu entendimento de que o mercado relevante de operadores de TV por assinatura incluiria, do ponto de vista material, os provedores de serviços de TV paga nas tecnologias cabo, MMDS ou DTH. No tocante à dimensão geográfica, o mercado de provimento de TV por assinatura seria local, ou seja, no caso concreto, as cidades de Belo Horizonte, Barbacena, Poços de Caldas e Uberlândia. O conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado, no ato de concentração do CADE nº 53500.032779/2004 (Televisão Cidade / Multicabo) já havia caracterizado o mercado relevante, na dimensão produto, como o de TV por assinatura, e, na dimensão geográfica, como sendo as cidades de Juiz de Fora, no Estado de Minas Gerais; Gravataí e Viamão, no Estado do Rio Grande do Sul; Paulista, Jaboatão e Olinda, no Estado de Pernambuco; Volta Redonda, Niterói e São Gonçalo, no Estado do Rio de Janeiro; Aracaju, no Estado de Sergipe; Carapicuíba, no Estado de São Paulo; Feira de Santana e Salvador, no Estado da Bahia; São Luiz, no Estado do Maranhão; Cuiabá e Várzea, no Estado do Mato Grosso. O conselheiro Afonso Arinos de Mello Franco Neto, no ato de concentração do CADE nº 08012.010080/99-33 (Terra Networks / Easyway), sustentou a existência de dois grandes mercados inseridos no contexto de televisão paga: o da produção dos canais (fornecimento de programação), onde atuam empresas denominadas genericamente “programadoras”, e o das operadoras; o mercado geográfico das programadoras seria mundial, ao passo que o mercado geográfico da operadora TV Show é a cidade de Fortaleza, porque a operadora opera no sistema MMDS que tem capacidade de transmissão reduzida, e o mercado da TV Jundiá é a cidade de Jundiá, por operar com cabo, o que reduz sua capacidade de oferta. O mesmo conselheiro Afonso Arinos de Mello Franco Neto, no ato de concentração do CADE nº 08012.002828/2000-83 (United Globalcom / Liberty Media), identificara o mercado relevante do produto como sendo os de programação de conteúdo e de distribuição de sinais de televisão por assinatura. Na dimensão geográfica, afirma também o Conselheiro que enquanto o mercado das programadoras é mundial, o das operadoras é definido pelo alcance da emissão do seu sinal. Em sentido diverso, o conselheiro Luiz Alberto Esteves Scaloppe, no ato de concentração do CADE nº 53500.005473/2003 (Canbrás / TV Rouxinol), entendeu que o mercado relevante da operação, quanto ao produto, seria o de serviços de televisão por assinatura, mas no que tange à dimensão geográfica, seria o território nacional.

de provimento de TV por assinatura, pois, do ponto de vista da demanda, não existiria diferença entre as tecnologias (cabo, MMDS ou DTH) empregadas para distribuir canais de programação. No que diz respeito à dimensão geográfica, segundo o conselheiro-relator, o mercado de provimento de TV por assinatura seria local⁸²⁹.

3. Na televisão por assinatura, o mercado de programas seria formado por todos os canais de TV aberta e de TV fechada.⁸³⁰ O Voto-Vista do conselheiro Celso Campilongo no processo administrativo do CADE nº 53500.000359/99 (Directv x Globo) acabou por adotar a definição de mercado relevante de origem (montante) como o de programação de canais de televisão, englobando TV aberta e TV fechada. Nos atos de concentração do CADE nº 53500.002423/2003 e nº 53500.029160/2004 (Sky / Directv), o conselheiro-relator Luiz Carlos Delorme Prado adotou definições mais específicas dos mercados relevantes envolvidos na operação⁸³¹. Segundo o conselheiro-relator, poder-se-ia distinguir: A) *mercado relevante de produção e licenciamento de direitos sobre conteúdo midiático para televisão*, o qual, em razão dos custos de produção e da preferência

⁸²⁹ Arthur Barrionuevo Filho, em parecer dado à Directv e apresentado no processo administrativo do CADE nº 53500.000359/99 (Directv x Globo), afirma que todas as operadoras de serviços de TV por assinatura (TV a cabo, serviço de MMDS e televisão via satélite DTH), independentemente da tecnologia utilizada, da diferença na qualidade da transmissão e dos diferentes conjuntos de canais de programação veiculados, fazem parte do mesmo mercado relevante (“Impactos concorrenciais no mercado de TV por assinatura da restrição para a retransmissão do sinal da TV Globo”. *Revista do IBRAC – Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo*, vol. 8, nº 7, 2001, p. 6). No mesmo sentido se manifesta Ruy Santacruz em parecer concedido para a TV Globo: “Mercados de TV aberta e fechada. Segmento de distribuição de programação de TV fechada via satélite – Direct to home (DTH). Fatores determinantes de competitividade”. *Revista do IBRAC – Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo*, vol. 8, nº 7, 2001, p. 142. No entanto, Ruy Santacruz ressalva que a tecnologia via satélite teria um diferencial em relação às demais tecnologias (custo mais elevado nas áreas não cobertas pelos demais sistemas) e, portanto, poderia o mercado de DTH constituir um mercado relevante (*Ibidem*, p. 143).

⁸³⁰ Ruy Santacruz, em parecer concedido à TV Globo e apresentado no processo administrativo do CADE nº 53500.000359/99 (Directv x Globo), sustentou que “o DTH compõe sua programação com um grande número de canais e programas, na sua ampla maioria canais tais como HBO, ESPN, Discovery, CNN, canais de compra, etc., além de programação e eventos avulsos e do pay-per-view. Desse modo, os canais de TV aberta correspondem a uma pequena parte das opções de programação disponíveis como ‘insumos’ da atividade de TV por assinatura via satélite. (...) Não pode haver dúvida, desse modo, que o mercado de origem é composto não só pelos canais de TV aberta, mas também pelos canais produzidos para TV fechada e pela programação avulsa” (“Mercados de TV aberta e fechada. Segmento de distribuição de programação de TV fechada via satélite – Direct to home (DTH). Fatores determinantes de competitividade”. *Revista do IBRAC – Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo*, vol. 8, nº 7, 2001, p. 144).

de consumidores, estaria subdividido em (i) *mercado de produção de conteúdo midiático nacional e de licenciamento dos direitos inerentes (conteúdo nacional)* e (ii) *mercado de produção de conteúdo midiático internacional e de licenciamento dos direitos inerentes (conteúdo internacional)*; e B) *mercado relevante de programadoras de TV por assinatura*, o qual, pelas mesmas razões acima, estaria subdividido em (i) *mercado de programadoras nacionais de televisão por assinatura* e (ii) *mercado de programadoras internacionais de televisão por assinatura*⁸³¹.

4. O mercado de acesso à Internet em banda larga, independentemente da tecnologia, constituiria um mercado relevante. No ato de concentração do CADE nº 53500.019422/2004 (Telmex / Net Serviços), o conselheiro-relator Luiz Carlos Delorme Prado entendeu que o mercado de acesso à Internet em banda larga, na dimensão material, incluiria os provedores do serviço de acesso à Internet em banda larga que utilizam acesso ADSL, acesso por *cable modem*,

⁸³¹ O voto do conselheiro-relator e os acórdãos de ambos os atos de concentração foram publicados na *Revista de Direito da Concorrência*, nº 9, jan./mar. 2006, pp. 141-248.

⁸³² Sobre o tema, vale mencionar ainda as seguintes decisões do CADE: (a) ato de concentração nº 08012.002541/2008-19 (Sony Pictures / 2waytraffic), relatado pelo conselheiro Paulo Furquim Azevedo, identifica como mercado relevante o mercado nacional de aquisição e de licenciamento de direitos de programação de televisão; (b) ato de concentração nº 08012.008456/2004-22 (Sony Corporation / Metro-Goldwyn-Mayer), relatado pelo conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos, que informa os seguintes mercados relevantes identificados na operação: mercado mundial de produção de filmes; mercado nacional de distribuição de filmes para exibição; mercado nacional de distribuição de filmes para entretenimento doméstico; mercado mundial de licenciamento de filmes e programas para televisão para exibição em televisão; mercado de licenciamento de canais de TV; (c) ato de concentração nº 08012.008416/2003-08 (General Electric / Vivendi Universal), relatado pelo conselheiro Fernando de Oliveira Marques, que afirma que o mercado relevante, na dimensão produto, refere-se ao licenciamento de direitos de programas produzidos para televisão e o licenciamento de vídeos domésticos, e quanto à dimensão geográfica, considera-se todo o território brasileiro; (d) ato de concentração nº 08012.004909/2001-07 (Walt Disney / News Corp.), relatado pelo conselheiro Afonso Arinos de Mello Franco Neto, que identifica os mercados relevantes de licenciamento de canais de televisão por assinatura e de programação de televisão, tanto aberta quanto paga, além da distribuição de sinais de TV por assinatura; quanto ao âmbito geográfico dos mercados, a comercialização de programas de televisão é mundial; (e) ato de concentração nº 08012.005396/2001-43 (Endemol / TV Globo), relatado pelo conselheiro Roberto Pfeiffer, identifica a existência dos mercados relevantes de licenciamento de programas de televisão e de licenciamento de formatos para programas de televisão, sendo que o mercado relevante geográfico seria mundial; (f) ato de concentração nº 08012.006272/00-02 (Viacom / BET Holding), relatado pelo conselheiro Afonso Arinos de Mello Franco Neto, que identifica os mercados relevantes como sendo os de distribuição de programas e de canais de televisão no plano mundial; (g) ato de concentração nº 08012.002618/2000-95 (Seagram / Vivendi), relatado pelo conselheiro Afonso Arinos de Mello Franco Neto, que define o mercado relevante, na dimensão produto, como os de licenciamento de direitos de transmissão de filmes de longa metragem e de programas para redes de televisão, e, na dimensão geográfica para esses produtos como o mundial, uma vez que não existiriam barreiras econômicas nem jurídicas para a sua comercialização internacionalmente.

acesso dedicado (óptico), acesso rádio, acesso satélite e acesso móvel, pois haveria substitutibilidade do lado da demanda, não importando para o consumidor por meio de qual tecnologia o serviço é prestado, e na dimensão geográfica seria local⁸³³. No ato de concentração do CADE nº 53500022515/2006 (Oi-Telemar / Way Brasil), o conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado reiterou seu entendimento quanto ao mercado de acesso à Internet em banda larga e esclareceu que, na dimensão geográfica, o mercado é local⁸³⁴.

4.1.3 – A questão das barreiras à entrada

A maior ou menor facilidade para a entrada de novos concorrentes em um determinado mercado é um dado importante para a análise do poder de mercado. Quanto maiores forem os obstáculos ao ingresso de novos agentes em um determinado mercado, menores as possibilidades de efetiva competição⁸³⁵.

Consideram-se, assim, barreiras à entrada quaisquer obstáculos ou fatores que tornem mais custoso ou mais difícil o ingresso de agentes econômicos em um dado mercado⁸³⁶. Inexistindo barreiras à entrada, ou sendo elas reduzidas, os agentes econômicos que não atuam em determinado mercado podem nele ingressar a qualquer

⁸³³ *Revista de Direito da Concorrência*, nº 10, abr./jun. 2006, p. 168.

⁸³⁴ O ato de concentração do CADE nº 08012.000746/00-4 (Terra / Telnet), relatado pelo conselheiro Mércio Felsky, identificou o mercado relevante de produto como o mercado de provimento de acesso discado e o provimento de acesso dedicado à Internet, e o mercado geográfico como a região da grande São Paulo. No ato de concentração do CADE nº 08012.003995/00-15 (Terra / Bahiapar), o conselheiro Afonso Arinos de Mello Franco Neto afirmou que “o mercado relevante do produto é o de serviços de acesso à internet, discado e dedicado, e o de serviços corporativos e interativos (hospedagem de página *web* e registro de domínio, venda de programas, materiais e equipamentos de informática e publicidade). Na dimensão geográfica o mercado relevante é local, abrangendo as cidades de Salvador, Feira de Santana, Vitória da Conquista, Juazeiro, Itabuna, Petrolina e Lauro de Freitas”.

⁸³⁵ Kip Vicusi, Joseph Harrington e John Vernon afirmam que “*entry conditions* describe the ease with which a new firm can enter an industry. Ease depends on the cost of entry, but also on the extent to which incumbents firms have an advantage, not because their product is better or their cost is lower but because they were there first. If entry is difficult, then a high price by existing firms may not be driven down by the arrival of new firms” (*Economics of regulation and antitrust*. 4ª ed. Cambridge, MA: The MIT Press, 2005, p. 63).

⁸³⁶ Para fins didáticos, preferimos tratar as barreiras à entrada de forma apartada do mercado relevante. Existem autores, no entanto, que consideram as barreiras à entrada como elementos da própria definição de mercado relevante, na medida em que estão relacionadas com a possibilidade de substituição de produtos ou serviços pelo lado da oferta. Ver a propósito, Calixto Salomão Filho: “Setor de telecomunicações: definição de mercado”. In *Regulação e concorrência: estudos e pareceres*. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 20 e seguintes.

momento e restabelecer a concorrência⁸³⁷. Segundo Calixto Salomão Filho, “as barreiras à entrada são, assim, um dos principais elementos catalisadores do poder no mercado, que permite transformá-lo em verdadeira dominação dos mercados. Por esses motivos, elas são um elemento fundamental a ser levado em conta na aplicação dos arts. 20, inc. II, e 54, § 1º, da lei concorrencial brasileira”⁸³⁸.

A doutrina concorrencial reconhece que diversos fatores podem ser considerados barreiras à entrada: vultosos investimentos iniciais, imperfeições do mercado de capitais, grau de integração da cadeia produtiva, patentes, barreiras regulatórias, custos irrecuperáveis (*sunk costs*), fidelidade do consumidor a determinadas marcas, economias de escala⁸³⁹, entre outros. Calixto Salomão Filho, por exemplo, distingue entre barreiras naturais, decorrentes da forma de organização do mercado e do tamanho dos agentes que o integram (vantagens de escala, diferenciação entre produtos, significativo investimento de capital inicial necessário e custos irrecuperáveis ou *sunk costs*), e barreiras artificiais, resultantes de ações ou omissões adotadas pelos agentes econômicos (comportamentos tendentes a dificultar o acesso de concorrentes a canais de distribuição e influência no comportamento dos consumidores)⁸⁴⁰.

Sérgio Varella Bruna identifica o atendimento de exigências legais em atividades regulamentadas como uma forma de barreira à entrada. Segundo o autor, “a regulamentação de atividade dá ensejo ao surgimento das assim chamadas *barreiras institucionais*, criadas por exigências de ordem legal ou administrativa de atendimento de padrões mínimos de qualidade, segurança, ecologia, saúde pública, entre outros, custos que

⁸³⁷ Para Phillip Areeda, John Solow e Herbert Hovenkamp, “for antitrust purposes, a barrier to entry is best defined as any factor that permits firms already in the market to earn returns above the competitive level while deterring outsiders from entering” (*Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*. Vol. II B. 3ª ed. Austin/Boston/Chicago/Nova Iorque: Aspen Publishers, 2007, p. 71).

⁸³⁸ *Direito concorrencial: as estruturas*, p. 163.

⁸³⁹ Esclareça-se que existe grande controvérsia doutrinária acerca da qualificação das economias de escala como barreiras à entrada. Para diversos autores, as economias de escala, por implicarem em maior eficiência econômica e benefícios para os consumidores, não poderiam ser consideradas barreiras à entrada. Alega-se que, se as economias de escala forem consideradas barreiras à entrada, estar-se-ia punindo as empresas de grande porte mesmo em mercados em que certa escala de produção é necessária para a viabilidade da atividade empresarial. Ver a propósito, Robert Bork: *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. Nova Iorque: Basic Books Publishers, 1978, pp. 310 e seguintes; e Herbert Hovenkamp: *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*, pp. 530 e seguintes. No tocante ao setor de mídia brasileiro, para o qual a Constituição Federal (art. 220, § 5º) prescreveu uma configuração estrutural pluralista, baseada na diluição do poder econômico, parece fazer sentido considerar as economias de escala como barreiras à entrada. Sobre tudo se levarmos em consideração a diferença entre economias de escala realizadas dos agentes econômicos que já se encontram no mercado e economias de escala potenciais a serem realizadas por possíveis novos concorrentes.

podem afastar o ingresso no mercado de potenciais concorrentes, privilegiando as empresas já nele atuantes, que têm seu poder econômico intensificado por força da limitação que tais exigências impõem ao volume de oferta”⁸⁴¹.

No setor de comunicação social, a questão das barreiras à entrada de empresas concorrentes assume um relevo especial. Isso porque, em diversas atividades de comunicação social, o potencial ingresso de agentes econômicos concorrentes no mercado depende não apenas de variáveis econômicas (investimento inicial significativo, importantes custos específicos, “lealdade” dos usuários), mas algumas vezes de barreiras regulatórias. O jornalismo, embora seja uma atividade que não dependa de autorização ou registro⁸⁴², está submetido ao disposto no art. 222 da Constituição Federal e à Lei nº 10.610, de 2002, que limita a participação estrangeira no capital de empresas de jornalismo em trinta por cento do capital⁸⁴³. A atividade de radiodifusão (rádio e televisão aberta) é serviço público⁸⁴⁴, exige concessão ou permissão⁸⁴⁵, outorga de frequência⁸⁴⁶, e possui

⁸⁴⁰ *Direito concorrencial: as estruturas*, pp. 165 e seguintes.

⁸⁴¹ *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 60. O *Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal* da SDE/SEAE (publicado na *Revista de Direito da Concorrência* nº 11, jul./set. 2006, pp. 212-237) considera como barreiras à entrada as barreiras legais ou regulatórias que podem ser definidas como “exigências criadas pelo governo ou por agências reguladoras para a instalação e funcionamento de uma empresa, tais como as licenças comerciais, permissões, autorizações, alvarás, dentre outros”.

⁸⁴² Dispõe o § 6º do art. 220 da Constituição Federal o que segue: Art. 220. (...) § 6º - A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.

⁸⁴³ O art. 222 da Constituição Federal estabelece o seguinte: Art. 222. A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País. § 1º Em qualquer caso, pelo menos setenta por cento do capital total e do capital votante das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens deverá pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, que exercerão obrigatoriamente a gestão das atividades e estabelecerão o conteúdo da programação. (...). Já a Lei nº 10.610, de 20.12.2002, que dispõe sobre a participação de capital estrangeiro nas empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, determina o seguinte: Art. 2º A participação de estrangeiros ou de brasileiros naturalizados há menos de dez anos no capital social de empresas jornalísticas e de radiodifusão não poderá exceder a trinta por cento do capital total e do capital votante dessas empresas e somente se dará de forma indireta, por intermédio de pessoa jurídica constituída sob as leis brasileiras e que tenha sede no País. § 1º As empresas efetivamente controladas, mediante encadeamento de outras empresas ou por qualquer outro meio indireto, por estrangeiros ou por brasileiros naturalizados há menos de dez anos não poderão ter participação total superior a trinta por cento no capital social, total e votante, das empresas jornalísticas e de radiodifusão. (...).

⁸⁴⁴ Nesse sentido, dispõe o art 21, XII, letra “a” da Constituição Federal o seguinte: Art. 21. Compete à União: (...) XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; (...).

⁸⁴⁵ De acordo com o art. 223 da Constituição Federal: Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal. § 1º - O Congresso Nacional apreciará o ato no prazo do art. 64, § 2º e § 4º, a contar do recebimento da mensagem. (...).

⁸⁴⁶ O art. 163 da Lei nº 9.472, de 16.07.1997 (Lei Geral de Telecomunicações) estabelece o seguinte: Art. 163. O uso de radiofrequência, tendo ou não caráter de exclusividade, dependerá de prévia outorga da

limitação da participação estrangeira em trinta por cento do capital, conforme previsão do art. 222 do texto constitucional e da Lei nº 10.610, de 2002⁸⁴⁷. Ademais, não se pode olvidar que o investimento inicial necessário para a constituição de uma rede, ou mesmo um canal, de televisão aberta é elevado, o que constitui uma importante barreira à entrada de novas empresas no mercado de radiodifusão⁸⁴⁸. As atividades de televisão por assinatura também apresentam barreiras regulatórias para o ingresso de concorrentes. No caso da TV a cabo, trata-se de concessão, outorgável apenas a empresas privadas e possui limite de participação de estrangeiros⁸⁴⁹. Já o serviço de televisão por assinatura via satélite (DTH) e do serviço de MMDS exigem autorização e outorga de frequência⁸⁵⁰. Portanto, em se tratando do setor de comunicação social, as diversas barreiras à entrada de novos agentes, dificilmente permitirão caracterizar tais mercados como abertos à competição, ou seja, como *contestáveis*⁸⁵¹.

Agência, mediante autorização, nos termos da regulamentação. § 1º Autorização de uso de radiofrequência é o ato administrativo vinculado, associado à concessão, permissão ou autorização para prestação de serviço de telecomunicações, que atribui a interessado, por prazo determinado, o direito de uso de radiofrequência, nas condições legais e regulamentares. (...).

⁸⁴⁷ Cumpre esclarecer que as limitações regulatórias aplicam-se à emissora de radiodifusão. A produção de conteúdo audiovisual não é atingida pelos limites regulatórios. Nesse sentido, afirma Ruy Santacruz que “no Brasil, como em quase todo o mundo, as duas etapas diferenciam-se significativamente em relação à regulação do poder público. A etapa de produção de conteúdo não é regulamentada pelo Estado, sendo totalmente aberta à iniciativa privada. À exceção da atividade jornalística que somente pode ser empreendida por brasileiros (CF, art. 222), as demais atividades de produção de conteúdo são livres para investimentos estrangeiros, como em todo o mundo” (“Mercados de TV aberta e fechada. Segmento de distribuição de programação de TV fechada via satélite – Direct to home (DTH). Fatores determinantes de competitividade”. *Revista do IBRAC – Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo*, vol. 8, nº 7, 2001, p. 132).

⁸⁴⁸ Gillian Doyle observa que “the advantages of scale that accrue to major networks can act as a barrier to entry in broadcasting. The economies of scale in programming available to established networks with large audiences make it very difficult for new entrants to break into the market. A new broadcaster usually has a long way to go before its audience reach will be sufficient to start earning the revenues needed to pay for a programme service that is directly competitive with existing networks” (*Understanding media economics*. Londres: Sage Publications, 2002, p. 72).

⁸⁴⁹ A Lei nº 8.977, de 06.01.1995 (Lei da TV a cabo) estabelece no art. 7º o que segue: *Art. 7º A concessão para o serviço de TV a Cabo será dada exclusivamente à pessoa jurídica de direito privado que tenha como atividade principal a prestação deste serviço e que tenha: I - sede no Brasil; II - pelo menos cinquenta e um por cento do capital social, com direito a voto, pertencente a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos ou a sociedade sediada no País, cujo controle pertença a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos.*

⁸⁵⁰ O serviço de distribuição de sinais multiponto multicanal (MMDS) é regulado pela Norma nº 02/94 - Rev. 97, instituída pela Portaria do Ministério das Comunicações nº 254, de 16.04.1997. Já o serviço de distribuição de sinais de televisão e de áudio por assinatura via satélite (DTH) é regulado pela Norma nº 08/97, instituída pela Portaria do Ministério das Comunicações nº 321, de 21.05.1997. Consta que a ANATEL não tem exigido procedimento de licitação para obtenção do direito de exploração do serviço de televisão por assinatura via satélite DTH (Cf. voto do conselheiro-relator Luiz Carlos Delorme Prado nos atos de concentração do CADE nº 53500.002423/2003 e nº 53500.029160/2004 (Sky / Directv), *Revista de Direito da Concorrência* nº 9, jan./mar. 2006, p. 238).

⁸⁵¹ Diz-se que um mercado é contestável (*contestable market*) quando os agentes econômicos podem ingressar livremente no mercado, em função da inexistência de barreiras à entrada significativas, e dele se retirar sem custos irrecuperáveis (*sunk costs*). Sobre o conceito de mercado contestável ver William J.

Outro fator relevante ao se considerar a existência de barreiras à entrada é o tempo necessário para que haja uma reação dos potenciais concorrentes. Quanto maior o tempo necessário para que a reação ocorra, maior a magnitude da barreira à entrada. Nesse sentido, afirma Paula Forgioni: “ainda que haja uma certa mobilidade dos fatores de produção, para que os agentes econômicos que oferecem uma concorrência potencial ao monopolista entrem no mercado, é necessário um espaço de tempo. Portanto, em determinadas situações, os efeitos danosos do comportamento da empresa que abusou de seu poder podem ser desde logo sentidos e não ser compensados, posteriormente, pela entrada de novos agentes”⁸⁵².

No setor de mídia, a questão do tempo necessário para o ingresso no mercado de novos agentes adquire especial relevo em virtude das implicações políticas da existência de estruturas concentradas de poder. Uma coisa são os impactos econômicos decorrentes da manutenção de estruturas concentradas de poder em um determinado mercado, outra completamente diferente e mais preocupante é a repercussão no debate democrático e na diversidade da esfera pública resultante da concentração de poder nas mãos de um reduzido número de pessoas ou grupos econômicos. Os efeitos políticos decorrentes da existência de estruturas concentradas de poder não podem ser vistos com a mesma tolerância utilizada para a consideração de seus impactos econômicos.

A questão temporal das barreiras à entrada no setor de comunicação social deve ser avaliada em função do dispositivo do texto constitucional (art. 220, § 5) que considera ilegal *per se* a existência de estruturas concentradas de poder (monopólio e oligopólio) no setor de mídia. Se a Constituição Federal buscou proteger o pluralismo político e a democracia mediante a proscrição em caráter preventivo do poder econômico e político no setor de mídia, a avaliação de aspectos temporais relativos a barreiras à entrada somente pode ser feita em consonância com os estreitos ditames do texto constitucional. Nesse sentido, parece ser plausível sustentar que a Constituição Federal admite apenas

Baumol: “Contestable markets: an uprising in the theory of industrial structure”. *American Economic Review*, Vol. 72, nº 1, 1982, pp. 1-15.

⁸⁵² *Os fundamentos do antitruste*, p. 290. Vale lembrar que as *Merger Guidelines (1992)* norte-americanas sugerem que as barreiras à entrada podem ser consideradas baixas para fins de análise de operações de concentração caso o ingresso de novos concorrentes no mercado possa ocorrer no prazo de até dois anos. Da mesma forma, o *Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal* da SDE/SEAE considera, em geral, como prazo socialmente aceitável para entrada o período de dois anos.

prazos curtos – ou seja, inferiores ao prazo de dois anos normalmente aplicável a outros setores da economia – como aceitáveis para a entrada de novos concorrentes no mercado.

A existência de barreiras à entrada é um aspecto fundamental para a avaliação do pluralismo de fontes de informação no setor de comunicação social. A presença dessas barreiras cria para os veículos de comunicação um mercado cativo, ao qual possíveis novos concorrentes não têm acesso. O impacto da existência de barreiras à entrada na diversidade de fontes de informação é evidente. Quanto maiores as barreiras à entrada, menores as chances de promoção do pluralismo e da diversidade no setor de mídia.

4.1.4 – Presunção de prejuízo à concorrência

Ao tratar do setor de comunicação social, afirma Caio Mario da Silva Pereira Neto que “a Constituição Federal estabelece uma presunção absoluta de prejuízo à concorrência nos casos que envolvam atos de concentração que possam levar à criação de estruturas oligopolistas ou monopolistas no setor”⁸⁵³.

Ainda segundo Caio Mario da Silva Pereira Neto, “a consequência lógica do prejuízo à concorrência seria a necessidade de avançar na análise do ato de concentração, à luz do § 1º do artigo 54. Mas o impacto do comando constitucional na interpretação da lei de defesa da concorrência é ainda mais profundo. Ele afeta também a aplicação do próprio § 1º. Com efeito, este dispositivo estabelece certas condições para aprovação de atos tendentes a prejudicar a concorrência. Porém, o artigo 220, § 5º, da Constituição proíbe expressamente estruturas oligopolistas ou monopolistas no setor de comunicação social. Ora, o legislador ordinário não pode permitir que o CADE autorize algo que a Constituição Federal proíbe expressamente, sob pena de a interpretação da lei ordinária ser considerada inconstitucional”⁸⁵⁴.

⁸⁵³ “Análise de concentração econômica no setor de comunicação: defesa da concorrência, democracia e diversidade na esfera pública”. *Revista de Direito da Concorrência* (Edição Especial – Retrospectiva 2003), 2003, p. 68.

⁸⁵⁴ “Análise de concentração econômica no setor de comunicação: defesa da concorrência, democracia e diversidade na esfera pública”. *Revista de Direito da Concorrência* (Edição Especial – Retrospectiva 2003), 2003, p. 69.

Na linha de raciocínio desenvolvida por Caio Mario da Silva Pereira Neto, a margem de manobra do CADE para a avaliação de atos de concentração que resultem em estruturas monopolistas ou oligopolistas no setor de comunicação social fica bastante reduzida. Uma vez identificado que determinada operação de concentração empresarial implica a formação de estrutura de mercado monopolista ou oligopolista – resultando, portanto, na dominação de mercado relevante – não pode o CADE autorizar a operação sob o argumento de que ela poderia gerar eficiências econômicas. Portanto, não há espaço para o exame de eficiências e demais critérios estabelecidos no art. 54, § 1º da Lei nº 8.884, de 1994, ou a avaliação dos efeitos líquidos do ato de concentração. Parece-nos ainda que, se um ato de concentração resultar na formação de estruturas oligopolistas ou monopolistas no setor de comunicação social – expressamente vedadas pelo artigo 220, § 5º da Constituição Federal – não há que se indagar sobre a possibilidade de exercício do poder de mercado ou sobre a probabilidade de ocorrência de condutas anticompetitivas.

Os atos de concentração que resultem na formação de estruturas de mercado monopolista ou oligopolista no setor de comunicação social são vedados pela Constituição Federal e não podem ser autorizados pelo CADE. É importante lembrar que a presunção de prejuízo à concorrência em razão de atos de concentração aplica-se a todo o setor de comunicação social, ou seja, a todas as fases da cadeia produtiva da indústria de mídia, que envolve a produção de conteúdo, o empacotamento ou programação e a distribuição.

Entretanto, quando se fala em estrutura monopolista ou oligopolista normalmente nos referimos a um determinado mercado relevante do setor de mídia. Dessa forma, a presunção de prejuízo à concorrência consagrada pelo artigo 220, § 5º do texto constitucional aplica-se de forma mais pronunciada aos casos de integração ou concentração horizontal, isto é, entre agentes que atuam no mesmo mercado relevante. Todavia, como o dispositivo constitucional não limita a sua aplicação apenas a casos de concentração horizontal, não se pode afastar a sua aplicação a outras formas de concentração, notadamente, à integração multimídia, isto é, aquela que ocorre entre diferentes veículos de comunicação social (propriedade cruzada de veículos).

Pode-se argumentar, por outro lado, que o art. 54, § 2º da Lei nº 8.884, de 1994, permitiria considerar uma hipótese excepcional de aprovação da operação de

concentração econômica no setor de mídia pelo CADE. O § 2º do art. 54 estabelece a possibilidade de serem considerados legítimos determinados atos de concentração quando necessários *por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum*, desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final, e desde que atendam de forma cumulativa pelo menos três das condições previstas nos incisos do § 1º do art. 54. A utilização do art. 54, § 2º da Lei nº 8.884, de 1994, como justificativa para a aprovação pelo CADE de ato de concentração no setor de mídia é, no mínimo, controversa em situações em que a operação de mercado implicar a formação de estruturas de mercado monopolista ou oligopolista tendo em vista a clareza da vedação constitucional contida no art. 220, § 5º⁸⁵⁵.

Antes de passarmos ao próximo ponto, vale esclarecer que não estamos condenando, de forma generalizada, a utilização de técnicas típicas do direito antitruste (regra da razão, isenções e autorizações), destinadas a permitir a realização de uma determinada prática, ainda que restritiva da concorrência, caso ela tenha o potencial de trazer benefícios para os consumidores ou a economia nacional. O que é preciso por em relevo é que, no setor de comunicação social, a Constituição Federal (art. 220, § 5º) estabeleceu de forma cristalina uma presunção absoluta de prejuízo à concorrência nos casos que atos de concentração de empresas possam levar à criação de estruturas monopolista ou oligopolista em determinado mercado relevante.

4.1.5 – Avaliação de estruturas monopolistas ou oligopolistas

A identificação de estruturas monopolistas e, sobretudo, oligopolistas no setor de comunicação social certamente não constitui tarefa fácil. Em primeiro lugar, a própria definição de mercado relevante já é complicada, como já observado acima. Avançando um pouco mais, é preciso saber como identificar estruturas monopolistas e oligopolistas, ou seja, qual a concentração de mercado que sugere a existência de tais

⁸⁵⁵ No entendimento de Caio Mario da Silva Pereira Neto, “o § 2º [do art. 54 da Lei nº 8.884, de 1994] permite que, em casos de preponderante interesse nacional e do bem comum, o CADE aprove atos de concentração que cumpram apenas três das quatro condições estabelecidas pelo § 1º do mesmo artigo, desde que não prejudiquem o consumidor. O CADE não poderá considerar ‘motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum’ para aprovar atos de concentração que levem ao oligopólio ou monopólio nos meios de comunicação social em determinado mercado relevante. Mais uma vez, a autorização com base neste dispositivo feriria a Constituição Federal” (“Análise de concentração econômica no setor de comunicação: defesa da concorrência, democracia e diversidade na esfera pública”. *Revista de Direito da Concorrência* (Edição Especial – Retrospectiva 2003), 2003, p. 70).

estruturas no setor de mídia? *Last but not least*, deve-se indagar qual o melhor critério para medir a concentração de mercado: faturamento dos agentes econômicos, capacidade produtiva ou audiência dos veículos de mídia?

Alguns métodos comumente utilizados no direito concorrencial para aferir a existência de estruturas concentradas de mercado são: a razão de concentração das quatro maiores empresas, a razão de concentração das oito maiores empresas e o *Herfindahl-Hirschmann Index*.

A razão de concentração das quatro maiores empresas (CR4 – *Four Firm Concentration Ratio*) é representada pela soma das participações percentuais de mercado (medidas em termos de faturamento) dos quatro maiores agentes econômicos existentes no mercado relevante. Por sua vez, a razão de concentração das oito maiores empresas (CR8) identifica a percentagem de participação no mercado das oito maiores empresas existentes em determinado mercado relevante. A CR4 foi utilizada nos Estados Unidos até o advento das *Mergers Guidelines* de 1982. Segundo a CR4, quando a razão resultasse em percentual igual ou superior a 75% estar-se-ia diante de um mercado altamente concentrado⁸⁵⁶. O maior problema decorrente da utilização da CR4 ou da CR8 é que elas não levam em conta as disparidades de tamanho das quatro ou das oito maiores empresas do mercado, conforme o caso⁸⁵⁷.

O *Herfindahl-Hirschmann Index* (HHI) é o índice utilizado pelas *Mergers Guidelines* (1992) norte-americanas para medir a concentração de mercado. O HHI é apurado pela soma dos quadrados das participações de mercado (*market share*) de todas as firmas presentes no mercado relevante. Isso significa que, para cálculo do HHI, é

⁸⁵⁶ Vale mencionar que o *Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal* da SDE/SEAE (publicado na *Revista de Direito da Concorrência* nº 11, jul./set. 2006, pp. 212-237) estabelece que “a SEAE e a SDE considerarão que uma concentração gera o controle de parcela de mercado suficientemente alta para viabilizar o exercício coordenado de poder de mercado sempre que: - a concentração tornar a soma da participação de mercado das quatro maiores empresas (C4) igual ou superior a 75%; e – a participação da nova empresa formada for igual ou superior a 10% do mercado relevante”.

⁸⁵⁷ “A drawback of CR4 and CR8 is that they do not make allowance for size disparities among the top four or eight largest firms, respectively. Thus CR4 has the same ration (88%) for an industry in which the largest four firms have a 22% share each and another industry in which the largest four firms have shares of 60%, 10%, 10%, and 8%. Common sense would suggest that there is the possibility of significant competition between the four equal-size companies in the first industry but little likelihood that another firm would compete vigorously with the dominant company in the second industry” (Colin Hoskins, Stuart McFadyen e Adam Finn: *Media economics: applying economics to new and traditional media*. Londres: Sage Publications, 2004).

necessário o conhecimento da participação de mercado de todas as firmas que compõem um determinado mercado relevante. Seu valor máximo é 10.000 pontos. Segundo as *Mergers Guidelines*, índices de até 1.000 pontos indicam mercados não concentrados; índices entre 1.000 e 1.800 pontos evidenciam mercados moderadamente concentrados; e índices de mais de 1.800 pontos revelam mercados altamente concentrados⁸⁵⁸.

Para se aferir as participações de mercado necessárias para a composição tanto do HHI quanto do CR4 e do CR8, pode-se utilizar como critério a produção, as vendas (tanto em valores monetários como em número de unidades), a capacidade produtiva, etc. O mais comum, no entanto, é a utilização do valor de vendas (em dinheiro ou em unidades) do produto ou serviço como critério para definição da participação de mercado (*market share*).

Na Alemanha, o GWB (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*), que dispõe sobre atos restritivos da concorrência⁸⁵⁹, estabelece, em seu § 19 (abuso de posição dominante), duas presunções de ocorrência de posição dominante: uma para o caso de monopólio e outra para o caso de oligopólio. De acordo com referido dispositivo legal, em uma situação de monopólio, presume-se que um agente goza de posição dominante se ele detém uma parcela de mercado (*market share*) de, pelo menos, um terço (1/3). Em um mercado oligopolizado, presume-se que os agentes econômicos gozam de posição dominante caso (a) três ou menos agentes detenham em conjunto uma parcela de mercado (*market share*) de 50%, ou (b) cinco ou menos agentes detenham em conjunto uma parcela de mercado (*market share*) de dois terços (2/3).

⁸⁵⁸ Para medir o grau de diversidade no mercado de mídia, a *Federal Communications Commission* – FCC dos Estados Unidos, criou, com base no HHI, o *Diversity Index* (DI). Sobre o FCC-DI, ver Steven S. Wildman: “Indexing diversity”. In Philip M. Napoli (ed.): *Media diversity and localism: meaning and metrics*. Mahwah, N.J.: Lawrence Erlbaum Associates, 2007, pp. 151-176; e Alexandre Ditzel Faraco: *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação – rádio, televisão e Internet*. Tese de livre-docência. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, pp. 135 e seguintes. Para uma visão crítica do FCC-DI ver Mark Cooper: *Media ownership and democracy in the digital information age: promoting diversity with First Amendment principles and market structure analysis*. Centre for Internet Society, Stanford Law School, 2003, pp. 191 e seguintes; e C. Edwin Baker: *Media concentration and democracy: why ownership matters*, pp. 76 e seguintes. O FCC-DI foi considerado inconsistente e rejeitado no caso *Prometheus Radio Project vs. FCC* (373 F.3d 372, 3rd Cir., 2004).

⁸⁵⁹ O texto do GWB em inglês pode ser encontrado no sítio da Internet: http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/06_GWB_7_Novelle_e.pdf, acessado em 20.09.2008.

Ademais, vale lembrar que a lei concorrencial brasileira estabeleceu uma presunção de existência de posição dominante quando uma empresa detém pelo menos 20% de um mercado relevante de bens ou serviços⁸⁶⁰. O art. 20, § 2º da Lei nº 8.884, de 1994, prevê que “a posição dominante (...) é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia”. Embora a presunção de posição dominante expressa no art. 20, § 2º seja relativa (*iuris tantum*), e admita prova em contrário, é plausível considerar o critério legal como razoável para identificar o patamar mínimo a partir do qual se presume a existência de concentração de mercado também no setor de comunicação social.

A utilização combinada do índice HHI e das razões CR4 e CR8, bem como das presunções de posição dominante previstas nas leis concorrenciais alemã e brasileira, pode fornecer ferramentas interessantes para medir a concentração de mercado e contribuir para a identificação de estruturas concentradas de poder no setor de comunicação social.

Como se sabe, o poder de mercado existe em diferentes gradações. Da mesma forma, a concentração de poder no setor de mídia é uma questão de grau e não um valor absoluto. Se é possível dizer com certa segurança quando a concentração é muito alta ou quando inexistente qualquer sinal de concentração, situações intermediárias – as chamadas áreas cinzentas ou zonas de penumbra – são obviamente de mais difícil definição, pois não há certeza sobre a caracterização da concentração. Na avaliação de estruturas oligopolistas e monopolistas no setor de comunicação social, adotar uma atitude prudente parece ser preferível a qualquer tentativa de definição de medidas absolutas. Nesse sentido, a identificação de estruturas concentradas mediante a aplicação de diferentes índices ou fatores (HHI, CR4 e/ou CR8) e presunções de posição dominante seriam suficientes para caracterizar a ocorrência de estruturas monopolistas ou oligopolistas.

Por outro lado, lembra Gillian Doyle que “no setor de mídia, níveis de concentração podem ser calculados com base nas parcelas de audiência (definidas em

⁸⁶⁰ De acordo com o *Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal* da SDE/SEAE, a SEAE e a SDE considerarão que uma concentração gera o controle de parcela de mercado suficientemente alta para viabilizar o exercício unilateral do poder de mercado sempre que resultar em uma participação igual ou superior a 20% do mercado relevante (art. 20, §2º, da Lei nº 8.884/94).

função do número de telespectadores ou leitores)”⁸⁶¹. Na Alemanha, a legislação que trata da concentração econômica na televisão (*Rundfunkstaatsvertrag*) estabeleceu o percentual de 30% da audiência nacional, apurado no período de um ano, como patamar de concentração para as emissoras privadas de televisão. Caso o limite de 30% da audiência seja atingido por um determinado grupo de comunicação, a legislação alemã pressupõe que há uma situação de “controle de opinião”, contrária ao princípio que assegura o pluralismo e a diversidade de pontos de vista na televisão aberta. A experiência alemã oferece, assim, mais um elemento para a identificação de situações de concentração de poder no setor de mídia.

Não se pode negar a dificuldade existente em definir de forma precisa os níveis de concentração que caracterizariam uma estrutura oligopolizada e até monopolizada de mercado. Entre nós, reconhece Sérgio Varela Bruna que “não se deve desprezar o aspecto estrutural do mercado, quando da aplicação das normas de tutela da concorrência, principalmente quando a análise deva ser feita *a priori*, como por exemplo, no exame dos atos de concentração, já que a estrutura do mercado constitui o único elemento de que dispõe o analista para antever quais serão os resultados da concentração de poder que se coloca em questão”⁸⁶².

Pelo exposto, temos que os atos de concentração empresarial no setor de comunicação social que levem à formação ou consolidação de estruturas monopolistas ou oligopolistas não podem ser aprovados pelo CADE. Por outro lado, não significa dizer que atos de concentração que não levem à criação de estruturas monopolistas ou oligopolistas devam ser automaticamente aprovados pelo CADE. Como bem observado por Caio Mario da Silva Pereira Neto, “mesmo atos que não criem oligopólios ou monopólios podem prejudicar a concorrência no setor e afetar a diversidade de pontos de vista na esfera pública. Nesses casos, o CADE deve verificar se as condições do § 1º do artigo 54 estão efetivamente presentes”⁸⁶³.

⁸⁶¹ No original: “in the media sector, concentration levels can be calculated on the basis of audience shares (as defined by ratings or readership figures)” (*Understanding media economics*, p. 9).

⁸⁶² *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 70.

⁸⁶³ “Análise de concentração econômica no setor de comunicação: defesa da concorrência, democracia e diversidade na esfera pública”. *Revista de Direito da Concorrência* (Edição Especial – Retrospectiva 2003), 2003, p. 70.

4.1.6 – Análise antitruste e proteção do pluralismo

Alguns autores costumam apontar as economias de escala⁸⁶⁴ como o principal fator de eficiência no setor de comunicação social. Isso porque, a indústria de mídia é caracterizada por apresentar altos custos de produção inicial, mas baixos custos marginais de reprodução e distribuição⁸⁶⁵. Por meio da integração horizontal – isto é, aquela que envolve empresas que competem no mesmo mercado – as empresas de mídia geralmente buscam maior eficiência mediante a realização tanto de economias de escala quanto de economias de escopo⁸⁶⁶.

Nas operações de concentração horizontal no setor de mídia, ainda que não resultem na formação de estruturas monopolistas e oligopolistas, a análise antitruste deve levar em consideração a proteção do pluralismo da informação. Caio Mario da Silva Pereira sustenta que, mesmo nos casos em que a operação de concentração empresarial no setor de comunicação social não implique a formação de estruturas monopolistas e oligopolistas – vedadas expressamente pelo art. 220, § 5º do texto constitucional – a análise antitruste deve ter seu escopo alargado para considerar (i) a dimensão econômica, representada pelas externalidades geradas por meios de comunicação e a *non-price competition* no plano da diversidade editorial e (ii) a dimensão política consistente no

⁸⁶⁴ Economias de escala são aquelas obtidas em função da divisão dos custos totais de produção por um número maior de unidades produzidas. Nesse sentido, na medida em que a quantidade de bens produzidos aumenta, o custo unitário de produção é reduzido. Segundo Gillian Doyle, “economies of scale (...) are the main economic motive for horizontal mergers or acquisitions in the media industry. Economies of scale are prevalent in the media because, in general, the business of supplying media is characterized by high initial production costs but very low or minimal marginal distribution costs. So, concentrated media firms that can spread production costs across ever-larger audiences will benefit from diminishing per viewer (or per reader) costs as consumption expands” (*Media ownership: the economics and politics of convergence and concentration in the UK and European media*, p. 38).

⁸⁶⁵ Ver a propósito, Gillian Doyle: *Understanding media economics*, p. 9.

⁸⁶⁶ Economias de escopo são aquelas obtidas através da utilização dos mesmos fatores de produção (linha de produção ou equipe de jornalistas, por exemplo) ou distribuição para a fabricação ou elaboração de diferentes produtos ou para a distribuição em conjunto de dois ou mais produtos. Economias de escopo existem quando atividades em um determinado setor econômico reduzem os custos ou aumentam as receitas em um outro setor da economia. Esclarece Gillian Doyle que “economies of scope are common in the media because the nature of media output is such that it is possible for a product created for one market to be reformatted and sold through another. For example, an interview with a politician which is recorded for broadcast in a documentary might also be edited for inclusion in other news programmes, either in television or, indeed, on radio: the same television content can be repackaged into more than one product” (*Understanding media economics*, pp. 14-15).

impacto negativo gerado pela concentração empresarial no tocante ao processo democrático⁸⁶⁷.

Observamos ainda que, também nas operações de concentração vertical (que envolvem empresas situadas em diferentes níveis da cadeia produtiva de um produto ou serviço), multimídia (que envolvem a propriedade cruzada de distintos veículos de mídia) e multissetorial (que envolve a formação de conglomerados), envolvendo empresas que desenvolvem atividades de comunicação social, a proteção do pluralismo deve ocupar um papel de destaque.

O foco da análise das autoridades antitruste nas concentrações econômicas envolvendo o setor de comunicação social não pode ser apenas econômico. A eficiência econômica não pode ser o principal, muito menos o único, critério para a avaliação de um ato de concentração no setor de mídia⁸⁶⁸. O problema central envolvido em uma operação de concentração no setor de mídia não é o aumento do poder econômico (entendido como poder de aumentar preços ou reduzir oferta), mas o incremento do poder de um grupo empresarial sobre a diversidade do conteúdo a ser veiculado ou difundido⁸⁶⁹.

Portanto, a análise antitruste de atos de concentração horizontal que não impliquem a formação de estruturas monopolistas e oligopolistas, e de atos de concentração vertical, multimídia e multissetorial, envolvendo atividades de comunicação

⁸⁶⁷ “Análise de concentração econômica no setor de comunicação: defesa da concorrência, democracia e diversidade na esfera pública”. *Revista de Direito da Concorrência* (Edição Especial – Retrospectiva 2003), 2003, pp. 76 e seguintes.

⁸⁶⁸ Maurice E. Stucke e Allen P. Grunes sustentam que, no setor de comunicação social, “an analysis concerned with efficiencies may point in the wrong direction. It might be very efficient if all the newspapers combine their news collection operations into one operation. News collection generally has high fixed costs. To report a story may cost the same if you have one reader or a million readers. This cost is reduced with each additional newspaper that is sold or read. Under one operation, the newspapers could eliminate their back offices, duplicate news bureaus, etc. The joint venture could better utilize its scarce resources, and achieve significant costs savings unattainable outside the venture. This joint venture may produce a lower-cost newspaper, with a lower newsstand price – so instead of paying fifty cents, one may pay a quarter for the newspaper. But in the marketplace of ideas, a premium is placed on diversity of ideas. While the newspaper venture may be more efficient, the marketplace of ideas would be diminished” (“Antitrust and the market place of ideas”. *Antitrust Law Journal*, vol. 69, nº 1, 2001, p. 299).

⁸⁶⁹ Segundo Karine Favro, “les opérations de concentration ont un effet néfaste sur le pluralisme, si la diversité des informations ou la neutralité du message mis à la disposition du public, et consommé par une partie substantielle de ce public, s’en trouvent affectées” (*Télespectateur et message audiovisuel: contribution à l’étude des droits du télespectateur*. Paris : LGDJ (Bibliothèque de droit public – Tome 215), 2001, p. 89). Por sua vez, Philie Marcangelo-Leos sustenta que “l’appréciation des effets des concentrations sur le pluralisme doit nécessairement reposer sur la définition de ce que l’on entend par diversité de choix des informations offertes au public sur un lieu donné” (*Pluralisme et audiovisuel*. Paris : LGDJ (Bibliothèque de Droit Public – Tome 240), 2004, p. 302).

social, deve incluir a promoção do pluralismo de informação e de opiniões como um objetivo primordial. Nesse sentido, é preciso indagar qual o impacto da operação de concentração empresarial sobre a diversidade de fontes de informação, de pontos de vista e de correntes de opinião e a diversidade cultural. Em outras palavras, quais consequências para o pluralismo de idéias e informação resultarão da operação de concentração econômica⁸⁷⁰.

No setor de mídia, não se pode afirmar que a noção de bem-estar do consumidor ou usuário esteja exclusivamente relacionada com o preço do serviço prestado. Pelo contrário, no setor de comunicação social podemos sustentar que o bem-estar do consumidor/usuário está atrelado não apenas à redução de preços dos serviços ou produtos, ou à eficiência produtiva, mas à efetiva existência de pluralidade de fontes de informação e de conteúdo⁸⁷¹. Para o usuário – na sua qualidade de cidadão e não apenas de consumidor –, pouca valia existe em poder comprar um jornal ou uma revista a preço mais baixo, ou pagar menos pela mensalidade da TV a cabo, se não lhe for dada a possibilidade de escolher entre diferentes veículos de comunicação independentes e diversos pontos de vista e opiniões sobre os mais variados assuntos. A propósito, afirma Caio Mario da Silva Pereira Neto que “a defesa da concorrência entre veículos de comunicação deve considerar a diversidade de pontos de vista e a ausência de limitações à liberdade de fluxos de informação como fatores que aumentam o bem-estar do consumidor”⁸⁷².

⁸⁷⁰ Tratando do impacto sobre o pluralismo da concentração horizontal de empresas no setor audiovisual, Karine Favro pondera que “l’appréciation de l’affectation du pluralisme ne peut s’effectuer que sur la base de la diversité des informations disponibles pour l’ensemble des téléspectateurs, quelle que soit la position concurrentielle des entreprises qui fournissent les informations. En l’absence d’appauvrissement de l’information, il ne saurait y avoir une atteinte à la sauvegarde du pluralisme, malgré l’existence d’opérations de concentration d’entreprises télévisuelles. Dès lors que l’on se réfère à l’appauvrissement de l’information, il est question de l’appauvrissement du contenu des programmes, que peut si révéler complaisant dans le traitement de l’information. La situation est particulièrement sensible dans l’hypothèse où la concentration d’informations, due à la concentration d’entreprises, est confortée par une concentration d’audiences” (*Téléspectateur et message audiovisuel: contribution à l’étude des droits du téléspectateur*, p. 101).

⁸⁷¹ A Suprema Corte dos Estados Unidos, na decisão do caso *Associated Press vs. United States* (326 U.S. 1, 20, 1945), envolvendo uma situação de concentração no setor de jornais e agências de notícias, afirmou através do voto do *Justice Black* que “[the First] Amendment rests on the assumption that the widest possible dissemination of information from diverse and antagonistic sources is essential to the welfare of the public, that the free press is a condition of a free society”. Maurice E. Stucke e Allen P. Grunes, na mesma linha, sustentam que “given the very nature of media as a marketplace of information, a diversity of news options may be more important to consumers than ordinary price competition” (“Antitrust and the market place of ideas”. *Antitrust Law Journal*, vol. 69, nº 1, 2001, p. 297).

⁸⁷² “Análise de concentração econômica no setor de comunicação: defesa da concorrência, democracia e diversidade na esfera pública”. *Revista de Direito da Concorrência* (Edição Especial – Retrospectiva 2003), 2003, pp. 71-72.

No setor de mídia, a eficiência não pode ser um objetivo final, e muito menos único, a ser perseguido pelas autoridades antitruste. Nesse setor, o pluralismo de informação ocupa essa posição de primazia. A eficiência poderá ser utilizada como critério útil para a tomada de decisões, mas não servir como finalidade última da análise antitruste. A propósito, sustenta Caio Mario da Silva Pereira Neto que “os efeitos da concentração econômica no setor de comunicação vão muito além dos ‘custos econômicos’ tradicionalmente considerados. As eventuais eficiências alegadas pelas requerentes devem ser avaliadas em face de *todos* os potenciais efeitos negativos do ato, incluindo aqueles que afetam a concorrência editorial e a liberdade de expressão”⁸⁷³.

Alguns autores alegam, por outro lado, que a concentração dos meios de comunicação pode criar empresas maiores e mais fortes economicamente. Essas empresas teriam maior capacidade de suportar pressões governamentais e adotar um jornalismo mais investigativo e crítico da atuação governamental. Embora evidências concretas dessa alegação sejam difíceis de se obter, Edwin Baker argumenta que “a probabilidade de um veículo de mídia suportar pressões econômicas e de outros tipos tem mais a ver com a coragem dos jornalistas redatores e com compromisso desses com a integridade do jornalismo do que com os recursos financeiros da empresa”⁸⁷⁴.

Nas operações de integração vertical, além de aspectos estratégicos – como assegurar controle sobre canal de distribuição ou produção de conteúdo⁸⁷⁵ –

⁸⁷³ “Análise de concentração econômica no setor de comunicação: defesa da concorrência, democracia e diversidade na esfera pública”. *Revista de Direito da Concorrência* (Edição Especial – Retrospectiva 2003), 2003, p. 80.

⁸⁷⁴ No original: “the likelihood of a media entity’s standing up to economic and other pressures may have as much to do with journalistic decision makers’ courage and commitment to the integrity of their journalism as with the firm’s financial resources” (*Media concentration and democracy: why ownership matters*, p. 52).

⁸⁷⁵ Gillian Doyle lembra que “media content has no value unless it is distributed to an audience, and distribution infrastructure and outlets are of little interest without content to disseminate” (*Media ownership: the economics and politics of convergence and concentration in the UK and European media*, p. 73). A autora destaca ainda que “as far as vertical expansion is concerned, it is easy to see the strategic attractions for a media firm of a corporate structure that gives it control over both content production and distribution. As a distributor, vertical expansion ‘upstream’ into production means that you have an assured supply of appropriate content to disseminate through your distribution infrastructure. As a content producer, vertical integration with a distributor means assured access to audience. The wider the distribution of media content, the lower its (per-consumer) production cost will be” (*Ibidem*, p. 80). Tendo em vista as características específicas da indústria de mídia de apresentar altos custos de produção inicial e baixos custos marginais de reprodução e distribuição, Christopher Yoo ressalta, no tocante às redes de televisão, que “the existence of high initial fixed costs leaves broadcast networks quite vulnerable to opportunistic behavior. Broadcast networks can eliminate these problems by using vertical integration to guarantee that they will have access to audiences for their programs” (“Vertical integration and media regulation in the New Economy”. *Yale Journal on Regulation*, vol. 19, 2002, p. 214).

normalmente as empresas de mídia buscam maior eficiência por meio da redução de custos de transação, isto é, evitando a utilização dos mecanismos de mercado⁸⁷⁶.

Ocorre, porém que, como ressaltado por Calixto Salomão Filho, “a concentração vertical traz consigo preocupações concorrenciais específicas (em especial a potencial exclusão de concorrentes e as barreiras à entrada), que não podem ser descuidadas”⁸⁷⁷.

A concentração vertical pode gerar problemas decorrentes do fechamento do mercado (*foreclosure*) ou do aumento de barreiras à entrada de novos concorrentes. Esses efeitos são controvertidos na opinião da doutrina antitruste. Vamos tentar clarificar a preocupação com os possíveis efeitos negativos da integração vertical por meio dos exemplos a seguir. Na atividade de televisão aberta, a integração vertical das atividades de toda a cadeia produtiva (produção de programas, programação e difusão) pode trazer como

⁸⁷⁶ A noção de custo de transação foi originalmente formulada pelo economista Ronald Coase em artigo publicado em 1937 com o título “The nature of the firm”. Em seu artigo, Coase, partindo da constatação de que a alocação de recursos escassos pode ser feita pelo mercado, através do mecanismo de preço, e no interior de uma empresa (*firm*), por força do planejamento e da coordenação feitos pelo empresário, procura explicar quando certa atividade econômica seria coordenada pelo mercado e quando ela seria desenvolvida no interior das empresas. Entre os custos de uso do mecanismo de preço, isto é, do uso do mercado, Coase cita, por exemplo, (i) o custo de identificação dos preços vigentes no mercado (ou, dito de outra forma, de coleta de informação) e (ii) o custo de negociar e concluir contratos separados para cada transação. Segundo Coase, a coordenação das ações dos agentes econômicos no interior da empresa (integração vertical) tende a substituir o mercado (mecanismo de preço) caso os custos para organização e coordenação interna da produção sejam menores que custos de adquirir o bem ou serviço no mercado. Em outras palavras, se os custos de transação relativos à aquisição de um determinado bem ou serviço no mercado forem altos, pode ser mais econômico organizar a produção do bem ou serviço em questão no interior da empresa (integração vertical). Posteriormente, a noção de custo de transação foi desenvolvida pelos trabalhos do economista Oliver Williamson (Ver a respeito: *Why Law, Economics, and Organization*. UC Berkeley School of Law, Public Law and Legal Theory. Working Paper No. 37, 2000, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=255624). Observou Williamson que as transações são diferentes umas das outras; essa diversidade decorre de elementos objetivos e observáveis, que ele denominou atributos das transações (especificidade de ativos, frequência e incerteza). Para lidar com a diversidade de atributos da transação, existem diferentes estruturas de governança (mercado, empresas, contratos, p. ex.) que buscam colocar ordem, superar o conflito potencial decorrente da transação e obter ganhos múltiplos para as partes envolvidas. Ao comparar as diferentes alternativas e optar pela estrutura de governança mais apropriada para lidar com cada transação, os agentes econômicos buscam reduzir os custos de transação e obter a maior eficiência possível. Sobre a teoria dos custos de transação, ver Paulo Furquim de Azevedo: “Economia dos custos de transação”. In Elizabeth Maria Mercier Querino Farina, Paulo Furquim de Azevedo e Maria Sylvia Macchione Saes: *Competitividade: mercado, estado e organizações*. São Paulo: Editora Singular, 1997, pp. 71-111.

⁸⁷⁷ *Direito concorrencial: as estruturas*, p. 287. Em sentido contrário, sustentando que a concentração vertical é uma forma de criação de eficiência que não traz prejuízo à concorrência, ver Robert Bork: *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. Nova Iorque: Basic Books Publishers, 1978, pp. 225 e seguintes. Para uma discussão mais aprofundada das consequências das integrações verticais, ver Herbert Hovenkamp: *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*, pp. 382 e seguintes; e Christopher S. Yoo: “Vertical integration and media regulation in the New Economy”. *Yale Journal on*

consequência o afastamento de produtores independentes do canal de distribuição (difusão de sons e imagens). A emissora de televisão, ao privilegiar a difusão de programas por ela produzidos, pode fechar o mercado de distribuição para os produtores independentes, especialmente se a emissora gozar de uma posição de dominação na área de distribuição de programas televisivos. Ainda, deve-se considerar que o mercado tenderia a ficar cada vez mais fechado na medida em que todas as emissoras de televisão adotassem comportamento paralelo e integrassem suas estruturas produtivas de conteúdo audiovisual (integração vertical)⁸⁷⁸. O mesmo exemplo pode ser utilizado para ilustrar o problema do aumento das barreiras à entrada de novos concorrentes. Isso porque, diante de estruturas de mercado concentradas verticalmente, uma nova empresa interessada em atuar no mercado audiovisual, para poder competir, pode ser obrigada a considerar entrar não apenas no mercado de distribuição (difusão de sons e imagens), mas também no de produção de conteúdo audiovisual, arcando com os vultosos custos para atuar em ambas as atividades⁸⁷⁹. Se a empresa não fizer isso, pode não conseguir seja um canal de distribuição para seus produtos audiovisuais – supondo que ela tenha entrado apenas no mercado de produção audiovisual –, seja conteúdo audiovisual para utilizar em sua emissora de televisão – supondo que ela tenha ingressado apenas na atividade de distribuição de sinais de televisão⁸⁸⁰.

Regulation, vol. 19, 2002, pp. 171-300, este último tratando especificamente da integração vertical no setor de comunicação.

⁸⁷⁸ Ensina Herbert Hovenkamp que “foreclosure occurs when vertical integration by one firm denies another firm access to the market. Both vertical integration by new entry and vertical integration by merger can foreclose competitors. For example, if the only newspaper in a city terminates its contracts with independent carriers and switches to self-delivery, the result will be foreclosure of independent carriers. They no longer have newspaper to deliver. Foreclosure generally occurs only if one of the integrating firms is a monopolist or something close” (*Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*, p. 387).

⁸⁷⁹ No tocante ao aumento das barreiras à entrada, Calixto Salomão Filho sustenta que “as integrações verticais, quando realizadas entre agentes econômicos que atuam em mercados já horizontalmente concentrados, são causa efetiva de preocupação para o direito antitruste. Isso por duas razões bastante evidentes. Em primeiro lugar porque nesses casos sobram muito poucas alternativas aos produtores e/ou distribuidores independentes para respectivamente vender ou comprar seus produtos em condições concorrenciais. Mas também a concorrência potencial se limita substancialmente. Com efeito, novos potenciais concorrentes que queiram entrar em um dos mercados deverão entrar em ambos para ter alguma chance de concorrer” (*Direito concorrencial: as estruturas*, pp. 286-287). No mesmo sentido, afirma Herbert Hovenkamp que “a related argument against vertical mergers is that they enhance the merging firm’s market power by making entry into the industry more costly and more difficult. If incumbents are vertically integrated a prospective entrant may have to enter at two levels instead of one” (*Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*, p. 389).

⁸⁸⁰ A propósito, afirmam Phillip Arreda, John Solow e Herbert Hovenkamp que “where two vertically related markets become totally integrated, a potential new entrant may find it necessary to enter both stages rather than just one. A potential entrant into the supply stage may otherwise have no outlet; a potential entrant into the outlet stage may otherwise have no source of supply. Thus, total integration may raise entry barriers wherever two-stage entry presents a significant barrier that single-stage entry does not” (*Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*. Vol. IVA. Nova Iorque: Aspen Law Business, 1998, p. 187).

Por outro lado, nunca é demais frisar que a manutenção de uma quantidade significativa de produtores independentes (diversidade de conteúdo audiovisual) e a redução das barreiras à entrada são condições *sine qua non* da diversidade política e cultural no setor de comunicação social. Portanto, a análise antitruste das operações de concentração vertical no setor de mídia deve levar em conta as eventuais eficiências econômicas proporcionadas pela efetiva redução de custos de transação, mas não pode olvidar dos impactos no pluralismo de opiniões e de informações e na diversidade cultural decorrentes de eventual fechamento do mercado para produtores independentes ou do aumento de barreiras à entrada para novos concorrentes.

No tocante à concentração multimídia, alguns autores indicam que ela tem geralmente por finalidade reduzir os riscos da atividade empresarial e realizar economias de escopo.

Entretanto, a concentração multimídia (*cross ownership*) merece ser vista com atenção em função do impacto que ela pode gerar na diversidade de opiniões e de pontos de vista (diversidade editorial), bem como do risco de aumento da influência política e cultural exercida por um determinado grupo empresarial na coletividade. Imagine-se, por exemplo, o prejuízo causado para o pluralismo da informação caso o único jornal que circula em uma determinada cidade brasileira seja adquirido pela empresa de comunicação concessionária do único canal de televisão aberta que atua na mesma municipalidade⁸⁸¹.

Pensamos que a vedação constitucional de formação de estruturas monopolistas e oligopolistas deve ser estendida aos casos de concentrações multimídia. Com efeito, o art. 220, § 5º proíbe formação de estruturas monopolistas e oligopolistas no

⁸⁸¹ C. Edwin Baker cita o seguinte exemplo para indicar como o foco da análise antitruste em questões meramente econômicas, relacionadas com a 'eficiência' da operação de concentração no setor de mídia pode ser danoso para o interesse coletivo: "a problem with mergers exists if a 'synergy' from the merger, for instance, of a newspaper and local television station, enables the merged firm to get by with only the amount of investigative journalism previously provided by one firm, an amount now shared between two entities. (...) If, similarly, competition between the newspaper and the television station previously provided a major incentive for both to engage in investigative journalism, the merger may allow the new company to largely abandon the effort. If so, the new company would provide fewer investigative journalism resources than either pre-merger entity provided before by itself. The result would be a hugely profitable cost saving, a synergistic 'efficiency', but also a potentially huge loss to the public (as well as a loss to the journalists who are laid off)" (*Media concentration and democracy: why ownership matters*, p. 44).

setor de comunicação social. Portanto, é plausível afirmar que o texto constitucional refere-se não apenas a cada um dos mercados relevantes, mas também ao setor de mídia como um todo.

A concentração multissetorial pode ter diversas finalidades, sendo a mais comumente citada a busca de diversificação de atividades e conseqüente redução de riscos associados ao investimento em apenas um mercado. Concentrando suas atividades em apenas um mercado, a empresa fica refém dos ciclos de expansão e retração da demanda do mercado no qual atua. A diversificação de atividades permite à empresa ou ao grupo econômico compensar as adversidades de um mercado (retração ou declínio) com o crescimento em outro mercado, objetivando, assim, manter estáveis ou crescentes os níveis de faturamento e lucro. Para boa parte da doutrina, a formação de conglomerados não representa um problema concorrencial⁸⁸². Isso porque, segundo a justificativa mais comumente avançada, a concentração multissetorial não implica incremento de poder em determinado mercado específico⁸⁸³.

No tocante ao setor de comunicação social, a concentração multimídia levanta um problema específico: a aquisição de veículos de comunicação social por grandes conglomerados financeiros ou empresariais pode ter um impacto na diversidade de opiniões e pontos de vista. A justificativa para a preocupação decorre da possibilidade de controle editorial do veículo de mídia em função de interesses do grupo econômico ao qual ele passa a pertencer. Suponhamos o caso de uma emissora de televisão aberta que é adquirida e passa a fazer parte de um grande grupo econômico voltado para a fabricação de armas e munições. Parece plausível sustentar que os interesses econômicos do grupo podem influenciar o conteúdo editorial da emissora. Em momentos críticos, como por exemplo, a discussão do orçamento militar do governo ou a investigação parlamentar sobre a lisura de contratos celebrados entre o grupo e o governo, relativos à aquisição de armamento militar, os interesses econômicos do grupo podem prevalecer, fazendo com que opiniões contrárias ou críticas sejam banidas da emissora. O controle editorial sobre o

⁸⁸² Ver a propósito Robert Bork: *The antitrust paradox: a policy at war with itself*, pp. 246 e seguintes. Segundo o autor, “it seems quite clear that antitrust should never interfere with any conglomerate merger. Like the vertical merger, the conglomerate merger does not put together rivals, and so does not create or increase the ability to restrict output through an increase in the market share. Whatever their other virtues or sins, conglomerates do not threaten competition, and they may contribute valuable efficiencies” (*Ibidem*, p. 248).

⁸⁸³ Cf. Calixto Salomão Filho: *Direito concorrencial: as estruturas*, p. 295.

veículo de comunicação pode fazer com que qualquer notícia negativa, contrária aos interesses do grupo econômico, seja censurada ou simplesmente eliminada do noticiário, ou com que a emissora seja complacente com o governo de turno, abdicando de sua função de controle dos atos governamentais.

A dificuldade para a avaliação desse tipo de situação é enorme. Primeiramente, estamos diante de um problema muito mais político do que econômico. Ademais, virtualmente qualquer grupo econômico possui interesses estratégicos que poderiam ser prejudicados pela atuação dos veículos de mídia; assim, por coerência, qualquer operação de concentração multissetorial envolvendo veículos de comunicação social deveria ser proibida. Por fim, ainda que o grupo econômico possa influir no conteúdo editorial do veículo de mídia, não se pode afirmar de antemão, com segurança, que isso ocorreria.

Por outro lado, permitir de forma acrítica a aquisição de veículos de mídia e a integração desses em conglomerados econômicos cujas principais atividades sejam dependentes de decisões governamentais (concessionários de serviços públicos, beneficiários de incentivos fiscais, grandes prestadores de serviços ou fornecedores de bens para o Poder Público etc.) é, no mínimo, uma temeridade⁸⁸⁴. Sustentamos, assim, que mesmo nas concentrações multissetoriais envolvendo veículos de mídia é preciso ponderar sobre os impactos da integração no pluralismo de informação e de opiniões⁸⁸⁵.

⁸⁸⁴ Os Estados Unidos fornecem um exemplo interessante no tocante aos riscos gerados por uma concentração multissetorial envolvendo empresas de mídia. Em meados da década de 1960, a companhia telefônica AT&T fez uma tentativa de aquisição e incorporação da rede de televisão norte-americana ABC. A operação foi levada à FCC – *Federal Communications Commission* para aprovação. Entretanto, o Departamento de Justiça norte-americano contestou a operação e apresentou perante a FCC sua oposição, alegando, entre outras razões, que a operação implicaria o comprometimento da isenção da ABC no tocante à cobertura jornalística, tendo em vista as atividades da AT&T no setor de comunicação em diversos estados norte-americanos e em diversos países latino-americanos. Em 1968, a operação foi abandonada pela AT&T. Ver a propósito Mark J. Green *The closed enterprise system: Ralph Nader's study group report on antitrust enforcement*. Vol. 2. Nova Iorque: Grossman, 1972, pp. 853-859.

⁸⁸⁵ Nesse sentido, C. Edwin Baker ressalta que “many nonmedia commercial entities have economic incentives to be media owners. They can often benefit greatly by favorable portrayal of their products, by favorable coverage of their views on legal/legislative issues, or simply by increased political power due to a capacity to reward or punish local electoral candidates or incumbents with the extent and nature of their media coverage. These benefits, however conflict with journalistic integrity and various democratic roles of the media. Ownership by nonmedia firms also predictably compromises the goal of getting ownership in the hands of people committed to quality over profits. (...) On the other hand, it is hard to find any predictable societal benefit from such nonmedia corporate ownership (unless, maybe, as a source of capital for media expansion)” (*Media concentration and democracy: why ownership matters*, p. 178).

Do exposto nesta seção, podemos concluir que, exceto nos casos em que resultarem em estruturas monopolistas ou oligopolistas de mercado – vedadas pelo texto constitucional (art. 220, § 5º) –, as operações de concentração no setor de comunicação social não devem ser consideradas ilícitas *per se*. Entretanto, elas somente devem ser autorizadas pelas autoridades antitruste se forem demonstrados de forma clara os benefícios para a coletividade (consumidores e cidadãos), inclusive mediante a análise de aspectos ligados ao pluralismo de opiniões e informação na esfera pública. No tocante à análise das estruturas de mercado, vale a máxima segundo a qual *mais vale prevenir do que remediar*⁸⁸⁶.

Na operação de concentração Sky / Directv, o CADE entendeu em sentido diverso e não reconheceu o pluralismo de opiniões e de informação como um valor específico a ser considerado na avaliação de atos de concentração envolvendo veículos de comunicação social.

Nos atos de concentração nº 53500.002423/2003 e nº 53500.029160/2004 (Sky / Directv)⁸⁸⁷, o conselheiro-relator Luiz Carlos Delorme Prado reconheceu que a operação de concentração das duas operadoras de televisão via satélite implicaria concentração de 34% nos serviços de televisão por assinatura (englobando as plataformas a cabo, MMDS e DTH) e de 97% *no serviço de televisão por assinatura via satélite DTH*. O voto do conselheiro-relator informa que, segundo dados fornecidos pela Agência Nacional de Telecomunicações, 485 municípios brasileiros eram atendidos pelos serviços de TV a cabo e de MMDS – e cobertos também pelo serviço de televisão via satélite DTH, que possui abrangência nacional –, o que corresponderia a 8,8% do total dos municípios brasileiros, englobando mais de 52,4% da população brasileira e que, portanto, haveria municípios apenas servidos pelos serviços de televisão por assinatura via satélite DTH, nos quais a fusão da Sky com a Directv implicaria criar *situação equivalente a um monopólio*. Apesar disso, o conselheiro-relator Luiz Carlos Delorme Prado opinou pela aprovação da operação, com restrições, entre as quais a de que a Sky deveria praticar, pelo prazo de 5 anos, preço único em todo o território nacional de forma a assegurar para os

⁸⁸⁶ Mark A. Lemley e Lawrence Lessig observam a propósito que “the costs of dislodging an existing monopoly power are always significant, and always higher than the costs of preventing the monopoly from forming” (“The end of end-to-end: preserving the architecture of the Internet in the Broadband Era”. *UCLA Law Review*, vol. 48, nº 4, 2001, p. 956).

consumidores *nos mais distantes e menos povoados rincões* os preços concorrenciais praticados nos municípios com maior número de assinantes.

A decisão do CADE claramente associou o bem-estar do usuário (ou, de forma mais apropriada, do consumidor) com o preço cobrado pelo serviço de televisão por assinatura via satélite DTH. Essa orientação, questionável do ponto de vista concorrencial, na medida em que desconsidera a concorrência no mercado relevante como um valor a ser protegido em favor do consumidor, sequer discute o problema maior da operação: a redução da diversidade de conteúdo (pluralismo). A concentração de poder decorrente da fusão Sky / Directv teve um impacto direto no pluralismo de fontes de informação e na diversidade de conteúdo no mercado relevante que sequer foi aventado pela decisão do CADE. Para quase 50% da população brasileira, na imensa maioria dos municípios médios e pequenos do país, a fusão Sky / Directv significou a formação de um monopólio na distribuição de TV por assinatura com capacidade de definir qual o conteúdo de programação e canais de televisão por assinatura seriam fornecidos para a população⁸⁸⁸.

A proteção do direito concorrencial, na forma proposta no presente estudo, não é, no entanto, suficiente para assegurar o pluralismo no setor de comunicação social⁸⁸⁹. Ela fica limitada pela natureza do controle de estruturas de mercado – realizado em função da celebração de atos de concentração e de cooperação econômica – e pela fragmentação dos mercados relevantes nos quais os grupos de mídia atuam – o que dificulta a avaliação do impacto no pluralismo de informação em razão de concentrações multimídia e multissetorial⁸⁹⁰.

⁸⁸⁷ O voto do conselheiro-relator e os acórdãos de ambos os atos de concentração foram publicados na *Revista de Direito da Concorrência*, nº 9, jan./mar. 2006, pp. 141-248.

⁸⁸⁸ Vale observar que o serviço de televisão por assinatura via satélite DTH não está submetido às mesmas regras de *must-carry* da TV a cabo, previstas na Lei nº 8.977, de 1995 (Lei da TV a cabo).

⁸⁸⁹ No mesmo sentido, afirma Caio Mário da Silva Pereira Neto que “a aplicação de regras de defesa da concorrência não é suficiente, por si só, para garantir o bom funcionamento do setor de comunicação. Trata-se de um setor em que a regulação tem um papel fundamental na garantia de diversidade e pluralismo” (“Análise de concentração econômica no setor de comunicação: defesa da concorrência, democracia e diversidade na esfera pública”. *Revista de Direito da Concorrência* (Edição Especial – Retrospectiva 2003), 2003, p. 61).

⁸⁹⁰ Philie Marcangelo-Leos observa que “l’analyse des marchés en cause sert de fondement à l’examen des effets d’une opération au regard de la concurrence sur le marché. Or, cette fragmentation des marchés répond à l’appréciation de la concurrence, mais nuit à une appréciation globale du pluralisme et constitue ‘un obstacle à l’application des règles de concurrence à des situations susceptibles de porter atteinte au pluralisme, et plaide pour le développement d’autres instruments juridiques’. Cette approche conduit à distinguer entre concentrations monomédias, mettant en cause des entreprises actives dans un même média et plurimédias, concernant des entreprises relevant de médias différents, en fonction desquelles l’efficacité du droit commun de la concurrence peut varier. En effet, si les deux types de concentration peuvent poser des

Para assegurar o pluralismo no setor de mídia, é preciso pensar em uma proteção mais ampla que a fornecida pelo direito concorrencial (ainda que mediante a aplicação de novos paradigmas para a análise de atos de concentração e de cooperação econômicas entre agentes do setor).

4.2 – Propostas regulatórias para o setor de mídia

A efetiva promoção do pluralismo da informação passa necessariamente pela regulação do setor de comunicação social⁸⁹¹. Gillian Doyle lembra que “o reconhecimento da necessidade de salvaguardar o pluralismo tem sido historicamente a principal razão para regular a propriedade da mídia”⁸⁹².

A experiência internacional tem mostrado que a regulação varia de amplitude conforme o veículo de mídia. Na radiodifusão, por se tratar de um serviço público, a regulação normalmente é mais abrangente. A imprensa, por outro lado, caracteriza-se tradicionalmente por apresentar baixo nível de regulação. No meio termo, encontramos os serviços de televisão por assinatura, notadamente a TV a cabo que, por apresentar muitas vezes características de monopólio natural⁸⁹³, apresenta grau mediano de regulação.

problèmes au regard du pluralisme, ‘les concentrations monomédias pourront, en principe, étre plus facilement appréhendées par le droit de la concurrence dans la mesure où elles se déroulent sur un même marché’. Conséquence d’autant plus regrettable que les concentrations multimédia présentent d’avantage de danger au regard du pluralisme” (*Pluralisme et audiovisuel*. Paris : LGDJ (Bibliothèque de Droit Publique – Tome 240), 2004, pp. 327-328).

⁸⁹¹ No tocante à regulação da mídia, John Keane advoga que “public regulation of the market should seek the creation of a genuine variety of media which enable little people in big societies to send and receive a variety of opinions. It should aim to break down media monopolies, lift restrictions upon particular audience choices and popularize the view that the media of communication is a public good, not a privately appropriable commodity whose primary function is to produce and circulate corporate speech for profit” (*The media and democracy*. Cambridge: Polity Press, 1994, p. 155).

⁸⁹² No original: “recognition of the need to safeguard pluralism has historically been the main reason for regulating ownership of the media” (*Media ownership: the economics and politics of convergence and concentration in the UK and European media*, p. 6).

⁸⁹³ Massimo Motta e Michele Polo esclarecem que “cable systems are usually local, covering a limited territory. Long-distance transmission of cabled programmes is routed via satellite towards distribution centres, which manage local delivery through cable. (...) Ownership or exclusive franchising of a local cable system gives an operator local monopoly power and makes entry quite expensive if a second cable network has to be constructed – with the risk of ‘overbuilding’” (“Concentration and public policies in the broadcasting industry: the future of television”. *Economic Policy*, vol. 25, out./1997, p. 301).

A regulação da mídia visando à promoção do pluralismo é expressamente recomendada para os países europeus. A propósito, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa adotou, em janeiro de 1999, a Recomendação n. R (99) 1, destinada aos Estados europeus, com medidas que visavam a promover o pluralismo no setor de comunicação social⁸⁹⁴. A Recomendação n. R (99) 1 propõe certo número de princípios e medidas suscetíveis de ajudar os Estados-membros no momento da elaboração de regras nacionais destinadas a assegurar o pluralismo e limitar a concentração dos meios de comunicação⁸⁹⁵.

Entre as medidas propostas pela Recomendação para promover o pluralismo nos meios de comunicação podemos destacar as seguintes: (i) adoção de legislação específica destinada a prevenir ou combater as práticas de concentração que possam colocar em risco o pluralismo nos meios de comunicação social; (ii) definição, por lei, de limites à participação ou influência de um determinado grupo econômico em um ou diversos veículos de comunicação; esse limite pode assumir a forma de um teto de audiência ou levar em conta o faturamento dos veículos de comunicação; (iii) criação de uma autoridade administrativa independente específica para controlar a concentração no setor de comunicação social ou atribuir tal função à autoridade administrativa encarregada de regular o setor de radiodifusão; (iv) adoção de medidas capazes de promover a diversidade de conteúdo em cada veículo de comunicação, de forma a refletir os diversos pontos de vista políticos e culturais existentes em uma comunidade, preservada sempre a independência editorial de cada meio de comunicação; e (v) encorajamento à adoção voluntária de medidas que visem a uma maior independência editorial e jornalística, sobretudo, por intermédio da auto-regulamentação.

Na esteira da preocupação com o pluralismo e a diversidade na mídia, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa adotou, em janeiro de 2007, a Recomendação CM/Rec (2007) 2⁸⁹⁶. Entre as medidas aconselhadas pela Recomendação para promover o pluralismo estrutural na mídia e a diversidade de conteúdo estão: (i) adoção de regras

⁸⁹⁴ O texto da Recomendação n. R (99) 1 encontra-se disponível no sítio da Internet <http://www.coe.int/T/CM/WCD>, acessado em 19.09.2008. A promoção do pluralismo é tradicionalmente vista na Europa como uma competência dos Estados nacionais. Por essa razão, a Recomendação n. R (99) 1 não tem caráter obrigatório.

⁸⁹⁵ Entende-se por “pluralismo”, para fins da Recomendação n. R (99) 1, não só a existência de uma pluralidade de veículos de comunicação independentes e autônomos como também uma diversidade de tipos de mídia e de conteúdos (pontos de vista e opiniões).

⁸⁹⁶ O texto da Recomendação CM/Rec (2007) 2 encontra-se disponível no sítio da Internet <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1089699>, acessado em 19.09.2008.

voltadas para a limitação da influência que uma pessoa, empresa ou grupo pode ter em um ou mais setores da mídia, assim como para a garantia de existência de um número suficiente de veículos de mídia diferentes; (ii) incentivo ao desenvolvimento de outras mídias, sob a forma comunitária, no âmbito local, controladas por minorias ou de cunho social, capazes de contribuir com o pluralismo e a diversidade e prover um espaço de diálogo; (iii) garantia de que os provedores de conteúdo tenham acesso, em condições não-discriminatórias, a redes de comunicação social eletrônica; (iv) definição e implementação de uma política ativa para a promoção da diversidade do conteúdo na mídia e para a garantir que uma variedade suficiente de informações, opiniões e programas seja disseminada e colocada à disposição do público; e (v) adoção de regras de *must-carry* para outros veículos e plataformas de distribuição de conteúdo além das redes de TV a cabo.

Adoção de propostas regulatórias para proteção do pluralismo no setor de comunicação social, se não exclui a aplicação do direito concorrencial, reduz e muito a sua função. Eventualmente, dependendo da amplitude da política de regulação relativa à promoção do pluralismo e fiscalização do cumprimento das obrigações impostas aos agentes econômicos, poder-se-ia chegar a um ponto no qual seria possível aceitar a substituição da competição pela regulação do setor de mídia⁸⁹⁷. Entretanto, é importante lembrar que a atual lei brasileira de defesa da concorrência (Lei nº 8.884, de 1994), em seu art. 15, expressamente submete às suas disposições as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal, o que inclui, obviamente, os veículos de comunicação social. Portanto, ainda que seja exercido o poder regulamentar no tocante à promoção do pluralismo no setor de mídia, parece-nos que o direito concorrencial não ficará afastado.

Antes de adentrarmos na análise das propostas regulatórias específicas para promoção do pluralismo no setor de comunicação social, é importante esclarecer que não avaliaremos mecanismos envolvendo a utilização de incentivos e benefícios fiscais voltados para o favorecimento da competição e da diversidade na mídia⁸⁹⁸. Embora

⁸⁹⁷ Para uma análise das hipóteses de substituição do sistema concorrencial pela regulação, ver Calixto Salomão Filho: “Regulação e antitruste: fronteiras e formas de interação no setor financeiro”. In Celso Fernandes Campilongo, Jean Paul C. Veiga da Rocha e Paulo Todescan Lessa Mattos (coords.): *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002, pp. 129-147.

⁸⁹⁸ Para C. Edwin Baker “tax and subsidy policies can specifically favor press competition, diversity, and media ownership dispersal. These efforts have made a real difference in some countries” (*Media concentration and democracy: why ownership matters*, p. 185).

reconheçamos que seja um mecanismo importante para a promoção do pluralismo na mídia, incentivos e benefícios fiscais, pela sua natureza jurídica e em função dos limites deste trabalho, demandariam uma investigação particular para um tratamento sério e abrangente.

Esclareça-se, por fim, que as propostas regulatórias para promoção do pluralismo externo, feitas nas seções abaixo, assim como as voltadas para a garantia do pluralismo interno, objeto do próximo capítulo, têm como objetivo fundamental estimular a reflexão sobre o tema⁸⁹⁹. Por essa razão, optou-se por descrever as linhas gerais de cada proposta ao invés de entrar em detalhes, o que retiraria o foco da pretensão principal do autor.

4.2.1 – Limites à propriedade ou controle de veículos de comunicação social

O estabelecimento de limites claros e objetivos à propriedade ou controle de veículos de comunicação social por uma mesma pessoa ou grupo econômico é certamente o principal mecanismo para promover o pluralismo e assegurar uma configuração estrutural do setor de comunicação social que atenda ao disposto no art. 220, § 5º da Constituição Federal⁹⁰⁰.

O objetivo buscado por regras que impõem limites ao controle ou propriedade de veículos de mídia é prevenir a ocorrência de determinadas estruturas de mercado e promover a maximização do número de veículos independentes, o que assegura a existência de uma diversidade de vozes e fontes de informação⁹⁰¹. Observa Alexandre Ditzel Faraco que “há uma diferença fundamental entre o controle estrutural feito via direito antitruste e as regras que procuram limitar a concentração no setor de mídia. Essas, caracteristicamente, impõem limites gerais e *a priori*, vedando a possibilidade de certas

⁸⁹⁹ Lembre-se que são necessárias alterações legislativas e normas infralegais para implementação de propostas regulatórias para promoção do pluralismo.

⁹⁰⁰ Para Gillian Doyle, “rules which limit media and cross-media ownership are generally seen as an essential means of sustaining and promoting pluralism” (*Media ownership: the economics and politics of convergence and concentration in the UK and European media*, p. 26).

⁹⁰¹ Observa Lesley Hitchens que “the media are viewed as a resource and an arena for public debate, which is regarded as essential for the proper functioning of a democratic society, whilst regulation of control has been seen as necessary to ensure that the public has access to a variety of voices and sources of information. Rules limiting the extent of ownership and control of media have been designed to prevent any person being able to gain undue dominance and stifle debate” (*Broadcasting pluralism and diversity: a comparative study of policy and regulation*. Oxford: Hart Publishing, 2006, p. 5).

estruturas de mercado se desenvolverem mesmo que isso decorresse de um processo natural de expansão da empresa (...). Há, portanto, uma opção por determinada configuração estrutural para o setor, que restringe certas posições de poder como uma regra geral”⁹⁰².

A legislação brasileira adota limites muito tímidos à concentração dos veículos de comunicação social. Eles basicamente dizem respeito à concentração horizontal de estações de rádio e de televisão aberta por uma mesma entidade⁹⁰³. Ademais, como visto no Capítulo 3 da Parte 1 deste trabalho, esses limites são sistematicamente ignorados pelas redes de televisão e pelo próprio Ministério das Comunicações.

A legislação norte-americana fornece alguns exemplos interessantes de regras sobre controle da propriedade de veículos de comunicação social. Cumpre lembrar, no entanto, que algumas dessas regras foram revogadas legalmente ou declaradas injustificáveis por decisões judiciais, notadamente durante os anos 1990, em razão da onda de desregulação que varreu os Estados Unidos naquela década⁹⁰⁴. Ainda assim, parece-nos que a experiência norte-americana pode fornecer exemplos interessantes e passíveis de aplicação à atual realidade brasileira.

Abaixo, aventamos algumas propostas de limites horizontais e cruzados à concentração da propriedade ou controle de veículos de comunicação social:

⁹⁰² *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação – rádio, televisão e Internet*. Tese de livre-docência. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p. 59.

⁹⁰³ De acordo com o Decreto-lei nº 236, de 1967 (art. 12), cada entidade só pode ter concessão ou permissão para executar serviços de radiodifusão, em todo país, dentro dos seguintes limites: I - Estações radiodifusoras de som: (a) Locais: 4 em ondas médias (OM) e 6 em frequência modulada (FM), (b) Regionais: 3 em ondas médias (OM), 3 em ondas tropicais (OT), sendo no máximo 2 por Estado, e (c) Nacionais: 2 em ondas médias (OM) e 2 em ondas curtas (OC); e II - Estações radiodifusoras de som e imagem (televisão aberta): 10 em todo território nacional, sendo no máximo 5 em VHF e 2 por Estado. Ademais, o Decreto nº 2.108, de 24.12.1996, que altera dispositivos do Regulamento dos Serviços de Radiodifusão, aprovado pelo Decreto nº 52.795, de 31.10.1963, estabeleceu que a mesma entidade ou as pessoas que integram o seu quadro societário e diretivo não poderiam ser contempladas com mais de uma outorga do mesmo tipo de serviço de radiodifusão na mesma localidade.

⁹⁰⁴ Para uma análise aprofundada da regulação estrutural da mídia e do processo de desregulamentação das telecomunicações nos Estados Unidos, ver Alexandre Ditzel Faraco: *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação – rádio, televisão e Internet*. Tese de livre-docência. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, pp. 112 e seguintes.

- proibição de controle por uma mesma pessoa ou grupo de pessoas de duas ou mais estações de televisão aberta na mesma localidade⁹⁰⁵.
- proibição de controle por uma mesma pessoa ou grupo de pessoas de duas ou mais redes nacionais ou regionais de televisão aberta⁹⁰⁶.
- proibição de controle por uma mesma pessoa ou grupo de pessoas de duas ou mais estações de rádio que explorem o mesmo serviço de radiodifusão sonora na mesma localidade, com exceção de cidades com população acima de certo limite (um milhão de habitantes, por exemplo); nessas cidades o controle comum poderia ser admitido desde que houvesse um certo número de estações de rádio independentes e autônomas⁹⁰⁷.
- proibição de controle comum por uma mesma pessoa ou grupo de pessoas de estações de televisão aberta e de rádio na mesma

⁹⁰⁵ Com relação à realidade norte-americana, Robert Horwitz explica que “television duopoly rule prohibited common ownership or control of television stations with overlapping Grade B signal contours, dating from 1964. As a rule, the FCC [Federal Communications Commission] considered anyone with an interest of at least 5% in the media company as an owner. (...) – The rule was replaced in 1999 so that a company may own two television stations in the same Nielsen designated market area (deemed more appropriate than the Grade B signal contour measurement) if one of the stations is not among the four highest ranked stations in the market, and so long as eight independently owned, full-power, operational television stations remain in the market after the merger” (“On media concentration and the diversity question”. In Philip M. Napoli (ed.): *Media diversity and localism: meaning and metrics*. Mahwah, N.J.: Lawrence Erlbaum Associates, 2007, pp. 22-23).

⁹⁰⁶ Tratando da *dual network rule* do direito norte-americano, Alexandre Ditzel Faraco destaca que “em sua formação original, a regra proibia que uma mesma entidade controlasse duas redes de televisão. O *Act* de 1996 limitou o alcance dessa restrição e permitiu o controle sobre várias redes, desde que não abrangesse mais do que uma das quatro maiores redes (ABC, CBS, NBC e Fox)” (*Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação – rádio, televisão e Internet*, p. 140).

⁹⁰⁷ No tocante aos Estados Unidos, Eli Noam explica que “local ceilings on radio station ownership were increased from 1 AM and 1 FM station per market to 2 AM and 2 FM stations in 1970, to a total of up to 8 stations per market (with a maximum of 5 FM or 5 AM) in 1996 (“Media concentration in the United States: industry trends and regulatory responses”, disponível em <http://www.vii.org/papers/medconc.htm>, acessado em 13.07.2008). A propósito das regras sobre propriedade de emissoras de rádio no mercado local, introduzidas pelo *Telecommunications Act* de 1996, Lesley Hitchens esclarece que “in the largest markets (a market with 45 or more commercial stations), it was now possible to own up to eight stations, provided that not more than five were in the same service. A sliding scale operated down to the smallest markets: - in a market with between 30 and 44 commercial stations, up to seven stations, provided that not more than four were in the same service; - in a market with between 15 and 29 commercial stations, up to six stations, provided that not more than four were in the same service; and – in a market with 14 or fewer commercial stations, up to five stations, provided that not more than three were in the same service. Control of more than

localidade, com exceção de cidades com população acima de um certo limite (um milhão de habitantes, por exemplo); nessas cidades o controle comum poderia ser admitido desde que houvesse um certo número de estações de televisão aberta e de rádio independentes e autônomas; a regra anticoncentração seria endereçada principalmente para as pequenas e médias cidades brasileiras⁹⁰⁸.

- proibição de controle comum por uma mesma pessoa ou grupo de pessoas de uma estação de televisão aberta e de um jornal na mesma localidade⁹⁰⁹.
- proibição de controle comum por uma mesma pessoa ou grupo de pessoas de uma estação de televisão aberta e uma operadora de serviço de televisão por assinatura a cabo ou MMDS na mesma localidade⁹¹⁰.
- proibição de controle comum por uma mesma pessoa ou grupo de pessoas de uma rede nacional de televisão aberta e de uma operadora do serviço de televisão por assinatura via satélite DTH.

50 per cent of the stations in the market was not permitted” (*Broadcasting pluralism and diversity: a comparative study of policy and regulation*, p. 116).

⁹⁰⁸ Robert Horwitz esclarece que “one-to-a-market rule prohibited the common ownership of a radio and a television station serving substantial areas in common (although waivers were routinely granted) – Waivers were routinely granted in part because in the early years of television, the FCC encouraged radio licensees to obtain TV licenses to spur the growth of the new medium. Only later did the FCC see a problem in common ownership. Since 1989, the FCC generally waived the rule in the top 25 markets if, after the combination, there remained at least 30 separately owned independent voices (including radio and TV stations, and certain local newspapers and cable stations) in the market” (“On media concentration and the diversity question”. In Philip M. Napoli (ed.): *Media diversity and localism: meaning and metrics*, p. 22).

⁹⁰⁹ Novamente, segundo Robert Horwitz, “broadcast and newspaper cross-ownership rule: although concern over such combinations surfaced at the FCC as early as the 1930s, an appellate court decision declared in dicta that the FCC could not prohibit newspaper publishers, as a class, from receiving licenses to operate broadcast stations (see *Stahlman v. FCC*, 1942). Adopted in 1975, the FCC prohibited the same company from owning a newspaper and a broadcast station in the same market. – The FCC ‘grandfathered’ almost all historical combinations” (“On media concentration and the diversity question”. In Philip M. Napoli (ed.): *Media diversity and localism: meaning and metrics*, p. 24).

⁹¹⁰ Informa Robert Horwitz que “broadcast and cable cross-ownership rule: adopted in 1970, the FCC prohibited the same company from owning a cable system and a broadcast television station in the same local market. Congress codified the policy in 1984. – The 1996 Telecommunications Act eliminated the statutory cross-ownership restriction but retained the FCC rule. Thus, cross-ownership is at FCC’s discretion” (“On media concentration and the diversity question”. In Philip M. Napoli (ed.): *Media diversity and localism: meaning and metrics*, p. 24).

- limitação da quantidade de estações de rádio que podem ser controladas regionalmente e nacionalmente por uma mesma pessoa ou grupo de pessoas⁹¹¹.
- proibição de controle comum por uma mesma pessoa ou grupo de pessoas de duas ou mais operadoras de televisão por assinatura na mesma localidade ou território.

Para que regras limitando a concentração da propriedade e/ou do controle dos veículos de mídia sejam efetivas, é preciso que seja adotada uma noção ampla de controle, de forma a englobar não apenas os casos de controle societário majoritário e minoritário, mas também as situações de influência dominante e mesmo de influência relevante do ponto de vista concorrencial (ver a propósito Capítulo 1 da Parte 3 deste trabalho).

Um limite importante à propriedade da mídia nos Estados Unidos é a *National TV Ownership Rule* que estabelece a proibição de uma mesma rede de televisão aberta deter estações que permitam a ela alcançar mais de 35% da audiência nacional (audiência entendida como cobertura de domicílios dotados de aparelho de televisão e não como número de telespectadores que assistem a um programa). Não nos parece que essa proibição seja justificável no caso brasileiro. Somos favoráveis à existência de redes nacionais de televisão aberta. Parece-nos razoável que o cidadão potiguar tenha o direito de assistir aos mesmos programas (telejornais, filmes, novelas, competições esportivas etc.) que o cidadão gaúcho, paulista ou fluminense. A existência de redes nacionais de televisão

⁹¹¹ Eli Noam esclarece com relação ao cenário norte-americano que, no âmbito nacional, “regulatory ownership limits for radio stations have been progressively raised from 7 AM and 7 FM stations in the 1940s, to 12 AM and 12 FM stations in 1985, 18 AM and 18 FM in 1992, and 20 AM & 20 FM stations as of 1994. In 1996, nationwide ownership limits for radio stations were eliminated” (“Media concentration in the United States: industry trends and regulatory responses”, disponível em <http://www.vii.org/papers/medconc.htm>, acessado em 13.07.2008).

aberta, com programação generalista⁹¹², incentiva o espírito de unidade e coletividade nacional⁹¹³.

O que poderia existir são limites para o número de estações cabeças-de-rede (i.e. que geram programação própria) que uma mesma pessoa ou grupo de pessoas poderia deter nacional e regionalmente. Limitado o número de estações cabeças-de-rede – atualmente esse limite existe no Brasil – as redes nacionais de televisão seriam formadas mediante (i) o controle de estações retransmissoras de televisão e (ii) a celebração de contratos de afiliação com outras emissoras cabeças-de-rede.

Esclareça-se que a permissão para a existência de redes nacionais de televisão deveria vir acompanhada necessariamente de mecanismos de incentivo ao pluralismo interno, notadamente para contrabalançar o poder das redes nacionais vis-à-vis das emissoras afiliadas e promover a regionalização da programação (conforme discutido na subseção 5.1.2 abaixo), e obrigações decorrentes de eventual controle da audiência (conforme discutido na subseção 5.1.3 abaixo).

Antes de finalizar esse ponto, é preciso ressaltar que o estabelecimento de limites à propriedade ou controle de veículos de comunicação social deveria vir associado à adoção de regras para garantia da transparência na identificação dos proprietários e controladores dos veículos de mídia. Aliás, deve-se ressaltar que a efetividade de qualquer sistema de regras sobre concentração de veículos de mídia depende de informações transparentes sobre a propriedade ou controle dos meios de comunicação social. No tocante aos veículos de mídia, são necessárias informações transparentes sobre seus proprietários e/ou controladores, seus diretores (especialmente aqueles responsáveis por funções editoriais e/ou de seleção da programação), operações de alienação ou oneração de participações societárias, assim como sobre acordos dispondo sobre direitos de voto ou que afetem a administração da empresa de comunicação⁹¹⁴.

⁹¹² A noção de televisão generalista se contrapõe à de televisão temática. Esta se caracteriza pela difusão de programas predominantemente centrados em matérias ou gêneros áudio-visuais específicos, voltados para uma parcela segmentada do público, ao passo que aquela tem como traço marcante a difusão de uma gama bastante variada de programas visando a atingir o público mais amplo possível.

⁹¹³ Nesse sentido, afirma Philie Marcangelo-Leos que “l’action des médias généralistes est déterminante s’agissant de favoriser le lien social et le sentiment d’appartenance à une collectivité nationale” (*Pluralisme et audiovisuel*, p. 612).

⁹¹⁴ A preocupação com a transparência nos meios de comunicação social fez com que o Comitê de Ministros do Conselho da Europa emitisse, em novembro de 1994, a Recomendação n. R (94) 13, pela qual os Estados

4.2.2 – *Vedação do controle de emissoras de radiodifusão por políticos*

Outro aspecto regulatório fundamental no tocante à propriedade e controle dos veículos de comunicação social diz respeito à participação de políticos.

A promoção do pluralismo tem por objetivo fundamental impedir que a concentração da propriedade dos veículos de comunicação social seja utilizada para desvirtuar ideologicamente a agenda e o conteúdo político e comprometer o debate livre e aberto na esfera pública. Além disso, a faceta interna do pluralismo significa a possibilidade de difusão da diversidade de pontos de vista e de correntes de pensamento e de opinião sobre assuntos de ordem política. Permitir que ocupantes de cargos políticos sejam proprietários ou controladores de veículos de comunicação de massa é assumir um risco muito grande de uso partidário e ideológico do veículo de mídia em favor da corrente política e ideológica de seu proprietário e/ou controlador.

A idéia de independência da mídia em relação ao poder político fica completamente comprometida se a propriedade, o controle ou a direção de veículos de comunicação social, em especial de emissoras de radiodifusão, ficar na mão de ocupantes de cargos eletivos⁹¹⁵. Além disso, é imperioso colocar um fim no uso de concessões de canais de radiodifusão como moeda de troca política. Essa prática é deletéria para as

européus são exortados a adotar leis dispendo sobre a promoção e a garantia da transparência nos veículos de mídia. Mais recentemente o Comitê de Ministros do Conselho da Europa voltou a ressaltar a importância da transparência na mídia na Recomendação CM/Rec (2007) 2, adotada em janeiro de 2007. Segundo a Recomendação CM/Rec (2007) 2, “member states should ensure that the public have access to the following types of information on existing media outlets: (i) information concerning the persons or bodies participating in the structure of the media and on the nature and the extent of the respective participation of these persons or bodies in the structure concerned and, where possible, the ultimate beneficiaries of this participation; (ii) information on the nature and the extent of the interests held by the above persons and bodies in other media or in media enterprises, even in other economic sectors; (iii) information on other persons or bodies likely to exercise a significant influence on the programming policy or editorial policy; (iv) information regarding the support measures granted to the media; (v) information on the procedure applied in respect of the right of reply and complaint”.

⁹¹⁵ Tratando da independência dos veículos de mídia em relação ao governo, Thomas Gibbons observa que “the media are a powerful and authoritative means of channelling information and opinion. They form an important forum for discussions of policy, extending to a large proportion of the democratic constituency, and enabling government activity to be scrutinized. If that is so, then, while government and state officials may speak freely like anyone else, they should not adopt the institution of the media as their own. The principle of independence requires, therefore, that the State should not seek to control the content of material that is published or disseminated” (*Regulating the media*. 2ª ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1998, p. 36). No caso brasileiro, as observações de Gibbons podem ser estendidas aos políticos em geral e não apenas ao governo. Entre nós, o setor público da radiodifusão é limitado; entretanto, a propriedade ou o controle de veículos de mídia, sobretudo de emissoras de radiodifusão, por políticos é disseminado.

instituições republicanas e democráticas. É necessário que o sistema legal crie barreiras para evitar ou pelo menos dificultar o alinhamento partidário e ideológico entre as empresas de mídia e a classe política, ou melhor, entre o poder econômico e o poder político.

A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu art. 54 o seguinte:

Art. 54. Os Deputados e Senadores não poderão:

I - desde a expedição do diploma:

a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes;

b) aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado, inclusive os de que sejam demissíveis "ad nutum", nas entidades constantes da alínea anterior;

II - desde a posse:

a) ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada;

b) ocupar cargo ou função de que sejam demissíveis "ad nutum", nas entidades referidas no inciso I, "a";

(...)

Esclareça-se que a exploração da atividade de televisão aberta é objeto de concessão de serviço público outorgada pela União ao passo que a de rádio é objeto de permissão outorgada pela União⁹¹⁶.

A sanção prevista no art. 55 da Constituição Federal para a infringência do art. 54 é a perda do mandato por parte do deputado ou senador.

⁹¹⁶ A União é uma pessoa jurídica de direito público interno conforme definido pelo art. 41, inc. I do Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406, de 10.01.2002).

Face à realidade específica brasileira, a regulação da mídia deve dirimir quaisquer dúvidas e proibir de forma cristalina que pessoas ocupando cargos políticos eletivos tanto no Poder Executivo quanto no Poder Legislativo, seja no âmbito nacional, estadual ou municipal, sejam proprietários ou controladores de emissoras de radiodifusão (rádio e/ou televisão aberta). Para garantir o bom funcionamento da democracia, a separação entre meios de comunicação social e o poder político é absolutamente necessária.

4.2.3 – Modelo misto de radiodifusão: privado, público e estatal

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 223, *caput*, estabeleceu que “compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal”.

Consagrou o texto constitucional, na radiodifusão (rádio e televisão aberta) o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal. Referindo-se à complementaridade dos sistemas de televisão por radiodifusão privado, público e estatal, Ericson Meister Scorsim afirma que “trata-se de uma manifestação particular do princípio do pluralismo no campo da comunicação social por meio da radiodifusão em prol da estruturação policêntrica do sistema de radiodifusão, isto é, em favor da diversidade das fontes de informação e da multiplicidade de conteúdos audiovisuais para a sociedade brasileira. Vale dizer, a interpretação da referida norma constitucional deve ser feita com base no princípio do pluralismo nos seus âmbitos quantitativo (pluralidade de estruturas organizacionais comunicativas) e qualitativo (pluralidade de conteúdo audiovisual diverso)”⁹¹⁷.

Alguns economistas, partindo do princípio que a radiodifusão, notadamente a televisão aberta, exerce uma influência nos hábitos, estilos de vida e interesses dos usuários, identificam duas ordens de preocupações com relação à programação das emissoras de rádio e de televisão aberta: externalidades e “bem de mérito” (*merit good*). Como dito anteriormente, a programação dos canais de televisão e

⁹¹⁷ *TV digital e comunicação social: aspectos regulatórios: TVs pública, estatal e privada*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 257.

emissoras de rádio é fonte de externalidades (positivas e negativas), pois gera efeitos (custos ou benefícios) para terceiros que não aqueles que assistem ou escutam os programas (usuários). Programas de notícias (telejornais) e documentários são citados como fontes de externalidades positivas, pois contribuem para a informação dos cidadãos e o exercício da democracia. Já programas de televisão para crianças que incentivem o consumo de comidas gordurosas (*junk food*) ou bebidas alcoólicas são citados como exemplos de fontes de externalidades negativas, pois tendem a incentivar maus hábitos que, para remediação ou correção, exigem recursos e políticas públicas (hospitais, clínicas, medicamentos etc.)⁹¹⁸. Além disso, a programação televisiva e radiofônica de qualidade informativa, artística ou cultural pode ser caracterizada como um “bem de mérito” (*merit good*). O *bem de mérito* é aquele cujo valor excede à avaliação que uma pessoa faz inicialmente dele. A característica principal dos *bens de mérito* é que seus benefícios somente aparecem ou podem ser identificados retrospectivamente, isto é, depois de certo período de tempo. Os *bens de mérito* são intrinsecamente bons e valiosos. Exemplos típicos de *bens de mérito* são a educação e uma alimentação saudável (rica em frutas, verduras e fibras). O problema dos *bens de mérito* é que as pessoas, ainda que suficientemente alertadas sobre sua importância, tendem a consumi-los menos do que o necessário ou recomendável.

Diversos autores observam que a natureza do mecanismo de financiamento da radiodifusão privada – publicidade comercial – constitui um incentivo determinante para o tipo de programação difundida. A busca por maior audiência – o que gera mais anunciantes e aumenta o faturamento – tende a fazer com que as emissoras privadas de radiodifusão, sobretudo de televisão, invistam em programas de mero entretenimento⁹¹⁹. A radiodifusão privada (comercial), por ser dependente da publicidade comercial para seu financiamento, tende a difundir uma quantidade pequena ou insuficiente de programas de qualidade artística, cultural e informativa (*bens de mérito*, que geram externalidades positivas), ao mesmo tempo em que exageram na difusão de programas que potencialmente geram externalidades negativas⁹²⁰.

⁹¹⁸ No mesmo sentido, ver Alexandre Ditzel Faraco: *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação – rádio, televisão e Internet*. Tese de livre-docência. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, pp. 184 e seguintes.

⁹¹⁹ Segundo John Keane, “advertising encourages a general shift away from diversity of coverage towards the packaging of ‘product lines’ into ‘light entertainment’” (*The media and democracy*, p. 81).

⁹²⁰ Bruce M. Owen e Steven S. Wildman, de forma bastante transparente e direta, sustentam que “the first and most mistake that an analyst of the television industry can make is to assume that advertising-supported

A radiodifusão pública e a estatal são consideradas alternativas para o fornecimento de programas de maior qualidade artística e de maior diversidade cultural, de programas de debates sobre questões políticas e sociais, de programas educativos para crianças e de programas de notícias guiados pelo interesse público⁹²¹. Nessa medida, acredita-se que a radiodifusão pública e a estatal possam oferecer aos telespectadores programas geradores de externalidades positivas.

A radiodifusão pública e estatal opera sob outros incentivos que não a busca por audiência e verbas de publicidade. Nessa mesma linha de raciocínio, afirma Alexandre Ditzel Faraco que “para que haja uma maior diversidade e riqueza de possibilidades no espaço público depende (...) da existência de emissoras operando de forma sistemática sob incentivos completamente diversos. Em outras palavras, ao lado das chamadas emissoras comerciais, que atuam motivadas pela busca do lucro privado, deve existir um sistema bem estruturado (e não meramente secundário como ocorre hoje no Brasil) de emissoras que não dependam (ou pelo menos não dependam de forma significativa) das verbas de anúncios publicitários”⁹²².

television broadcasters are in business to broadcast programs. They are not. Broadcasters are in the business of producing *audiences*. These audiences, or means of access to them, are sold to advertisers” (*Video economics*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1992, p. 3). Lesley Hitchens observa que “one of the problems with a broadcasting service delivered free-to-air and financed by advertising is that the service will of necessity be more responsive to the advertisers’ need than the needs and interests of the audience. Thus, it is likely that programming which delivers the largest audience will be broadcast, even though there may be programmes which the audience might prefer more. This may also tend to produce a relatively homogenous range of programming which pays little regard to minority tastes” (*Broadcasting pluralism and diversity: a comparative study of policy and regulation*. Oxford: Hart Publishing, 2006, p. 66).

⁹²¹ Na visão de David Croteau e William Hoynes, “public broadcasting is uniquely positioned to contribute to democracy by providing an alternative to commercial broadcasting. An independent public broadcasting system can broaden the horizons of public discourse by serving as an electronic platform for perspectives, ideas, and cultural presentations that are largely unheard in commercial media. By providing citizens with access to a wide range of ideas, public broadcasting can help prepare citizens to become more active in other arenas of public life” (*The business of media: corporate media and the public interest*. 2ª ed. Thousand Oaks, CA: Pine Forge Press, 2006, p. 247). Para Lesley Hitchens, “a broadcasting environment which provides services with different funding sources is considered more likely to provide programming which will cater for a much wider range of tastes and interests” (*Broadcasting pluralism and diversity: a comparative study of policy and regulation*, p. 66).

⁹²² *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação – rádio, televisão e Internet*. Tese de livre-docência. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, pp. 202-203.

Em outro trabalho abordamos a diferenciação entre emissoras privadas, públicas e estatais⁹²³. Sustentamos naquela ocasião que a diferenciação entre os sistemas privado, público e estatal deveria ser feita em função da titularidade das emissoras de radiodifusão e não em razão de eventual finalidade de atuação ou objetivo das emissoras de rádio e de televisão⁹²⁴.

Nessa linha de raciocínio, temos que o sistema privado seria composto por emissoras de propriedade de particulares, cujas operações desenvolvem-se no domínio do mercado, financiadas pela publicidade comercial. No sistema privado predominam a iniciativa privada e a possibilidade de distribuição do excedente da exploração (lucro) aos sócios das emissoras de radiodifusão. O sistema estatal de radiodifusão seria composto de emissoras cuja propriedade caberia a órgãos ou entidades vinculados ao aparelho burocrático do Estado. Alguns autores costumam atribuir à radiodifusão estatal a finalidade preponderante de comunicação institucional dos Poderes Públicos⁹²⁵. Essa associação entre radiodifusão estatal e finalidade institucional nos parece, em grande medida, equivocada. Da mesma forma, parece equivocado subordinar, de forma inexorável, a atuação das emissoras estatais aos interesses do governo de turno. A radiodifusão estatal deve estar a serviço da coletividade (interesse público) e não do Estado (Poder Público) ou, muito menos, dos ocupantes de cargos públicos. Deve-se aplicar à radiodifusão estatal, com rigor, o princípio da impessoalidade, consagrado no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, segundo o qual a administração pública deve atuar não de forma a beneficiar ou prejudicar pessoas determinadas, mas com vistas sempre à consecução do interesse coletivo (finalidade pública)⁹²⁶. O sistema público seria uma categoria intermediária entre o privado e o estatal. No sistema público, as emissoras seriam entidades privadas, organizadas sob forma cooperativa ou associativa, que operariam sem finalidade lucrativa e voltadas para o interesse coletivo. Portanto, a propriedade das emissoras públicas, embora privada, seria

⁹²³ *Televisão no Brasil: A Constituição Federal de 1988 e o controle da programação televisiva*. Dissertação de mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (orientador: Enrique Ricardo Lewandowski), 2002, pp. 166-171.

⁹²⁴ Sobre a distinção entre propriedade privada, pública e estatal, ver Luiz Carlos Bresser Pereira e Nuria Cunill Grau: “Entre o Estado e o mercado: o público não estatal”. In Luiz Carlos Bresser Pereira e Nuria Cunill Grau (orgs.): *O público não estatal na reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, pp. 15-48.

⁹²⁵ Cf. Ericson Meister Scorsim: *TV digital e comunicação social: aspectos regulatórios: TVs pública, estatal e privada*, pp. 274 e seguintes. Entende o autor que o fundamento específico do sistema estatal de radiodifusão seria a regra constitucional que trata da publicidade institucional da administração pública (art. 37, § 1º).

⁹²⁶ Cf. Maria Sylvia Zanella di Pietro: *Direito administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 71.

não-mercantil. O excedente decorrente da exploração dos serviços de radiodifusão, se existente, seria destinado exclusivamente ao reinvestimento na emissora. Além disso, as emissoras integrantes do sistema público deveriam estar subordinadas a mecanismos institucionais de controle e fiscalização por parte da sociedade civil organizada⁹²⁷.

A distinção entre emissoras ou canais de rádio e televisão públicos e estatais ainda não se encontra assentada no sistema jurídico brasileiro⁹²⁸. Os grandes problemas a serem enfrentados no tocante às emissoras públicas e estatais são o seu financiamento e o risco de ingerência política. Os pontos centrais no estabelecimento de sistemas públicos ou estatais de radiodifusão são, portanto, (i) a criação de fontes de recursos contínuos e estáveis que assegurem a independência financeira das emissoras de rádio e de televisão; e (ii) a formulação de arranjos institucionais que sejam capazes de impedir ou mitigar a influência do poder político na orientação editorial e da programação das emissoras de rádio e de televisão⁹²⁹.

Podemos afirmar que a coexistência equilibrada de emissoras de televisão aberta e de rádio privadas, públicas e estatais, amparadas por diferentes fontes de financiamento, e sujeitas, portanto, a diferentes formas de incentivo, é uma garantia de pluralismo externo no setor de mídia. Além disso, a coexistência equilibrada de sistemas

⁹²⁷ Dentro do sistema público estariam as chamadas rádios comunitárias. A Lei nº 9.612, de 19.02.1998, instituiu o serviço de radiodifusão comunitária, que foi definido pela lei como o serviço de radiodifusão sonora, em frequência modulada, operado em baixa potência e cobertura restrita, outorgado a fundações e associações comunitárias, sem fins lucrativos, com sede na localidade de prestação do serviço (art. 1º). Segundo a lei, são competentes para explorar o serviço de radiodifusão comunitária as fundações e associações comunitárias, sem fins lucrativos, desde que legalmente constituídas e devidamente registradas, sediadas na área da comunidade para a qual pretendem prestar o serviço, e cujos dirigentes sejam brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 anos (art. 7º).

⁹²⁸ A propósito, cumpre citar o exemplo da Lei nº 11.652, de 07.04.2008, que institui os princípios e objetivos dos serviços de radiodifusão “pública” explorados pelo Poder Executivo ou outorgados a entidades de sua administração indireta, e autoriza o Poder Executivo a constituir a Empresa Brasil de Comunicação – EBC. A Lei qualifica como serviços de radiodifusão “pública” aqueles explorados pelo Poder Executivo ou mediante outorga a entidades de sua administração indireta, no âmbito federal (art. 1º). A Lei autoriza a criação de uma empresa pública, sob a forma de sociedade anônima, denominada Empresa Brasil de Comunicação S.A. - EBC, vinculada à Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República (art. 5º). A EBC tem como competência definida por lei implantar e operar as emissoras e explorar os serviços de radiodifusão “pública” sonora e de sons e imagens do Governo Federal (art. 8º, I). A Lei nº 11.652, de 2008, parece incidir no erro ainda comum entre nós de confundir o elemento estatal com o público. Atualmente, com o crescimento do terceiro setor – setor econômico formado por entidades privadas sem fins lucrativos – não mais se justifica qualificar como público (gênero) tanto o público-estatal (âmbito dos Poderes Públicos) como o público não estatal (âmbito da sociedade civil). Embora em sentido amplo o termo “público” tenha sido empregado para designar tanto o estatal como o social, esse uso não mais se justifica, impondo-se um maior rigor na distinção entre público e estatal.

⁹²⁹ Para uma discussão da radiodifusão pública, ver Alexandre Ditzel Faraco: *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação – rádio, televisão e Internet*, pp. 202 e seguintes.

de radiodifusão (rádio e televisão aberta) privado, público e estatal aumenta a possibilidade de oferecimento de programas que atendam as exigências de diversidade de correntes de opinião e de pontos de vista e de diversidade cultural (pluralismo interno).

4.2.4 – Compartilhamento de infra-estrutura na TV a cabo

Uma forma de promoção do pluralismo externo no setor de mídia que pode ser aventada diz respeito à garantia de acesso à infra-estrutura de difusão dos serviços de televisão a cabo para empresas concorrentes com amparo na teoria da *essential facility*⁹³⁰.

A teoria da *essential facility* foi desenvolvida pela jurisprudência antitruste dos tribunais norte-americanos⁹³¹. A decisão paradigma sobre a matéria foi proferida em 1983 no caso *MCI Communications Corp. vs. AT&T*⁹³². A lide entre as empresas de telecomunicações era decorrente da recusa da AT&T em permitir a interconexão da MCI com a infra-estrutura local de telefonia fixa detida pela empresa Bell, controlada pela AT&T. Sem a interconexão com a infra-estrutura local de telecomunicações operada pela Bell, a MCI, prestadora de serviços de telefonia de longa distância, ficava limitada no tocante aos serviços que poderia oferecer aos consumidores. A decisão do caso considerou a infra-estrutura local de telefonia fixa como uma *essential facility* e julgou ilegal a recusa de contratar por parte da AT&T.

Na Europa, a Diretiva 2002/19/CE, de 07.03.2002, conhecida como Diretiva Acesso, editada no contexto de regulação das redes e serviços de comunicações na

⁹³⁰ Para uma discussão da teoria da *essential facility* ver Alexandre Wagner Nester: *Regulação e concorrência (compartilhamento de infra-estruturas e redes)*. São Paulo: Dialética, 2006.

⁹³¹ Diversos autores costumam identificar a origem da teoria da *essential facility* na decisão do caso *United States vs. Terminal Railroad Association* (224 U.S. 383, 1912). Lawrence Sullivan e Warren Grimes explicam que “in *United States v. Terminal Railroad Ass’n*, several railroads owned rail facilities that provided the only access to the City of St. Louis and rail lines on either side of the Mississippi. (...) The Court held that the company must provide access to nonparticipating railroads upon reasonable terms that did not discriminate between participants and nonparticipants. There are two features in the relief, both of which are common in public utility regulation: (1) that access to the product or service be available to all comers on a nondiscriminatory basis; and (2) that the rates not exceed reasonable levels” (*The law of antitrust: an integrated handbook*, p. 111).

⁹³² *MCI Communications Corp. vs. AT&T*, 708 F.2d 1081 (7th Cir.) (1983). Herbert Hovenkamp ensina que “in *MCI*, the Seventh Circuit stated the essential facility doctrine in a way that has influenced numerous subsequent decisions. The doctrine has four elements: (1) control of the essential facility by a monopolist; (2) a competitor’s inability practically or reasonably to duplicate the essential facility; (3) the denial of the use of the facility to a competitor; and (4) the feasibility of providing the facility” (*Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*, p. 310).

Europa, incorpora a teoria da *essential facility* para lidar com casos de acesso e interligação de redes de comunicações eletrônicas⁹³³. Segundo a diretiva, “os operadores das redes de comunicações públicas têm o direito e, quando solicitados por outras empresas autorizadas para o efeito, a obrigação, de negociar a interligação entre si com vista à prestação dos serviços de comunicações eletrônicas acessíveis ao público, de modo a garantir a oferta e interoperabilidade de serviços em toda a Comunidade. Os operadores oferecerão o acesso e a interligação a outras empresas nos termos e nas condições compatíveis com as obrigações impostas pela autoridade reguladora nacional” (art. 4º). As redes de comunicações eletrônicas de que trata a Diretiva abrangem as redes de telecomunicações fixas e móveis, redes de televisão por cabo, redes terrestres utilizadas para radiodifusão, redes de satélites e redes da Internet, utilizadas para voz, fax, dados ou imagem.

Afirma Calixto Salomão Filho que “uma *essential facility* existe (...) diante de situações de dependência de um agente econômico com relação a outro, no qual a oferta de certos produtos ou serviços não se viabilizaria sem o acesso ou o fornecimento do essencial. A existência de bens cuja utilização é condição essencial para a produção de outros justifica a necessidade de impor o acesso ou o fornecimento dos primeiros”⁹³⁴.

A rede de televisão a cabo pode ser caracterizada como um monopólio natural na medida em que o elevado custo para o estabelecimento da infra-estrutura física da rede torna ineficiente e às vezes impossível do ponto de vista econômico a existência de mais de uma rede na mesma localidade⁹³⁵. Verificada a existência de uma *essential facility* – como pode ser caracterizada a rede de televisão a cabo (infra-estrutura física), por

⁹³³ Para uma análise da aplicação da teoria da *essential facility* no direito concorrencial europeu, ver Antonio Bavasso: *Communications in EU antitrust Law: market Power and public interest*. Haia/Londres/Nova Iorque: Kluwer Law International, 2003, pp. 221 e seguintes.

⁹³⁴ “Tratamento jurídico dos monopólios em setores regulados e não regulados”. In *Regulação e concorrência: estudos e pareceres*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 40. Phillip Areeda e Herbert Hovenkamp ressaltam, todavia, que “forcing a firm to share its inputs with a rival is an exceptionally drastic antitrust remedy, and has the consequences of preserving the monopoly and often of turning the defendant’s facility into what amounts to a public utility. The essential facility doctrine should be avoided unless it is the only realistic mechanism for making a market more competitive. Thus, providing essentiality also requires the critical showing that unless the facility is shared, the market is unlikely to become more competitive. Antitrust’s purpose is not to permit particular rivals to survive, but to make markets more competitive” (*Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*. Vol. IIIA. Nova Iorque: Aspen Law & Business, 2002, p. 203). Mesmo demonstrando ceticismo com relação à teoria da *essential facility*, Phillip Areeda e Herbert Hovenkamp reconhecem que a teoria pode ser apropriada para lidar com casos de “natural monopoly, where rivals can be accommodated without duplication of a facility, and duplication itself would be socially wasteful” (*Ibidem*, p. 173).

exemplo – a empresa operadora fica obrigada a fornecer acesso a outros agentes econômicos – programadoras de TV a cabo, por exemplo – interessados no uso da *essential facility* para o desenvolvimento de suas atividades⁹³⁶.

Assim, nos termos da teoria da *essential facility*, a operadora de TV a cabo detentora da infra-estrutura física (rede de TV a cabo) em determinada localidade, ficaria obrigada a permitir a qualquer empresa de TV a cabo interessada o acesso aos usuários através de sua rede. Entretanto, o acesso obrigatório deve ser feito a preços e condições razoáveis. Alexandre Wagner Nester defende que “o direito de acesso à infra-estrutura já estabelecida, em condições isonômicas e não discriminatórias, mediante o pagamento de uma contraprestação adequada e justa, constitui verdadeiro princípio geral do Direito Antitruste. A *essential facility doctrine*, nesse contexto, consiste em um valioso instrumento para promover esse escopo”⁹³⁷.

Portanto, em breves palavras, a teoria da *essential facility* significa a obrigação de contratar a preços e condições razoáveis⁹³⁸. Ressalte-se, porém, que não se pode exigir da empresa detentora de uma *essential facility* que ela prejudique ou comprometa seu negócio para cumprir a obrigação de contratar a preços e condições razoáveis com terceiros.

⁹³⁵ Para uma discussão da TV a cabo como monopólio natural ver Kip Vicusi, Joseph Harrington e John Vernon: *Economics of regulation and antitrust*. 4ª ed. Cambridge, MA: The MIT Press, 2005, pp. 479 e seguintes.

⁹³⁶ É interessante observar que a própria legislação brasileira de TV a cabo distingue claramente as figuras da programadora e do operador de TV a cabo. A *operadora de TV a cabo* é a pessoa jurídica de direito privado que atua mediante concessão, por meio de um conjunto de equipamentos e instalações que possibilitam a recepção, processamento e a geração de programação e de sinais próprios ou de terceiros, e sua distribuição através de redes de sua propriedade ou não, a assinantes localizados dentro de uma área determinada. A *programadora de TV a cabo*, por sua vez, é a pessoa jurídica produtora ou fornecedora de programas ou programações audiovisuais. Embora a legislação estabeleça claramente a distinção entre operadora e programadora de TV a cabo, não raras vezes ocorrem situações de integração vertical, na qual as atividades são exercidas por empresas pertencentes ou controladas pelo mesmo grupo econômico. A legislação brasileira, aliás, não veda essa forma de concentração econômica.

⁹³⁷ *Regulação e concorrência (compartilhamento de infra-estruturas e redes)*, p. 300.

⁹³⁸ Como bem anotado por Calixto Salomão Filho, aos *bens de acesso*, isto é, aqueles cuja utilização é necessária para que exista concorrência em determinado mercado, também se aplicam os princípios da função social da propriedade” (*Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 60-61). Sobre a função social dos bens de produção, ver Fábio Konder Comparato: “Função social da propriedade dos bens de produção”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 63, jul./set. 1986, pp. 71-79; e Eros Roberto Grau: *Ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pp 234 e seguintes.

A teoria da *essential facility* foi desenvolvida no âmbito do direito concorrencial. Entretanto, os mecanismos típicos do direito concorrencial muitas vezes não têm sido capazes de dar efetividade às obrigações decorrentes do reconhecimento de um bem como *essential facility*. A experiência tem mostrado a dificuldade de se aplicar regras de livre acesso a concorrentes. Diversos são os expedientes utilizados pelas empresas detentoras da infra-estrutura para dificultar e até inviabilizar o acesso à rede por parte de concorrentes: (i) recusa de compartilhamento, (ii) *foreclosure* etc.⁹³⁹. Para a promoção do pluralismo, é preciso uma intervenção regulatória ativa não só para estabelecer a rede de cabo como uma *essential facility*, mas também para assegurar a igualdade de condições no uso da rede entre a empresa operadora da rede e suas eventuais controladas e coligadas e os agentes econômicos interessados em concorrer na prestação do serviço de TV a cabo. Para tanto, seria conveniente que a lei brasileira determinasse a desagregação da atividade de TV a cabo, separando jurídica e contabilmente, em pessoas jurídicas distintas, a infra-estrutura física do serviço de TV a cabo⁹⁴⁰.

A legislação de TV a cabo brasileira é plenamente compatível com essa orientação voltada para a promoção do pluralismo e aplicação da teoria da *essential facility*. Senão, vejamos. A Lei nº 8.977, de 06.01.1995 (Lei da TV a cabo), prescreve em seu art. 3º que o serviço de TV a cabo é destinado a promover a cultura universal e nacional, a diversidade de fontes de informação, o lazer e o entretenimento, a pluralidade política e o desenvolvimento social e econômico do País. Ademais, a Lei da TV a cabo estabeleceu que o serviço de TV a cabo será norteado por uma política orientada pelas noções de rede única e de rede pública (art. 4º, § 1º). Segundo definição da própria Lei da TV a cabo, *rede única* é a característica que se atribui às redes capacitadas para o transporte e a distribuição de sinais de TV, visando à máxima conectividade e racionalização das instalações dos meios físicos, de modo a obter a maior abrangência possível na prestação integrada dos diversos serviços de telecomunicações. Já *rede pública* foi definida pela Lei como a característica que se atribui às redes capacitadas para o transporte e a distribuição de sinais de TV, utilizado pela operadora do serviço de TV a cabo, de sua propriedade ou da concessionária de telecomunicações, possibilitando o acesso de qualquer interessado, nos termos da Lei nº 8.977, de 1995, mediante prévia

⁹³⁹ Cf. Diogo R. Coutinho: “Privatização, regulação e desafio da universalização do serviço público no Brasil”. In José Eduardo Faria (org.): *Regulação, direito e democracia*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002, p. 77.

⁹⁴⁰

contratação⁹⁴¹. A partir das definições legais de rede única e rede pública, parece ser plausível sustentar que a rede de TV a cabo (infra-estrutura física) constitui uma *essential facility*. Mais do que isso, os objetivos consignados pelo art. 3º da Lei nº 8.977, de 1995, aos serviços de TV a cabo (diversidade de fontes de informação, promoção da cultura universal e nacional, e pluralidade política) exigem que seja imposta às operadoras de TV a cabo a obrigação de contratar com terceiros, a preços e condições razoáveis, a utilização da infra-estrutura física para a finalidade de prestação de serviços de televisão a cabo.

4.2.5 – TV digital: multiprogramação e operador de rede

Como analisado no Capítulo 3 desta Parte 3 do trabalho, a TV digital no Brasil pode transmitir programas em alta definição (HDTV) ou em definição padrão (SDTV).

Não foram muitos os países do mundo que adotaram o modelo da televisão de alta definição (HDTV) para a TV digital. Estados Unidos, Austrália e Japão são alguns deles. Nos Estados Unidos e no Japão, a televisão de alta definição é permitida, mas não obrigatória. Na Austrália, a adoção da HDTV foi inicialmente considerada obrigatória para todos os canais de televisão transmitindo em tecnologia digital.

É importante destacar que estudos sobre a experiência norte-americana e australiana no tocante à implantação da TV digital têm colocado em dúvida o modelo baseado na televisão de alta definição (HDTV). Com relação aos Estados Unidos, Hernan Galperin entende que, entre os diversos fatores que estariam retardando a implantação da TV digital, um dos mais importantes é o elevado custo dos novos equipamentos. Em função disso, para acelerar a transição da transmissão analógica para a digital, o foco na televisão de alta-definição (HDTV) deveria ser deixado para depois⁹⁴². Já Hugh C. Donahue, Corry Allen e Elena Larsen sustentam que a transmissão digital de sinais de

⁹⁴¹ Vale lembrar que o serviço de TV a cabo é considerado pela própria Lei da TV a cabo como um serviço de telecomunicações (art. 1º). Ora, segundo a Lei Geral de Telecomunicações - LGT (Lei nº 9.472, de 16.07.1997), as redes de telecomunicações podem ser disponibilizadas para empresas concorrentes para fins de incentivo da competição. Nesse sentido, estabelece o art. 155 da LGT – que trata das redes de telecomunicações – que “para desenvolver a competição, as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo deverão, nos casos e condições fixados pela Agência [Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL], disponibilizar suas redes a outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo”.

televisão, se liberada do ônus da alta-definição (HDTV), ofereceria opções comprovadamente mais atraentes e acessíveis para os usuários, entre as quais, notadamente, a recepção gratuita de canais adicionais⁹⁴³. No tocante à experiência australiana na implantação da TV digital, Allan Brown avalia que ela “serviu para confirmar as deficiências do modelo de HDTV e para indicar que uma quantidade maior de programação e de serviços pode oferecer aos telespectadores maiores incentivos para investir em equipamentos de recepção digital do que a qualidade de imagem em alta definição”⁹⁴⁴.

Para a promoção do pluralismo, seria recomendável que o modelo de TV digital brasileiro mudasse o foco da televisão de alta definição (HDTV) para a multiprogramação em SDTV⁹⁴⁵. Ademais, seria importante que novos canais, controlados por novas empresas e entidades, fossem introduzidos na TV digital^{946,947}.

⁹⁴² “Can the US transition to digital TV be fixed? Some lessons from two European Union cases”. *Telecommunications Policy*, vol. 26, nºs 1/2, 2002, p. 14.

⁹⁴³ “The resolution of digital television: how HDTV and must-carry are hindering the return of the analog television spectrum”. *The International Journal on Media Management*, vol. 2, nº 1, 2000, p. 39.

⁹⁴⁴ No original: “the Australian experience serves to confirm the deficiency of the HDTV model and to indicate that a wider range of programming and services may offer viewers a greater incentive to invest in digital reception equipment than high-resolution picture quality” (“Different paths: a comparison of the introduction of digital terrestrial television in Australia and Finland”. In Gillian Doyle (ed.): *The economics of the mass media*. Cheltenham: Elgar, 2006, p. 538).

⁹⁴⁵ Segundo Ericson Meister Scorsim, “em razão dos objetivos da República Federativa do Brasil, do regime de direitos fundamentais (liberdade de expressão, informação, comunicação, direitos culturais etc.), soberania nacional, defesa do patrimônio cultural brasileiro, interesses dos consumidores, redução das desigualdades regionais, vedação ao oligopólio e monopólio dos meios de comunicação social, princípio da complementaridade dos sistemas de radiodifusão, não é admissível a priorização, em caráter absoluto, da transmissão digital no padrão HDTV. Não é razoável que a televisão digital seja reduzida à HDTV, sob pena de perder-se uma oportunidade histórica para a democratização do acesso de novos operadores e a abertura da diversificação do conteúdo audiovisual, protegidos pelos princípios constitucionais relativos à produção e à programação das emissoras de televisão, especialmente para assegurar a efetivação dos sistemas de radiodifusão estatal e público” (*TV digital e comunicação social: aspectos regulatórios: TV's pública, estatal e privada*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, pp. 367-368).

⁹⁴⁶ Tendo em vista a introdução da televisão digital na Europa, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa adotou, em maio de 2003, a Recomendação Rec (2003) 9 que trata de medidas para o incentivo a uma contribuição social e democrática por parte da radiodifusão digital. A Recomendação aconselha os Estados europeus a, entre outros pontos, “a) create adequate legal and economic conditions for the development of digital broadcasting that guarantee the pluralism of broadcasting services and public access to an enlarged choice and variety of quality programmes (...); b) protect and, if necessary, take positive measures to safeguard and promote media pluralism, in order to counterbalance the increasing concentration in this sector”.

⁹⁴⁷ O aumento do número de programas difundidos através da TV digital no modelo de multiprogramação provavelmente geraria (i) maior fragmentação da audiência, o que poderia impactar nas receitas de publicidade das emissoras de televisão, e (ii) necessidade de maior quantidade de conteúdo audiovisual. Diante das oportunidades oferecidas pelo modelo de multiprogramação, é razoável supor que haveria um incremento na demanda por conteúdo audiovisual. Por outro lado, não se pode descartar a hipótese de maior fragmentação da audiência e, consequentemente, dispersão da publicidade televisiva com a introdução do modelo de multiprogramação na TV digital. Aliás, o risco de perder receitas publicitárias parece ter sido um fator importante na pressão exercida pelas emissoras brasileiras de televisão aberta junto ao Ministério das

Na hipótese da TV digital focar seu modelo na “multiprogramação” em definição padrão (SDTV) e não em alta-definição (HDTV), o limite de concentração de canais/programas por empresa ou entidade, sugerido na subseção 4.2.1 acima, poderia ser aumentado, haja vista que, com a tecnologia digital de transmissão de sinais de televisão e o modelo de SDTV, o número de programas difundidos na mesma largura de banda de 6 MHz pode aumentar substancialmente. Nesse sentido, poder-se-ia pensar em um limite de dois ou três programas de televisão aberta por empresa ou entidade.

Na maioria dos países europeus, que optaram pelo modelo de “multiprogramação”, foi criada a figura do operador de rede, separado da emissora de televisão⁹⁴⁸. O operador de rede é um prestador de serviço (público ou privado) que detém a infra-estrutura necessária para realizar as transmissões de sinais de televisão via terrestre.

Fica o operador de rede incumbido, mediante remuneração, de realizar a *multiplexagem* dos programas em um canal de televisão, transportar e difundir os sinais de todas as emissoras de televisão. As emissoras deixam de desenvolver a atividade de transporte e difusão dos sinais de televisão e ficam concentradas apenas na produção de conteúdo e na programação⁹⁴⁹. O operador de rede fica proibido de veicular programação audiovisual própria. Em outras palavras, a função do operador de rede é de “fornecer infra-estrutura de transmissão de sinais de televisão por radiodifusão, tendo a incumbência de acomodar programações de uma ou mais emissoras num mesmo canal de frequência. Esse papel permite conciliar a capacidade excedente de transmissão de detentoras de infra-estrutura de transmissão com os benefícios advindos dos processos de digitalização e

Comunicações em favor da alta-definição (HDTV) como característica principal do sistema brasileiro de TV digital.

⁹⁴⁸ De acordo com o relatório do CPqD *Panorama mundial de modelos de exploração e implantação*, produzido em função do projeto de Sistema Brasileiro de TV Digital, Alemanha, Espanha, Finlândia, Holanda, Itália, Reino Unido e Suécia adotaram a figura do operador de rede no contexto da implantação da TV Digital (José Manuel Martin Rios *et. al.*: *Panorama mundial de modelos de exploração e implantação*. Campinas: CPqD, 2005, p. 8 e pp. 67 e seguintes. O relatório encontra-se disponível no sítio da Internet: http://www.fndc.org.br/arquivos/106Mapeamento_da_demanda_versaoA.pdf, último acesso em 26.11.2008).

⁹⁴⁹ Ericson Meister Scorsim explica que “com a configuração de um operador de rede, cada emissora de televisão recebe o espaço necessário para veicular seu conteúdo, e, como a tecnologia viabiliza a diminuição do espaço utilizado, o excedente é automaticamente redistribuído para a entrada de novas emissoras. Nesse contexto, as emissoras transmitem seu sinal para uma única antena titularizada e gerida por uma empresa independente, sem ligação com as emissoras, e fortemente fiscalizada pela agência reguladora, que combinará os sinais no espaço disponível e os transmitirá em um único feixe para as residências daquela área de cobertura” (*TV digital e comunicação social: aspectos regulatórios: TVs pública, estatal e privada*, p. 371).

compressão”⁹⁵⁰. A figura do operador de rede proporciona uma separação entre as atividades de transmissão de sinais de televisão e de produção de conteúdo audiovisual⁹⁵¹.

A França, como de resto todos os países europeus, fez opção pela multiprogramação como característica principal da TV digital. A lei que regulou a introdução da TV digital, editada em 2000, ao invés de prever a outorga de um canal com capacidade para transmitir até quatro serviços de televisão (*multiplex*) para cada empresa exploradora do serviço de televisão aberta, optou pelo sistema de outorga individual de serviços. Assim, dos 33 serviços de televisão, 22 foram outorgados a empresas privadas, 8 foram reservados para o setor público e 3 para os serviços de televisão local e regional⁹⁵². Os serviços de televisão foram agrupados em diversos *multiplex*, cada um contendo, em geral, quatro serviços de televisão de empresas diferentes. Ademais, a legislação francesa determinou que as empresas detentoras de uma licença para prestação de serviço de TV digital (denominadas pela lei de “editores”), agrupadas em um mesmo *multiplex*, designassem um operador de rede independente para realizar a distribuição dos sinais de televisão em tecnologia digital⁹⁵³.

A figura do operador de rede tende a reduzir os custos da atividade de televisão, pois permite economias de escala e evita a duplicidade de infra-estrutura para a realização do transporte e da difusão dos sinais de televisão. Ademais, o controle da *multiplexagem* dos programas pelo operador de rede permite o uso eficiente e econômico do espectro eletromagnético. Por fim, com o operador de rede realizando o transporte e a difusão dos sinais de radiodifusão, a abrangência dos sinais e qualidade de transmissão passa a ser uniforme para todos os programas/redes de televisão. A competição entre as redes de televisão ficaria limitada ao conteúdo da programação e não sofreria mais o

⁹⁵⁰ Moacir Giasante *et al.*: *Cadeia de valor*. Campinas: CPqD, 2004, p. 67. O relatório encontra-se disponível no sítio da Internet: <http://www.fndc.org.br/arquivos/MapeamentoCadeiadeValor-CPQD.pdf>, último acesso em 26.11.2008

⁹⁵¹ Essa separação encontra-se em linha com o teor da Diretiva 2002/21/CE da União Européia, de 07.03.2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações eletrônicas (diretiva-quadro). Referida Diretiva propugna notadamente pela separação entre a regulação da transmissão e a regulação de conteúdo.

⁹⁵² Cf. Philie Marcangelo-Leos: *Pluralisme et audiovisuel*. Paris : LGDJ (Bibliothèque de Droit Publique – Tome 240), 2004, pp. 153 e seguintes.

⁹⁵³ Philie Marcangelo-Leos esclarece que “le système retenu par le législateur contraint les éditeurs de programmes disposant de canaux au sein d’un même multiplex à se regrouper afin de désigner un opérateur technique commun, dénommé ‘distributeur de services’ par la loi. (...) Les éditeurs de services sont tenus de proposer conjointement une société distincte chargée de faire assurer les opérations techniques nécessaires à

impacto da extensão territorial e da qualidade técnica dos sinais de cada rede de televisão aberta.

Vale ainda mencionar que a introdução da TV digital traz consigo novas preocupações em termos de gargalos (*bottlenecks*) tecnológicos e condutas anticompetitivas no setor de comunicação social. Embora a questão esteja além dos limites deste trabalho, cumpre apontar que autores têm manifestado grande preocupação com aspectos tecnológicos (notadamente com relação ao software de navegação e ao programa de interface de aplicações) do aparelho decodificador (*set-top box*) para recepção pelo usuário dos sinais digitais dos serviços de televisão aberta⁹⁵⁴. A adoção de tecnologias digitais nos meios de comunicação social deve vir acompanhada de medidas e regras legais destinadas a assegurar, na maior extensão possível, a interoperabilidade de software e equipamentos, assim como o uso de software livres e padrões abertos por parte dos produtores de equipamentos e operadores de veículos e redes de comunicação social eletrônica.

4.2.6 – Órgão regulador independente

Para garantir o pluralismo da informação nos veículos de mídia e fiscalizar o cumprimento dos limites à concentração da propriedade e do controle dos veículos de mídia, é recomendável a instituição de uma autoridade administrativa independente (*autorité administrative indépendante*) ou agência reguladora independente (*independent regulatory commission*) com competência sobre o setor de comunicação social eletrônica.

Já tratamos do assunto em outra ocasião⁹⁵⁵, quando então defendemos que a autoridade ou agência reguladora independente seria justificável pelos seguintes motivos: (i) separação da atividade de outorga de concessões, permissões e autorizações para os serviços de radiodifusão do poder político (Poderes Executivo e Legislativo

la diffusion en mode numérique de leurs programmes. (...) Par ce dispositif, les fonctions d'éditeur et de distributeur de services sont distinguées" (*Pluralisme et audiovisuel*, p. 156).

⁹⁵⁴ Ver a propósito Christopher T. Marsden: "Pluralism in the multi-channel market: suggestions for regulatory scrutiny". *International Journal of Communications Law and Policy*, nº 4, Inverno 1999/2000, disponível no sítio da Internet: <http://www.digital-law.net/IJCLP>, acessado em 15.08.2002.

⁹⁵⁵ *Televisão no Brasil: A Constituição Federal de 1988 e o controle da programação televisiva*. Dissertação de mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (orientador: Enrique Ricardo Lewandowski), 2002, pp. 219-239.

federais); (ii) regulação e fiscalização, por órgão independente, dos serviços de radiodifusão, inclusive no tocante ao cumprimento do disposto no artigo 221 da Constituição Federal de 1988, no que tange à produção e programação das emissoras de rádio e televisão; (iii) constituição de espaço de mediação de interesses conflitantes (das emissoras de rádio e televisão, dos Poderes Públicos e da coletividade); e (iv) proteção e promoção do interesse coletivo. Essas justificativas continuam válidas. A elas pode-se acrescentar a promoção da pluralidade de veículos de mídia independentes e autônomos e a garantia do pluralismo político e da diversidade cultural no setor de comunicação social.

A existência de uma autoridade administrativa independente ou agência reguladora independente com competência para regular e fiscalizar o setor audiovisual ou mesmo o de comunicação social é comum na generalidade dos países desenvolvidos. A propósito, merecem ser citados os exemplos da *Federal Communications Commission* nos Estados Unidos, da *Canadian Radio-television and Telecommunications Commission* no Canadá, do *Office of Communications (Ofcom)* no Reino Unido, do *Conseil Supérieur de l'Audiovisuel* na França, da *Australian Communications and Media Authority* na Austrália, entre muitos outros.

No Brasil, o Conselho de Comunicação Social previsto no art. 224 da Constituição Federal e instituído pela Lei nº 8.389, de 1991, não tem a natureza nem a competência necessária para desempenhar a função de órgão regulador independente para o setor de comunicação social eletrônica. Fábio Konder Comparato constata que “entre nós, o Conselho de Comunicação Social, previsto no art. 224 da Constituição Federal e instituído pela Lei 8.389, de 30.12.1991, não tem poder algum. Ele se apresenta, a rigor, como uma pomposa inutilidade. Segundo a mencionada lei que o instituiu, é de sua atribuição ‘a realização de estudos, pareceres, recomendações e outras solicitações que lhe forem encaminhadas pelo Congresso Nacional a respeito do Título VIII, Capítulo V, da Constituição Federal’ (art. 2º). Ou seja: nada de realmente sério e vinculante”⁹⁵⁶.

Para a definição das funções e garantia da autonomia e independência da autoridade ou agência reguladora independente para o setor de comunicação social, as

⁹⁵⁶ “A democratização dos meios de comunicação de massa”. In Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (orgs.): *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 164.

recomendações contidas na Recomendação Rec (2000) 23 do Conselho da Europa merecem ser levadas em conta.

Em 20.12.2000, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa adotou a Recomendação Rec (2000) 23 relativa à independência e às funções das autoridades de regulação do setor de radiodifusão⁹⁵⁷. Essa Recomendação, dirigida aos estados-membros do Conselho da Europa, propugnava pelo estabelecimento de uma autoridade regulatória independente para o setor de radiodifusão, bem como pela promulgação de um estatuto legal disciplinando os deveres e poderes da autoridade de regulação, os meios de controle, os procedimentos de nomeação de seus membros, assim como os seus mecanismos de financiamento. Com relação ao estatuto legal da autoridade regulatória independente, ele deveria conter:

- (i) regras para proteção da autoridade contra qualquer ingerência, em especial da parte das forças políticas e dos interesses econômicos; tais regras deveriam assegurar procedimentos democráticos e transparentes para a nomeação dos membros da autoridade (a composição da autoridade por expertos nas suas respectivas áreas de atuação é recomendada);
- (ii) previsão das hipóteses específicas nas quais seria possível a revogação do mandato dos membros da autoridade independente;
- (iii) definição das modalidades de financiamento de maneira a permitir que a autoridade cumpra plenamente suas funções, de forma independente;
- (iv) poderes para adotar normas e orientações (*guidelines*) relativas à atividade de radiodifusão;

⁹⁵⁷ O texto da Recomendação Rec (2000) 23 encontra-se disponível no sítio da Internet: http://www.coe.int/t/cm/documentIndex_en.asp, acessado em 01.12.2008.

- (v) competência para a outorga de licenças para o desenvolvimento dos serviços de radiodifusão, segundo regras claras e precisas, aplicadas de forma aberta, transparente e imparcial;
- (vi) poderes para fiscalizar o cumprimento das obrigações impostas às emissoras de radiodifusão por lei ou pela licença, bem como para aplicar sanções, conforme definidas em lei, observado sempre o princípio da proporcionalidade e a garantia da ampla defesa; e
- (vii) mecanismos de prestação de contas (*accountability*) da atuação da autoridade (publicação de relatórios, por exemplo), bem como previsão de que todas as decisões adotadas pela autoridade sejam fundamentadas, tornadas públicas e suscetíveis de controle por uma jurisdição competente segundo a lei nacional.

Essas recomendações, elaboradas para o setor de radiodifusão, são plenamente aplicáveis, de forma mais ampla, ao setor de comunicação social eletrônica como um todo. Além disso, vale salientar que a lei que dispuser sobre a autoridade ou agência reguladora independente para o setor de comunicação social eletrônica deverá: (a) definir claramente os objetivos regulatórios do órgão, entre outros, a promoção da pluralidade de veículos de mídia independentes e autônomos e a garantia do pluralismo político e da diversidade cultural no conteúdo difundido pelos veículos de mídia; (b) garantir, por meio de mecanismos institucionais, a participação e representação dos grupos atingidos pela regulação, sobretudo, de entidades representativas da sociedade civil organizada; e (c) conferir poderes para a colheita de informações e a investigação de situações de descumprimento de obrigações legais por parte dos veículos de mídia.

Capítulo 5 – Garantia do pluralismo interno: mecanismos jurídicos

Sem prejuízo de medidas voltadas à garantia do pluralismo externo ou estrutural na mídia, é fundamental a adoção de mecanismos destinados à promoção do

pluralismo de idéias e de correntes de pensamento e de opinião e da diversidade cultural nos veículos de comunicação social (pluralismo interno).

O pluralismo interno pode ser incentivado por meio da promoção da diversidade do conteúdo difundido nos meios de comunicação social e da garantia a terceiros de direitos de acesso aos veículos de mídia.

5.1 – Pluralismo do conteúdo

Na análise da experiência de outros países, encontramos mecanismos interessantes para o incremento da diversidade do conteúdo difundido nos meios de comunicação social. Trataremos a seguir de alguns desses mecanismos.

5.1.1 – Controle da programação das emissoras de radiodifusão

A promoção do pluralismo do conteúdo no rádio e na televisão aberta (radiodifusão) passa, por um lado, pelo estabelecimento de obrigações de difusão de determinados tipos de programas (programas infantis, telejornais, informações meteorológicas, filmes nacionais etc.), e, por outro lado, pela imposição do dever de imparcialidade e equilíbrio à emissora na apresentação de assuntos de interesse coletivo⁹⁵⁸.

Com relação à programação do rádio e da televisão aberta, a Constituição Federal, em seu art. 221, estabelece o seguinte:

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

⁹⁵⁸ Nesse sentido, afirma Gillian Doyle, “the approaches taken to promote plurality of content on broadcast media include imposing obligations to provide a diversity of types of programming and /or imposing a duty of impartiality on broadcasters (i.e. requiring a balance and diversity of viewpoints to be conveyed on all important issues)” (*Media ownership: the economics and politics of convergence and concentration in the UK and European media*, p. 28). Na mesma linha, Lesley Hitchens, ao tratar da regulação do conteúdo na radiodifusão, assevera que “in relation to a diversity goal, one would expect to see rules which aim to ensure that a range of programmes catering to different interests and needs are available, as well as rules which require a range of views and opinions to be presented” (*Broadcasting pluralism and diversity: a comparative study of policy and regulation*, p. 141).

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.

Embora consideremos a regulação do conteúdo da radiodifusão, em termos de oferecimento de determinados programas, como um aspecto importante da promoção do pluralismo, optamos por não tratar do tema neste trabalho em razão de já termos aprofundado a discussão de seus diferentes aspectos em nossa dissertação de mestrado⁹⁵⁹. Assim, neste trabalho, focaremos nossa atenção na questão da imparcialidade e do equilíbrio na divulgação de assuntos de interesse político, econômico e social.

Uma medida fundamental para a proteção do pluralismo interno na radiodifusão (rádio e televisão aberta) é a adoção de regras semelhantes às preconizadas pela *Fairness Doctrine* norte-americana. A *Fairness Doctrine* foi elaborada pela *Federal Communications Commission – FCC* (agência reguladora do setor de comunicações nos Estados Unidos) durante as décadas de 1930 e 1940 e assentava-se em dois pilares: (i) dedicação de parte razoável da programação para cobertura de fatos e questões de interesse coletivo e (ii) apresentação de pontos de vista contrastantes sobre tais fatos e questões⁹⁶⁰. Temos assim que uma faceta da *Fairness Doctrine* é a exigência de que as emissoras de televisão dediquem parte de sua programação para a transmissão de assuntos controvertidos de interesse para a coletividade. Essa exigência está associada à difusão de telejornais, programas de notícias e atualidades, entrevistas, debates e documentários sobre

⁹⁵⁹ Ver a propósito *Televisão no Brasil: A Constituição Federal de 1988 e o controle da programação televisiva*. Dissertação de mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (orientador: Enrique Ricardo Lewandowski), 2002. Sobre o tema, ver também Alexandre Ditzel Faraco: *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação – rádio, televisão e Internet*, pp. 224 e seguintes.

⁹⁶⁰ Donald M. Gillmor, Jerome A. Barron e Todd F. Simon esclarecem que “under the doctrine, broadcasters had two affirmative responsibilities. First, they had to devote a ‘reasonable’ amount of time to covering ‘controversial issues of public importance’ in their service areas – the ‘first prong’ of the doctrine. Second, once coverage of a controversial issue of public importance was opened, broadcasters had to provide a ‘reasonable opportunity’ for significant opposing viewpoints on such issues to be heard – the ‘second prong’ of the doctrine” (*Mass communication law: cases and comment*. 6ª ed. Belmont, CA: Wadsworth Publishing Co., 1998, p. 804).

assuntos de interesse coletivo. A outra faceta da *Fairness Doctrine* é a preocupação com a apresentação de diversos pontos de vista e opiniões sobre as questões de interesse coletivo e o equilíbrio no tratamento de cada um.

Vale ressaltar que, nos termos da *Fairness Doctrine*, a obrigação de apresentação e equilíbrio de tratamento dos diversos pontos de vista e opiniões aplica-se apenas aos programas que transmitem assuntos controvertidos de interesse para a coletividade, notadamente, telejornais e programas de entrevistas e debates⁹⁶¹. Não se cogita, portanto, da aplicação de regras de equilíbrio e imparcialidade para outros tipos de programas, como novelas, filmes, programas humorísticos, programas infantis, etc. A idéia de equilíbrio e imparcialidade no tratamento de informações e notícias, incorporada pela *Fairness Doctrine*, tem ligação muito estreita com o direito à informação. Como visto acima, o direito à informação, tal como consagrado no texto da Constituição Federal, assegura a todos os cidadãos a possibilidade de acesso a todos os fatos da atualidade e à diversidade de opiniões e pontos de vista sobre assuntos de interesse coletivo.

A *Fairness Doctrine* foi examinada pela Suprema Corte norte-americana no famoso caso *Red Lion Broadcasting Co. vs. FCC* (1969)⁹⁶². O caso envolvia uma espécie de pedido de resposta de um escritor para rebater ataques a ele feitos durante um programa de rádio transmitido pela emissora WGCB, da empresa Red Lion. A FCC entendeu que a emissora de rádio teria violado a *Fairness Doctrine* e que o escritor teria direito a um tempo de resposta. Inconformada com a decisão da FCC, a Red Lion recorreu ao Poder Judiciário e o caso chegou à Suprema Corte, que acolheu o direito de resposta, considerando como constitucional a *Fairness Doctrine*. A decisão da Suprema Corte fundamentou-se na escassez do espectro eletromagnético para justificar o direito de resposta. Segundo o entendimento da Suprema Corte, tendo em vista que o espectro eletromagnético é um bem natural e limitado, as emissoras de radiodifusão que recebem uma licença para explorar o espectro devem desenvolver suas atividades visando ao interesse coletivo. O *Justice White*, relator do voto vencedor, declarou que a *Fairness*

⁹⁶¹ Cumpre mencionar que alguns países, como o Reino Unido, proíbem as emissoras de radiodifusão de expressar sua posição própria sobre os assuntos de interesse coletivo em discussão (“editorial”). Outros países, como os Estados Unidos, admitem a manifestação de opinião editorial pelas emissoras de rádio e de televisão. A manifestação de opinião editorial pelo veículo de radiodifusão, se aceita, deve sempre zelar para que haja uma nítida separação entre a parte noticiosa dos programas – à qual regras semelhantes às da *Fairness Doctrine* seriam aplicáveis – e a parte editorial.

⁹⁶² *Red Lion Broadcasting Co. vs. FCC*, 395 U.S. 367, 89 S. CT. 1794, 23 L. ED. 2D 371 (1969).

Doctrine era legítima e que as autoridades públicas teriam o poder de exigir que as emissoras de radiodifusão fornecessem aos usuários uma cobertura equilibrada de assuntos controvertidos de interesse público^{963 964}.

A deontologia relativa à profissão de jornalista⁹⁶⁵ assume papel importante na promoção do pluralismo da informação e na garantia de equilíbrio e imparcialidade do tratamento das diversas correntes de pensamento e opinião sobre assuntos de interesse político e social⁹⁶⁶.

Para a garantia do pluralismo interno nos veículos de mídia, a lei poderia estabelecer um sistema de auto-regulação regulada, i.e. supervisionada pelo Poder Público, pelo qual seriam fixados legalmente princípios gerais relativos à apresentação de pontos de vista contrastantes sobre fatos e questões de interesse coletivo, permitindo-se que (i) regras de conduta mais específicas para os profissionais da mídia fossem definidas por intermédio de códigos de ética e de conduta elaborados pelos próprios profissionais, e (ii) fossem instituídos mecanismos internos de controle e fiscalização do pluralismo, veracidade, equilíbrio e honestidade da informação (tais como, por exemplo, *ombudsman*, comitê de ética ou conselho de redação). O Estado ficaria, em princípio, afastado da implementação e do controle da aplicação das regras de equilíbrio e imparcialidade; e somente atuaria se

⁹⁶³ Em conhecida passagem, o *Justice White* declara que “because of the scarcity of radio frequencies, the government is permitted to put restraints on licensees in favor of others whose views should be expressed on this unique medium. (...) It is the right of the viewers and listeners, not the right of the broadcasters, which is paramount. (...) It is the purpose of the First Amendment to preserve an uninhibited marketplace of ideas in which truth will ultimately prevail, rather than to countenance monopolization of the market, whether it be by the government itself or a private licensee”. Sobre a *Fairness Doctrine* ver Michael Botein: *Regulation of the electronic mass media: law and policy for radio, television, cable and the new video technologies*. 3ª ed. St. Paul, Minn: West Group, 1998, pp. 469 e seguintes.

⁹⁶⁴ Em 1985, a FCC divulgou um relatório (*In the matter of inquiry into section 73.1910 of the Commissions's rules and regulations concerning the general fairness doctrine obligations of broadcast licensees*) avaliando que a *Fairness Doctrine* não seria mais justificável tendo em vista a existência de uma multiplicidade de serviços de informação, os quais garantiriam a diversidade de opinião no *marketplace*. A *Fairness Doctrine* deixou de ser aplicada pela FCC em 1987.

⁹⁶⁵ Entende-se por deontologia profissional o conjunto de princípios éticos e regras de conduta, relativos ao exercício profissional, que os próprios profissionais criam para disciplinar o exercício de sua atividade.

⁹⁶⁶ A imposição de obrigações específicas à atividade jornalística é controversa. A carta de princípios sobre liberdade de expressão, conhecida por Declaração de Chapultepec, adotada pela Conferência hemisférica sobre liberdade de expressão realizada em Chapultepec (México), em 1994, embora reconheça a imparcialidade como um requisito para a credibilidade da imprensa, parece recusar a imposição de obrigações específicas aos jornalistas e aos veículos de comunicação. Nesse sentido, o item IX da Declaração afirma que “IX – A credibilidade da imprensa está ligada ao compromisso com a verdade, à busca de precisão, imparcialidade e equidade e à clara diferenciação entre as mensagens jornalísticas e as comerciais. A conquista desses fins e a observância desses valores éticos e profissionais não devem ser impostos. São responsabilidades exclusivas dos jornalistas e dos meios de comunicação. Em uma sociedade livre, a opinião pública premia ou castiga”.

os mecanismos de auto-regulação e controle interno não fossem instituídos ou fossem considerados ineficazes.

Em que pesem as dificuldades para o adequado controle de sua observância, pensamos que uma regra clara determinando o equilíbrio e a imparcialidade na apresentação de pontos de vista e opiniões contrastantes não seria desprezível para a promoção do pluralismo interno na programação das emissoras de rádio e de televisão aberta.

5.1.2 – Regionalização e divulgação da produção independente

A promoção do pluralismo interno, no tocante às emissoras de radiodifusão (rádio e televisão aberta), passa pelo incentivo à regionalização da programação e à abertura de espaço para a difusão de programas produzidos por produtores independentes.

A Constituição Federal, em seu art. 221, incisos II e III, determina que a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão deverão (i) promover a cultura nacional e regional e estimular a produção independente que objetive sua divulgação, e (ii) incentivar a regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei.

A regionalização da programação pode ser entendida como a abertura da grade de programação dos veículos de radiodifusão para programas criados e produzidos nas diferentes regiões brasileiras. É sabido que a produção audiovisual brasileira encontra-se concentrada no eixo Rio de Janeiro – São Paulo. A regionalização da programação procura contribuir para divulgação dos assuntos locais e regionais e das manifestações culturais típicas das diferentes regiões do Brasil. A regionalização busca não só divulgar as diferentes realidades sociais do Brasil, mas também permitir a expressão da diversidade cultural do povo brasileiro. Para tanto, o próprio texto constitucional previu a necessidade de definição de quotas de programas culturais, artísticos e jornalísticos de natureza regional. A lei ordinária, até hoje não editada, deveria especificar as regras gerais estabelecidas pelo texto constitucional.

Na Europa, observa-se uma preocupação não negligenciável com a difusão de obras audiovisuais europeias. A Convenção europeia sobre a televisão transfronteiras, de 05.05.1989, elaborada pelo Conselho da Europa, procura incentivar, ainda que de forma pouco objetiva e vinculante, a difusão de obras audiovisuais europeias. O texto da Convenção diz o seguinte: “cada Parte de transmissão zelará, sempre que tal se mostre exequível e por meios apropriados, para que os radiodifusores reservem às obras europeias uma percentagem majoritária do seu tempo de emissão, com exclusão do tempo consagrado aos serviços noticiosos, às manifestações desportivas, aos jogos, à publicidade ou aos serviços de teletexto” (art. 10, item 1). Da mesma forma, a Diretiva da União Europeia sobre serviços de comunicação social audiovisual (89/552/CEE), de 03.10.1989 (revisada em 30.06.1997 e em 11.12.2007), anteriormente denominada Diretiva sobre televisão sem fronteiras, estipula que “sempre que tal se revele exequível e através dos meios adequados, os Estados-membros velarão para que os organismos de radiodifusão televisiva reservem a obras comunitárias uma percentagem majoritária do seu tempo de antena, excluindo o tempo consagrado aos noticiários, a manifestações desportivas, jogos, publicidade, serviços de teletexto ou televenda” (art. 4, item 1)⁹⁶⁷.

A Constituição Federal de 1988 reconhece que a cadeia produtiva da radiodifusão, notadamente da televisão, é marcada por forte concentração vertical, o que significa que a maioria dos programas veiculados pelas emissoras brasileiras são produzidos por elas mesmas. Em outras palavras, as emissoras de televisão brasileiras produzem quase tudo que exibem. O incentivo à divulgação da produção independente busca promover a diversidade política e cultural do conteúdo transmitido pelo veículo de comunicação social.

Verificamos que regras visando a interferir na estrutura vertical de fornecimento das emissoras de televisão para favorecer o pluralismo podem ser encontradas em diferentes países.

⁹⁶⁷ Em linha com a política europeia de valorização de obras audiovisuais produzidas no continente, a França procurou adotar mecanismos de promoção da cultura nacional na radiodifusão. A legislação francesa sobre audiovisual impõe quotas de produção e de difusão de obras cinematográficas e audiovisuais europeias e de obras cinematográficas e audiovisuais faladas originalmente em francês. Além disso, a lei francesa também estabelece para o rádio quotas de difusão de canções francesas.

Nos Estados Unidos, por exemplo, durante muito tempo vigoravam as chamadas regras “Fin-Syn” (*Financial Interest and Syndication*). Tais regras estabeleciam limitações à integração vertical entre as redes nacionais de televisão (naquela época, ABC, NBC e CBS) e os produtores de conteúdo audiovisual localizados notadamente em Hollywood. De acordo com as regras “Fin-Syn”, as redes de televisão aberta não podiam controlar as empresas produtoras de programas de televisão⁹⁶⁸. As regras “Fin-Syn” foram abandonadas em 1993. A partir de então, as redes nacionais de televisão ficaram liberadas para difundir programas por elas produzidos e adquirir empresas produtoras de conteúdo audiovisual. Revogadas as regras “Fin-Syn”, o movimento de integração vertical no setor foi inevitável.

No continente europeu, por outro lado, a Diretiva da União Européia sobre serviços de comunicação social audiovisual (89/552/CEE) procura incentivar a difusão de obras audiovisuais de produtores independentes. Segundo a Diretiva, “sempre que tal se revele exequível e através de meios adequados, os Estados-membros velarão para que os organismos de radiodifusão televisiva reservem pelo menos 10% do seu tempo de antena, com exclusão do tempo consagrado aos noticiários, manifestações desportivas, jogos, publicidade, serviços de teletexto ou televenda, ou em alternativa, à escolha do Estado-membro, pelo menos 10% do seu orçamento de programação a obras européias provenientes de produtores independentes dos organismos de radiodifusão televisiva” (art. 5º).

Adicionalmente, para promover a regionalização da produção e programação da televisão aberta, importante medida regulatória seria restringir a abrangência dos contratos de afiliação.

No Brasil, as redes de televisão aberta (Globo, SBT, Record, Rede TV! e Bandeirantes) são formadas por emissoras próprias, por retransmissoras e por emissoras afiliadas⁹⁶⁹. A base das redes nacionais de televisão é composta por emissoras cabeças-de-

⁹⁶⁸ Cf. Michael Botein: *Regulation of the electronic mass media: law and policy for radio, television, cable and the new video technologies*, pp. 255 e seguintes.

⁹⁶⁹ Ao tratar dos benefícios e problemas gerados pelas redes de televisão, Lesley Hitchens explica que “networking enables economies of scale to be enjoyed, but it can also provide regional, local, and small broadcasters with the opportunity to provide a much greater range of programming, much of which they would be unable to afford to produce themselves. Typically, broadcasting networks will be made up of commonly owned broadcasting companies, or companies linked through contractual arrangements, or,

rede de propriedade ou controladas pelos grandes grupos nacionais de comunicação. As emissoras cabeças-de-rede são concessões outorgadas pela União. As emissoras cabeças-de-rede, controladas ou de propriedade dos grandes grupos nacionais de comunicação, normalmente se localizam nas grandes capitais brasileiras (São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Porto Alegre, Brasília, Recife etc.). Adicionalmente, contribuem para a formação das redes nacionais de televisão um número variável de retransmissoras. *Last but not least*, as redes nacionais de televisão são formadas por arranjos contratuais entre os grandes grupos nacionais de comunicação e emissoras cabeças-de-rede locais ou pertencentes a grupos regionais de comunicação. Esses arranjos contratuais são normalmente designados por “contratos de afiliação”. Como explicado anteriormente, pelo contrato de afiliação, a rede nacional de televisão fornece à emissora afiliada sua programação (novelas, telejornais, *shows* de variedades, filmes, eventos esportivos etc.), em troca do direito de explorar com exclusividade a publicidade no plano nacional. A emissora afiliada fica proibida de difundir programas de outras redes de televisão.

Para contrabalançar o poder econômico das redes nacionais de televisão e evitar a homogeneização da programação, a lei deveria (i) limitar o prazo máximo de validade dos contratos de afiliação (a cinco anos, por exemplo) – o que permitiria a renegociação regular de suas cláusulas e condições; (ii) ampliar a possibilidade das emissoras afiliadas recusarem programas impostos pela rede ou estabelecer um limite para a quantidade de programas provenientes da emissora “cabeça-de-rede” que as emissoras afiliadas estariam obrigadas a difundir (75% por exemplo) – o que permitiria que as emissoras afiliadas difundissem programas produzidos internamente ou por produtores independentes; e (iii) limitar a veiculação pela emissora afiliada de programas fornecidos pela rede no horário nobre (entre 18:00 e 22:00 horas)⁹⁷⁰ – o que incentivaria o

frequently, a mix of both. However, the advantages of networking have to be tempered by the risks inherent in such arrangements. Whilst networking can provide audiences with access to a greater range of programming, there is also a risk that, in the long term, networking arrangements could restrict choice. If a network becomes too large, having achieved significant economies of scale, it may be difficult for other programme producers to enter the market. A lack of competition and competitive incentive may jeopardize diversity in programming, and commitment to new and different types of programming. Networking arrangements might also mean that the regional and smaller broadcasters have reduced control over their broadcasting schedules and programme offerings. Another reason for concern over networking arrangements is that they may be used as a means of circumventing ownership restrictions” (*Broadcasting pluralism and diversity: a comparative study of policy and regulation*. Oxford: Hart Publishing, 2006, pp. 241-242).

⁹⁷⁰ Nos Estados Unidos, restrição semelhante, denominada *prime-time access rule* era imposta às redes nacionais de televisão. Segundo Lesley Hitchens “the prime-time access rule, which was repealed by the FCC in 1995 (effective 1996), applied only to the largest markets, and restricted the number of hours which could be given to networked programmes during evening prime-time periods by network-affiliated television

desenvolvimento de programas próprios ou a aquisição de programas produzidos por produtores independentes, para a difusão no horário de maior audiência – e, portanto, de maior retorno financeiro em função de anúncios publicitários⁹⁷¹.

5.1.3 – Obrigações decorrentes do controle da audiência na televisão

Para a promoção do pluralismo interno na televisão aberta, deve-se considerar a alternativa da estipulação de obrigações visando à promoção do pluralismo quando a audiência efetiva da emissora atingir um determinado percentual da audiência total. A idéia é aumentar as obrigações da emissora de televisão aberta na medida em que aumenta a audiência de seus programas. Isso porque o aumento da audiência efetiva dos programas significa maior capacidade da emissora de controlar o debate na esfera pública e influenciar a opinião pública. Verificamos que mecanismo regulatório semelhante existe na Alemanha.

A regulação da concentração dos meios de comunicação na Alemanha é feita essencialmente pelo *Rundfunkstaatsvertrag*, revisado em 1997⁹⁷². Esse tratado sobre radiodifusão celebrado entre os Estados alemães (*Länder*) estabelece como limite de concentração para as emissoras privadas de televisão o percentual de 30% da audiência nacional, apurado no período de um ano. Assim, um grupo econômico pode possuir um número ilimitado de canais desde que ele não detenha mais de 30% da audiência ou uma situação similar ou equivalente. Caso isso ocorra, a legislação alemã pressupõe que há uma situação de “controle de opinião”, contrária ao princípio que assegura o pluralismo e a diversidade de pontos de vista nos meios de comunicação⁹⁷³. Ademais, a partir do patamar

broadcasters. It had developed out of concerns that the networks' domination of prime-time viewing period strengthened their domination of the programme production market, and control over much of the television content received by the public" (*Broadcasting pluralism and diversity: a comparative study of policy and regulation*, p. 244).

⁹⁷¹ Para uma discussão de limites à concentração vertical na mídia, ver Alexandre Ditzel Faraco: *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação – rádio, televisão e Internet*, pp. 161 e seguintes.

⁹⁷² Para uma visão do processo que levou à adoção de novas regras de concentração na Alemanha, ver Peter Humphreys e Matthias Lang: "Pluralism and German broadcasting: the symbolic re-regulation of German media ownership". European Policy Research Unit - Manchester papers in politics nº 4/98. Manchester: Department of Government, University of Manchester, [1998].

⁹⁷³ Ver sobre o tema Bettina Häussermann e Alexander Scheuer: *La télévision et la concentration des médias : modèles de réglementation aux niveaux national et européen*. Estrasburgo : Observatoire européen de l'audiovisuel (IRIS Spécial), 2001, pp. 7-19, e Alexandre Ditzel Faraco: "Difusão do conhecimento e desenvolvimento: a regulação do setor de radiodifusão". In: Calixto Salomão Filho (coord.): *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, pp. 112 e seguintes.

de 10% da audiência, a legislação alemã sobre radiodifusão impõe certas obrigações às emissoras, sendo a principal o dever de ceder uma parcela do tempo de transmissão a produtores independentes.

Por outro lado, a originalidade do sistema alemão de controle da concentração dos meios de comunicação reside principalmente na criação, em maio de 1997, de uma comissão específica para exame da concentração nos meios de comunicação, chamada de *Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich* (KEK).

Constatada uma situação de concentração nos meios de comunicação, caracterizada pelo “controle de opinião”, a KEK inicia um processo de negociação com a emissora faltosa para que essa adote voluntariamente uma das medidas definidas em lei, ou proponha outras, para remediar a situação de concentração. Entre as medidas estabelecidas na legislação alemã para combater a existência de uma situação de “controle de opinião” estão: (i) vedação de aquisição de nova licença para transmissão de programas ou de autorização para aquisição de participação em outras emissoras; (ii) venda da participação em outras emissoras em quantidade suficiente para que seja respeitado o limite de 30% da audiência; (iii) cessão de parte do espaço de transmissão para programas de produtores independentes; ou (iv) criação de um conselho interno de programação com o objetivo de preservar o pluralismo e a diversidade de opinião. Caso não se chegue a um acordo e a emissora faltosa não aceite as propostas da KEK ou ocorra o descumprimento do acordado, a licença de emissão pode até ser cassada.

A tabela abaixo retrata a audiência nacional das maiores redes brasileiras de televisão aberta e mostra que, se os critérios da legislação alemã fossem aplicados no Brasil, estaríamos diante de uma situação de “controle de opinião” há bastante tempo.

Tabela 9 – Audiência nacional das maiores redes brasileiras das 7 às 24 h⁹⁷⁴

Indicadores	Globo	SBT	Record	Bandeirantes	RedeTV! (1)	CNT	Outras
1995	65	20	3	5	5	1	3
1996	62	17	4	6	4	2	4
1997	56	23	6	6	4	2	3
1998	58	21	10	5	2	1	3
1999	53	25	11	5	2	2	2
2000	54	23	8	4	2	--	8
2001	49	24	9	5	3	--	11
2002	52	21	7	5	3	--	11
2003	55	20	8	5	3	--	9

(1) Até meados de 1999, a RedeTV! chamava-se Manchete e era controlada pela família Bloch.

(2) O percentual da CNT, a partir de 2000, foi agregado ao indicador “outras”.

Esclareça-se que não se trata de limitar a audiência que uma emissora de rádio ou televisão pode atingir. A proposta não envolve o estabelecimento de um teto de audiência (*audience percentage cap*), acima do qual as emissoras de radiodifusão ficariam impedidas de conquistar audiência adicional. Não parece ser razoável proibir o crescimento interno de uma emissora de radiodifusão, realizado em função da qualidade ou da popularidade de seus programas. Visto por outro ângulo, o estabelecimento de tetos de audiência discriminaria entre telespectadores, permitindo que alguns tivessem acesso a determinada programação – aqueles telespectadores enquadrados até o teto de audiência – e outros não – telespectadores adicionais⁹⁷⁵.

5.1.4 – Estatuto editorial

Na esteira da preocupação com a imparcialidade e o equilíbrio da apresentação do conteúdo veiculado pelos meios de comunicação social, é interessante

⁹⁷⁴ O quadro é de autoria de César Ricardo Siqueira Bolaño e Valério Cruz Brittos: “A economia política do mercado brasileiro de televisão”. In André Barbosa Filho, Cosette Castro e Takashi Tome (org.): *Mídias digitais: convergência tecnológica e inclusão social*. São Paulo: Paulinas, 2005, p. 103. Fontes: Grupo de Mídia de São Paulo. *Mídia dados 1998*. São Paulo, 1998, p. 86; Grupo de Mídia de São Paulo. *Mídia dados 2000*. São Paulo, 2000, p. 115; Grupo de Mídia de São Paulo. *Mídia dados 2004*. São Paulo, 2004, p. 159; autores.

⁹⁷⁵ Sobre o assunto, afirma C. Edwin Baker: “the audience cap directly and purposefully limits some audience member’s access to protected speech. It bars some potential audience members from receiving (because the media entity is prohibited from providing) communications after too many other have received it. Because audience rights are basic in interpreting the press clause, this purposeful restriction on audience

considerar a adoção pelos veículos de comunicação social de um *estatuto editorial* composto por regras que promovam a autonomia editorial e a independência da redação ou dos profissionais responsáveis pela programação vis-à-vis dos proprietários ou controladores do veículo de mídia⁹⁷⁶.

A figura do *estatuto editorial* foi adotada em países como Portugal, Noruega e Holanda⁹⁷⁷. Pelos laços históricos com o Brasil, a experiência portuguesa merece ser vista com mais atenção.

Em Portugal, a lei estabelece a obrigatoriedade de elaboração de um *estatuto editorial* para os jornais e empresas prestadoras de serviços de televisão. A Lei nº 2/99 (Lei da Imprensa) estabelece que, nas publicações periódicas com mais de cinco jornalistas, estes deverão eleger um Conselho de Redação, por escrutínio secreto e segundo regulamento por eles aprovado. As competências do Conselho de Redação são definidas em lei e abrangem, entre outras, a de pronunciar-se sobre a designação ou demissão, pela entidade proprietária do periódico, do diretor de redação; dar parecer sobre a elaboração e as alterações ao estatuto editorial; e pronunciar-se sobre todos os setores da vida e da orgânica da publicação que se relacionem com o exercício da atividade dos jornalistas (art. 23). Ademais, a Lei da Imprensa determina que as publicações periódicas informativas devem adotar um *estatuto editorial* que defina claramente a sua orientação e os seus objetivos e inclua o compromisso de assegurar o respeito pelos princípios deontológicos e pela ética profissional dos jornalistas, assim como pela boa-fé dos leitores. O estatuto editorial deve ser elaborado pelo diretor de redação e, após parecer do Conselho de Redação, submetido à ratificação da entidade proprietária do periódico. O estatuto editorial deve ser inserido na primeira página do primeiro número da publicação, bem como publicado, em cada ano civil, conjuntamente com o relatório e contas da entidade proprietária (art. 17).

access is a constitutionally impermissible means to pursue even legitimate objectives” (*Media concentration and democracy: why ownership matters*, pp. 167-168).

⁹⁷⁶ A adoção de *estatutos editoriais* para a proteção da liberdade e da independência editorial é defendida pelos sindicatos europeus de jornalistas ligados à Federação Internacional dos Jornalistas. Ver a propósito “Um programa de ação para a mídia na Europa”. *Comunicação e Política*, vol. III, nº 1, nova série, jan./abr. 1996, p. 202.

⁹⁷⁷ Ver a propósito Peter J. Humphreys: *Mass media and media policy in Western Europe*. Manchester/Nova Iorque: Manchester University Press, 1996, pp. 108-110; e Daniel C. Hallin e Paolo Mancini: *Comparing media systems: three models of media and politics*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2004, p. 175.

Com disposições semelhantes, a Lei nº 27/2007, que disciplina o acesso e exercício da atividade de televisão (Lei da Televisão), determina que, nos serviços de programas televisivos com mais de cinco jornalistas, deve ser constituído um Conselho de Redação (art. 38). Referido diploma legal estabelece também que cada serviço de programas televisivos deve adotar um *estatuto editorial* que defina clara e detalhadamente, com caráter vinculativo, a sua orientação e objetivos e inclua o compromisso de respeitar os direitos dos telespectadores, bem como os princípios deontológicos dos jornalistas e a ética profissional. O estatuto editorial deve ser elaborado pelo diretor responsável pela informação, ouvido o Conselho de Redação, e fica sujeito à aprovação pela administração da empresa de comunicação. O estatuto editorial dos serviços de programas televisivos deve ser disponibilizado em suporte adequado ao seu conhecimento pelo público (art. 36)⁹⁷⁸.

A preocupação com a proteção do pluralismo da informação recomenda que seja instituída no Brasil a figura do *estatuto editorial* para jornais e emissoras de rádio e televisão aberta, conforme o exemplo português. O *estatuto editorial* poderia prever, por exemplo, regras sobre os seguintes tópicos:

- A constituição de um Conselho de Redação e/ou de Programação, formado por pessoas eleitas pelos jornalistas ou profissionais de comunicação da empresa de mídia.
- A garantia de autonomia do Conselho de Redação e/ou de Programação vis-à-vis dos proprietários ou controladores do veículo de mídia.

⁹⁷⁸ É interessante mencionar também que, na Alemanha, a legislação que trata da concentração econômica na televisão (*Rundfunkstaatsvertrag*) estabeleceu que, diante de uma situação de “controle de opinião”, uma das medidas que podem ser adotadas pela KEK para promover o pluralismo é a criação de um comitê de programação (*Programmbeirats*). Alexandre Ditzel Faraco explica que “cabe a este órgão um papel de aconselhamento dos órgãos de administração da empresa, em especial aqueles responsáveis pelas decisões quanto ao conteúdo da programação, e aos sócios da respectiva sociedade. A efetividade de sua influência sobre a programação deverá ser garantida por meio de disposições contratuais ou estatutárias” (“Difusão do conhecimento e desenvolvimento: a regulação do setor de radiodifusão”. In: Calixto Salomão Filho (coord.): *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 120).

- A competência do Conselho de Redação e/ou de Programação para decidir sobre a orientação editorial ou de programação do veículo de mídia.
- A definição de assuntos e matérias para as quais o Conselho de Redação e/ou de Programação teria independência para tomar decisões, deveria ser ouvido antes da decisão, ou ter um direito de veto.
- A proibição de demissão de jornalistas e profissionais de comunicação, exceto por justa causa ou com concordância do Conselho de Redação e/ou de Programação.
- A obrigatoriedade de fornecimento, pela administração e sócios ou acionistas do veículo de comunicação, ao Conselho de Redação e/ou de Programação, de ampla informação sobre assuntos jornalísticos e/ou relacionados à redação e à programação.

Para assegurar a efetividade do *estatuto editorial*, seria importante que suas regras fizessem parte dos atos societários das empresas de comunicação social (Estatuto Social, no caso de sociedades anônimas, ou Contrato Social, no caso de sociedades limitadas) ou fossem definidas por lei.

Embora a imprensa seja uma atividade tradicionalmente pouco regulada se comparada com outras atividades de comunicação social, como a televisão e o rádio, o fato de existir apenas um jornal na imensa maioria das cidades brasileiras justifica a preocupação com a garantia do pluralismo interno. A adoção de *estatutos editoriais* – na medida em que protege a redação e a atividade jornalística da pressão dos administradores e dos sócios ou acionistas da empresa – transfere, em grande medida, para o campo da deontologia profissional dos jornalistas a responsabilidade de proteção do pluralismo de pontos de vista e da diversidade de correntes de pensamento e de opinião.

5.2 – Direitos de acesso aos veículos de mídia

Completando as medidas para a promoção do pluralismo interno (pluralismo de opiniões e diversidade cultural) advogamos a adoção ou garantia de direitos de acesso de terceiros aos veículos de comunicação social conforme especificado nos subitens abaixo.

5.2.1 – Direito de resposta coletivo

A Constituição de 1988 consagrou no art. 5º, inc. V, o direito de resposta nos seguintes termos:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

O direito de resposta consiste na possibilidade de uma pessoa expressar suas explicações ou seu ponto de vista em reação a certas informações ou afirmações anteriormente publicadas ou difundidas por um veículo de comunicação social⁹⁷⁹. No direito brasileiro, o direito de resposta é regulado pela Lei nº 5.250, de 09.01.1967, conhecida como Lei de Imprensa⁹⁸⁰. Os artigos 29 e 30 de referido diploma legal dispõem o seguinte:

Art. 29. Toda pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade pública, que for acusado ou ofendido em publicação feita em jornal ou periódico, ou em transmissão de radiodifusão, ou a cujo respeito os meios de

⁹⁷⁹ Sobre o direito de resposta, ver Antonio Carlos Mendes: *Direito de resposta e retificação na comunicação social*. Tese de doutorado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (orientador: Michel Temer), 1999.

⁹⁸⁰ No tocante aos veículos de radiodifusão, são também aplicáveis as regras sobre direito de resposta previstas no Regulamento dos Serviços de Radiodifusão, aprovado pelo Decreto nº 52.795, de 30.10.1963.

informação e divulgação veicularem fato inverídico ou, errôneo, tem direito a resposta ou retificação.

§ 1º A resposta ou retificação pode ser formulada:

- a) pela própria pessoa ou seu representante legal;*
- b) pelo cônjuge, ascendente, descendente e irmão, se o atingido está ausente do País, se a divulgação é contra pessoa morta, ou se a pessoa visada faleceu depois da ofensa recebida, mas antes de decorrido o prazo de decadência do direito de resposta.*

(...)

Art . 30. O direito de resposta consiste:

I - na publicação da resposta ou retificação do ofendido, no mesmo jornal ou periódico, no mesmo lugar, em caracteres tipográficos idênticos ao escrito que lhe deu causa, e em edição e dia normais;

II - na transmissão da resposta ou retificação escrita do ofendido, na mesma emissora e no mesmo programa e horário em que foi divulgada a transmissão que lhe deu causa; ou

III - a transmissão da resposta ou da retificação do ofendido, pela agência de notícias, a todos os meios de informação e divulgação a que foi transmitida a notícia que lhe deu causa.

(...)

A leitura desses dispositivos permite aferir que a regulação legal configurou o direito de resposta e retificação como um direito individual voltado para a defesa da verdade e da honra individual. Para a promoção do pluralismo no setor de mídia, no entanto, é importante afirmar doutrinária e jurisprudencialmente a existência em todos os meios de comunicação social de um direito de resposta coletivo, destinado à defesa de direitos coletivos e difusos.

Embora reconheça que o direito de resposta está tradicionalmente atrelado à defesa da verdade e da honra individual, Fábio Konder Comparato propõe “estender a utilização desse mecanismo jurídico também à defesa dos direitos coletivos e

difusos”⁹⁸¹. Na mesma linha, Sérgio Gardenghi Suiama assevera que “a concepção subjetivista tradicional do direito de resposta como garantia do direito à honra é incompatível com a extensão da norma contida no art. 5º, inciso V, de nossa Carta Política”⁹⁸². A partir da crítica a uma visão subjetivista do direito de resposta, Sérgio Gardenghi Suiama sustenta que “a Constituição da República ao prever em seu art. 5º, inciso V, o direito de resposta, não estabeleceu restrição alguma à possibilidade da garantia ser exercida coletivamente, quando a ofensa causar dano a direitos ou interesses metaindividuais”⁹⁸³.

Deve-se mencionar ainda a opinião de Gustavo Binbenbojm, que entende que “o direito de resposta não pode ser compreendido no Brasil como direito puramente individual, nem tampouco como exceção à autonomia editorial dos órgãos de imprensa. De fato, além de um conteúdo tipicamente defensivo da honra e da imagem das pessoas, o direito de resposta cumpre também uma missão informativa e democrática, na medida em que permite o esclarecimento do público sobre os fatos e questões do interesse de toda a sociedade. Assim, o exercício do direito de resposta não deve estar necessariamente limitado à prática de algum ato ilícito penal ou civil pela empresa de comunicação, mas deve ser elástico para abarcar uma gama mais ampla de situações que envolvam fatos de interesse público”⁹⁸⁴.

Além da ampliação da titularidade do direito de resposta, merece ser estendido o seu conteúdo, como propugnado por Gustavo Binbenbojm. Não se justifica a utilização do direito de resposta apenas para a defesa da honra e da imagem das pessoas. Noemi Mendes Siqueira Ferrigolo sustenta, a propósito, que “no caso brasileiro, (...) o

⁹⁸¹ “Controle público e social dos meios de comunicação”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 128, out./dez. 2002, p. 32. Segundo Comparato, “a legitimação para o exercício desse direito coletivo de retificação deveria caber, analogamente ao previsto na Lei 8.078, de 1990: 1) ao Ministério Público; 2) a órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que despidos de personalidade jurídica, quando especificamente criados para a defesa de interesses difusos ou coletivos; 3) a organizações não-governamentais, existentes sob a forma de associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre suas finalidades estatutárias a defesa desses interesses” (*Ibidem*, p. 32).

⁹⁸² “A voz do dono e o dono da voz: o direito de resposta coletivo nos meios de comunicação social”. *Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União*, vol. 1, nº 5, out./dez. 2002, p. 113.

⁹⁸³ “A voz do dono e o dono da voz: o direito de resposta coletivo nos meios de comunicação social”. *Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União*, v. 1, nº 5, out./dez. 2002, p. 120. Dessa forma, afirma o autor que “o pedido de resposta coletivo poderá ser formulado por quaisquer dos legitimados indicados no art. 5º da Lei 7.347 e no art. 82 da Lei 8.078/90, e obedecerá, no mais, ao procedimento regulado nos arts. 29 a 36 da Lei de Imprensa (Lei 5.250/67)” (*Ibidem*, p. 120).

direito de resposta é amplo, não se limitando a corrigir fatos ou informações erradas. Implica também responder a um juízo de valores, isto é o direito do contraditório, da defesa e da ampla informação, além do que contribui para o enriquecimento da consciência popular”⁹⁸⁵.

Na mesma ordem de idéias, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, afirma que “é primordial que se abandone a concepção do direito de resposta que o configura, apenas, como uma ação de reparação de dano, ou como um instituto afim à legítima defesa. Ele é tudo isso, mas deve ser mais que isso. Ele deve ser deslocado do particular, ofendido pessoalmente, titular de um direito à indenização, para a sociedade, credora de uma informação verdadeira, imparcial e autêntica. Aceita a concepção, forçoso é admitir que o direito de resposta, integrante do direito de informação, é também um direito difuso, que pode ser exercido por qualquer legitimado com o fim de preservar a verdade de um fato”⁹⁸⁶.

Com amparo no princípio do pluralismo da informação, que deve reger a atividade dos meios de comunicação social, parece razoável sustentar que o direito de resposta deve abranger também o esclarecimento sobre fatos e questões de interesse coletivo. Nesse sentido, o direito de resposta serviria para a contraposição não só de fatos, mas também de idéias e opiniões (juízos de valor). Essa interpretação é a mais compatível com o debate livre de idéias e com o direito da população de ser informada.

5.2.2 – Direito de antena amplo

Para a promoção do pluralismo interno nos meios de comunicação social, uma medida importante é a positivação de um direito de antena amplo na radiodifusão (rádio e televisão aberta)⁹⁸⁷.

⁹⁸⁴ “Meios de comunicação de massa: pluralismo e democracia deliberativa; as liberdades de expressão e de imprensa nos EEUU e no Brasil”. *Revista da EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 6, nº 23, 2003, p. 375.

⁹⁸⁵ *Liberdade de expressão: direito na sociedade da informação: mídia, globalização e regulação*. São Paulo: Editora Pillares, 2005, p. 155.

⁹⁸⁶ : *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 75.

⁹⁸⁷ No mesmo sentido, ver Fábio Konder Comparato: “Controle público e social dos meios de comunicação”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 128, out./dez. 2002, pp. 31-32.

O direito de antena pode ser definido como a abertura de um determinado veículo de comunicação social, normalmente as emissoras de radiodifusão, às grandes correntes políticas e de pensamento existentes na sociedade⁹⁸⁸.

A Constituição Federal de 1988 foi tímida ao tratar do “direito de antena”, visto que consagrou apenas o acesso de partidos políticos ao rádio e à televisão aberta, por força de seu artigo 17, § 3º (*verbis*: “os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei”). A promoção do pluralismo interno exige que seja considerada a ampliação do direito de antena às organizações representativas das grandes correntes de pensamento e de opinião existentes na sociedade brasileira.

A Constituição Portuguesa de 1974 e a Constituição Espanhola de 1978 adotaram o chamado “direito de antena”, pelo qual se confere legitimidade a determinadas entidades (partidos políticos, sindicatos e outras organizações sociais) para utilizar os meios de comunicação de massa para livre manifestação de suas opiniões e idéias. A Constituição Espanhola, em seu artigo 20, item 3, determina que “a lei regulará a organização e o controle parlamentar dos meios de comunicação social dependentes do Estado ou de qualquer ente público e assegurará o acesso a estes meios aos grupos sociais e políticos significativos, respeitando-se o pluralismo da sociedade e as diversas línguas da Espanha”⁹⁸⁹.

A seu turno, a Constituição Portuguesa, em seu art. 40, estabelece que “os partidos políticos e as organizações sindicais, profissionais e representativas das atividades econômicas, bem como outras organizações sociais de âmbito nacional, têm direito, de acordo com a sua relevância e representatividade e segundo critérios objectivos a definir por lei, a tempos de antena no serviço público de rádio e de televisão”. A regulamentação do direito de antena em Portugal é feita pela Lei nº 27/2007, que disciplina

⁹⁸⁸ De acordo com Pinto Ferreira, o “direito de antena” consiste na “prerrogativa de utilização gratuita de determinado espaço pelo rádio, televisão, imprensa ou outros meios de comunicação, de modo proporcional, sobretudo pelos partidos políticos, e ainda, em certos casos, por organizações sindicais e outras entidades representativas da sociedade, para que possam expor seu pensamento” (*Comentários à Constituição Brasileira*. 7º Vol. Arts. 193 a 245. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 249).

⁹⁸⁹ No original : “La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España”.

o acesso e exercício da atividade de televisão (Lei da Televisão). Segundo o art. 59 de referido diploma legal, aos partidos políticos, ao Governo, às organizações sindicais, às organizações profissionais e representativas das atividades econômicas e às associações de defesa do meio ambiente e do consumidor é garantido o direito a tempo de antena no serviço público de televisão. As referidas entidades têm direito, gratuita e anualmente, aos seguintes tempos de antena: (a) 10 minutos por partido representado na Assembléia da República, acrescidos de 30 segundos por cada deputado eleito; (b) 5 minutos por partido não representado na Assembléia da República com participação nas mais recentes eleições legislativas, acrescidos de 30 segundos por cada 15.000 votos nelas obtidos; (c) 60 minutos para o Governo e 60 minutos para os partidos representados na Assembléia da República que não façam parte do Governo, a ratear segundo a sua representatividade; (d) 90 minutos para as organizações sindicais, 90 minutos para as organizações profissionais e representativas das atividades econômicas e 50 minutos para as associações de defesa do meio ambiente, do consumidor e dos direitos humanos, a ratear de acordo com a sua representatividade; (e) 15 minutos para outras entidades que tenham direito de antena atribuído por lei. A Lei da Televisão determina ainda que os tempos de antena são emitidos no serviço de programas televisivo de cobertura nacional de maior audiência imediatamente antes ou após o principal jornal nacional difundido entre as 19:00 e as 22:00 horas (art. 61).

O direito de antena deveria, portanto, ser estendido às organizações nacionais representativas das principais correntes políticas – não apenas aos partidos políticos –, sindicais e profissionais da sociedade brasileira.

5.2.3 – Extensão de regras de must-carry para todas as televisões por assinatura

Um aspecto importante para a promoção do pluralismo nos serviços de televisão por assinatura é o estabelecimento de regras de *must-carry* para as operadoras do serviço.

As regras de *must-carry* impõem a obrigação da operadora de televisão por assinatura de difundir determinados canais de televisão julgados importantes pelo

legislador⁹⁹⁰. Por outro lado, as regras de *must-carry* permitem que os usuários dos serviços de televisão por assinatura recebam outros canais de televisão – e, portanto, maior pluralidade de fontes de informação e diversidade cultural – e não apenas aqueles selecionados pela prestadora do serviço⁹⁹¹. As regras de *must-carry* procuram restringir a integração vertical entre operadora e programadoras de televisão por assinatura. A idéia por trás do sistema de *must-carry* é a de que parte dos canais de um serviço de televisão por assinatura deve ser programada por empresas ou entidades não controladas ou coligadas à operadora de televisão por assinatura.

No Brasil, a legislação que trata do serviço de televisão por assinatura via cabo (Lei nº 8.977, de 06.01.1995– Lei da TV a cabo⁹⁹²) determina que a operadora de TV a cabo, na sua área de prestação do serviço, deverá tornar disponíveis canais, de utilização gratuita, para a distribuição obrigatória, integral e simultânea, sem inserção de qualquer informação:

- (i) da programação das emissoras geradoras locais de radiodifusão de sons e imagens, em VHF e UHF, abertos e não codificados;
- (ii) de um canal legislativo municipal/estadual, reservado para o uso compartilhado entre as Câmaras de Vereadores localizadas nos municípios da área de prestação do serviço e a Assembléia Legislativa do respectivo Estado, sendo o canal voltado para a documentação dos trabalhos parlamentares, especialmente a transmissão ao vivo das sessões;
- (iii) de um canal reservado para a Câmara dos Deputados e para o Senado Federal, para documentação dos trabalhos, especialmente a transmissão ao vivo das sessões;

⁹⁹⁰ Esclarece Lesley Hitchens que “must-carry provisions are a recognition that some services or channels may be so important that they should not be dependent upon being able to negotiate term of access” (*Broadcasting pluralism and diversity: a comparative study of policy and regulation*. Oxford: Hart Publishing, 2006, p. 235).

⁹⁹¹ Para uma análise do emprego do instituto do *must carry* no cenário internacional, ver Octavio Penna Peiranti e Susana Festner dos Santos: *Estudo comparativo de regras de must carry na TV por assinatura*. Brasília, 2008. Disponível no sítio da Internet: <http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalInternet.do#>, acessado em 02.12.2008.

⁹⁹² A Lei nº 8.977, de 1995, foi regulamentada pelo Decreto nº 2.206, de 14.04.1997.

- (iv) de um canal universitário, reservado para uso compartilhado entre as universidades localizadas no município ou municípios da área de prestação do serviço;
- (v) de um canal educativo-cultural reservado para a utilização pelos órgãos que tratam de educação e cultura no governo federal e nos governos estadual e municipal com jurisdição sobre a área de prestação do serviço;
- (vi) de um canal comunitário aberto para a utilização livre por entidades não governamentais e sem fins lucrativos;
- (vii) de um canal exclusivo de programação composta por obras cinematográficas e audiovisuais brasileiras de produção independente⁹⁹³; e
- (viii) de um canal reservado ao Supremo Tribunal Federal, para a divulgação dos atos do Poder Judiciário e dos serviços essenciais à Justiça⁹⁹⁴.

A Lei nº 11.652, de 07.04.2008, que institui os princípios e objetivos dos serviços de radiodifusão pública explorados pelo Poder Executivo ou outorgados a entidades de sua administração indireta e autorizou o Poder Executivo a constituir a Empresa Brasil de Comunicação – EBC, acrescentou à regra de *must-carry* das operadoras de serviços de televisão por assinatura via cabo a obrigação de difusão do canal da EBC.

Além disso, estabelece a Lei da TV a cabo que dois canais serão destinados pela operadora de TV a cabo à prestação eventual de serviços e 30% dos canais tecnicamente disponíveis serão reservados para a prestação permanente de serviços, com a programação de pessoas jurídicas não afiliadas ou não coligadas à operadora.

⁹⁹³ Conforme previsto no art. 74 do Regulamento do Serviço de TV a cabo, aprovado pelo Decreto nº 2.206, de 1997.

⁹⁹⁴ Conforme estipulado pela Lei nº 10.461, de 17.05.2002, que acrescenta alínea ao inciso I do art. 23 da Lei nº 8.977, de 1995 (Lei da TV a cabo).

As regras de *must-carry*, na medida do possível e com as adaptações necessárias, devem ser estendidas aos demais serviços de televisão por assinatura (i.e. serviços de MMDS e de televisão via satélite DTH)⁹⁹⁵. Ademais, é recomendável para a proteção do pluralismo de informação que seja estendida para as operadoras dos serviços de MMDS e de televisão por assinatura via satélite DTH a regra da Lei da TV a cabo que reserva 30% dos canais tecnicamente disponíveis para a prestação permanente de serviços, com a programação de pessoas jurídicas não afiliadas ou não coligadas à operadora.

A Lei nº 11.652, de 2008, já traz um avanço nesse sentido, na medida em que passa a obrigar todas as prestadoras de televisão por assinatura – e não apenas aquelas que prestam serviços via cabo – a tornar disponíveis para os usuários os canais da EBC, da Câmara dos Deputados/Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal. O art. 29 da Lei nº 11.652, de 2008, dispõe o seguinte:

Art. 29. As prestadoras de serviços de televisão por assinatura deverão tornar disponíveis, em sua área de prestação, em todos os planos de serviço, canais de programação de distribuição obrigatória para utilização pela EBC, pela Câmara dos Deputados, pelo Senado Federal, pelo Supremo Tribunal Federal e pela emissora oficial do Poder Executivo.

Parágrafo único. No caso de comprovada impossibilidade técnica da prestadora oferecer os canais obrigatórios de que trata este artigo, o órgão regulador de telecomunicações deverá dispor sobre quais canais de programação deverão ser oferecidos aos usuários.

De acordo com referido dispositivo legal, as prestadoras de serviços de televisão por assinatura a cabo, por MMDS ou via satélite DTH ficam obrigadas a

⁹⁹⁵ Observe-se que o serviço de televisão por assinatura via satélite DTH, por ter cobertura nacional, apresenta uma impossibilidade técnica para difundir (i) um canal legislativo municipal/estadual, reservado para o uso compartilhado entre as Câmaras de Vereadores e as Assembleias Legislativas localizadas, respectivamente, nos municípios e Estados da área de prestação do serviço, (ii) um canal universitário, reservado para uso compartilhado entre as universidades localizadas nos municípios da área de prestação do serviço; (iii) de um canal educativo-cultural reservado para a utilização pelos órgãos que tratam de educação e cultura no governo federal e nos governos estadual e municipal com jurisdição sobre a área de prestação de serviço. Ademais, vale destacar que as regras de *must-carry* deveriam vigorar apenas para os serviços de

transmitir os canais da EBC, da Câmara dos Deputados/Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal, e ainda de eventual emissora oficial do Poder Executivo.

Conclusões

Nesta extensa terceira parte do trabalho, analisamos, inicialmente, que, no tocante ao setor de mídia, a noção de pluralismo adquire uma conotação específica. A idéia de pluralismo na mídia significa, de um lado, pluralismo externo (ou estrutural) e, de outro lado, pluralismo interno (ou de conteúdo). Pluralismo externo pode ser entendido como diversidade de fontes de informação, independentes e autônomas, o que se realiza mediante uma configuração estrutural do setor de mídia na qual a propriedade e/ou o controle dos veículos não esteja concentrada nas mãos de poucos. O pluralismo interno, a seu turno, pode ser traduzido pela idéia de diversidade de pontos de vista e de correntes de pensamento e de opinião, assim como de diversidade cultural.

Não há que se confundir pluralismo com concorrência, pois, a noção de concorrência está atualmente ligada à idéia de competição por oportunidades econômicas (disputa por fatias de mercado) e busca de eficiência econômica. No sistema jurídico brasileiro, temos como certo que o princípio do pluralismo prevalece sobre a idéia de concorrência no que tange à estruturação do setor de mídia.

A eleição do pluralismo como princípio fundamental estruturador do setor de comunicação social não implica a escolha ou o privilégio de uma determinada orientação político-ideológica, econômica, religiosa ou cultural. A difusão de diversos pontos de vista e correntes de opinião e de diferentes expressões culturais, aliada à liberdade de escolha existente em um sistema democrático, permite ao cidadão, usuário dos meios de comunicação de massa, descobrir as melhores opções políticas, sociais e econômicas, bem como enriquecer sua experiência cultural.

O art. 220, § 5º da Constituição Federal (“os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio”)

estabelece para o setor de mídia uma configuração estrutural caracterizada pela maior pulverização possível dos agentes (veículos de mídia). A exigência de pulverização de agentes econômicos implica, conseqüentemente, a maior dispersão possível da propriedade e/ou controle dos meios de comunicação de massa. A Constituição brasileira legitima a promoção do pluralismo e a diluição do poder no setor de mídia, ainda que tais objetivos impliquem, para as empresas privadas de comunicação social, certo sacrifício quanto à eficiência econômica. Além disso, ao prescrever que o setor de mídia não pode ser objeto de monopólio ou oligopólio, o art. 220, § 5º da Constituição Federal consagra uma proibição *per se* de concentração empresarial no setor de comunicação social brasileiro.

A ilegitimidade da concentração de poder no setor de mídia, consagrada pelo texto constitucional, exige o enfrentamento do problema da desconstituição de situações existentes de dominação de mercado. A Lei nº 8.884, de 1994, prevê a aplicação de sanções em função da realização de operações de concentração econômica ou da prática de infrações à ordem econômica (desconcentração punitiva). No tocante aos meios de comunicação social, porém, o artigo 220, § 5º da Constituição Federal, ao considerar expressamente ilegal *per se* a pura e simples situação de poder econômico (monopólio ou oligopólio), admite a aplicação de medidas de desconcentração meramente estruturais.

A promoção do pluralismo no setor de mídia e a diluição do poder dos veículos de comunicação exigem um esforço de identificação das situações nas quais, potencialmente, podem ocorrer uma redução ou eliminação da diversidade política e cultural. Para tanto, é útil a utilização de conceitos provenientes do direito societário, como o de poder de controle interno (derivado da titularidade de participações societárias ou do exercício de funções administrativas) e externo (resultante de liames contratuais ou de relação de dependência), e do direito concorrencial, como os de *influência dominante* e de *influência relevante do ponto de vista concorrencial*. As noções de poder de controle, de *influência dominante* e de *influência relevante do ponto de vista concorrencial* permitem ampliar o leque de situações nas quais se verifica a concentração de agentes de mercado anteriormente autônomos, em função da unificação de centros decisórios, ou a existência de acordos entre agentes econômicos para o desenvolvimento de forma coordenada de suas atividades. Demais disso, temos que a propriedade ou controle de veículos de comunicação social não pode ser o único critério para aferir a existência de concentração no setor de

comunicação social. A aplicação do critério da audiência constitui uma ferramenta importante para identificar de forma mais precisa as situações que possam colocar em risco o pluralismo de informação. O critério da audiência efetiva permite identificar o impacto sobre o pluralismo decorrente do consumo de mídia pelos usuários, o que é particularmente relevante no caso da televisão aberta (radiodifusão de sons e imagens).

Reconhecemos que o paradigma da eficiência econômica, advogado pela Escola de Chicago, tem exercido grande influência no direito concorrencial e na teoria da regulação. Entretanto, para avançarmos no estudo do pluralismo no setor de comunicação social, é imperioso adotar uma visão crítica do pensamento neoclássico da Escola de Chicago e do paradigma da eficiência econômica. Por outro lado, merecem ser consideradas seriamente as contribuições teóricas aportadas pela visão estruturalista da Escola de Harvard e pelo pensamento ordo-liberal da Escola de Freiburg.

Quanto ao direito concorrencial, afirmamos que a sistemática definida na Lei nº 8.884, de 1994, para o controle de estruturas de mercado deve ser vista com bastante cautela quando aplicada a atos de concentração ou cooperação envolvendo empresas do setor de comunicação social. A concentração do mercado gerada pelo crescimento interno da empresa não é entendida como passível de controle pelos órgãos de defesa da concorrência. Além disso, o art. 54 da Lei nº 8.884, de 1994, reconhece certos benefícios de caráter econômico como idôneos a compensar a redução da concorrência gerada por determinado ato de concentração de empresas. O dispositivo legal permite às empresas objeto da operação de concentração demonstrar que a concentração, ainda que implique restrição à livre iniciativa ou domínio de mercado relevante, tem o potencial de gerar bons efeitos econômicos (ganhos de eficiência, por exemplo) e que os danos à concorrência são inofensivos ou de pequena amplitude.

A reflexão sobre a *regulação* surgiu no bojo de uma onda de mudanças sociais, econômicas e políticas que implicaram o questionamento das funções do Estado contemporâneo. Mudanças econômicas dos anos 1980 e 1990, crises econômicas (choques do petróleo em 1973 e 1979), evolução do processo de globalização da economia e novas idéias sobre a função estatal alteraram o papel do Estado. Um conjunto de novas estratégias como a privatização de empresas públicas, a liberalização de fluxos financeiros e comerciais, a desregulação da economia, a austeridade fiscal e a integração econômica e

monetária de economias periféricas aos mercados globais provocaram mudanças estruturais na forma de atuação do Estado na economia. A reforma do Estado, ocorrida no Brasil ao longo da década de 1990, permitiu a alguns autores identificar a passagem de um Estado burocrático e intervencionista a um Estado “regulador” da atividade econômica.

O paradigma teórico sobre a regulação e a atuação do Estado na economia encontra-se profundamente influenciado pela visão neoclássica associada à Escola de Chicago. Os trabalhos da Escola neoclássica da regulação são marcados por uma visão cética e até pessimista sobre a efetividade da regulação. As principais idéias dessa Escola são as seguintes: (i) o processo regulatório pode ser equiparado a um mercado no qual a regulação configura um bem, os legisladores ou agências reguladoras os fornecedores e os grupos de interesse os consumidores; esse mercado da regulação encontra-se regido pela lei da oferta e da procura; (ii) grupos de interesse organizados buscam medidas regulatórias para proteção de seus negócios particulares; (iii) a regulação normalmente serve para proteger a indústria e não para corrigir falhas de mercado e/ou buscar o interesse público; e (iv) a solução de mercado é sempre melhor que a intervenção estatal (regulação) no domínio econômico. Essa visão pessimista da regulação, identificada com a Escola de Chicago, contribuiu para o surgimento do movimento de *desregulação* da economia.

A desregulação faz-se, em grande medida, por intermédio de mecanismos de auto-regulação, exatamente porque é por meio da auto-regulação que se pretende criar as condições ideais para permitir ao mercado atuar de forma livre. A auto-regulação possui virtudes (expertise técnica e incentivo à cooperação) e limites (afastamento da tutela estatal, priorização de interesses da indústria e dificuldades de fiscalização e coerção). Se associada a mecanismos de regulação, a auto-regulação (por meio, por exemplo, de códigos de conduta e códigos de ética para os profissionais de mídia) pode representar um instrumento interessante para a garantia do pluralismo da informação no setor de mídia.

A distinção feita por diversos autores entre regulação econômica e regulação social permite ressaltar as situações nas quais o mercado é incapaz de promover determinados valores não-econômicos julgados relevantes para o bem-estar da coletividade. Com a regulação social, procura-se promover ou incentivar determinados valores e princípios julgados de interesse público, ainda que isso implique certo sacrifício

de valores econômicos como lucratividade e eficiência. A regulação do setor de comunicação social deve se guiar por uma racionalidade não simplesmente econômica, preocupada com a eficiência, mas baseada em valores como pluralismo da informação e a diluição do poder econômico.

A teoria da captura identifica um aspecto fundamental da regulação: a possibilidade de intervenção estatal no domínio econômico feita não em função da busca do interesse público, mas para privilegiar os interesses econômicos de grupos específicos. Em países subdesenvolvidos, o risco de captura do órgão regulador é perene, mas não inexorável. Mudanças e arranjos institucionais nos processos e organismos de tomada de decisão regulatória podem contribuir para reduzir o risco de captura, incentivar a participação dos interessados e a prevalência do interesse coletivo.

Para alguns autores, o advento de inovações tecnológicas seria capaz, por si só, de aumentar a oferta de informação e modificar a configuração estrutural do setor de mídia (crença que pode ser denominada de “fetichismo tecnológico”). A partir da análise de exemplos da realidade brasileira, como a introdução da televisão por assinatura e da TV digital, não se pode afirmar que o advento de novas tecnologias tenha contribuído para alterar significativamente a estrutura concentrada existente no setor de comunicação social. A experiência histórica brasileira permite afirmar que a evolução tecnológica como fator de democratização e pluralismo nos meios de comunicação social é uma quimera. O movimento de convergência tecnológica que atinge os setores de telecomunicações, comunicação social e tecnologias da informação não permite apostar na tecnologia como ferramenta libertadora por si só. Até mesmo a maior disseminação do uso da Internet não autoriza que eventuais preocupações com a concentração dos meios de comunicação fiquem suplantadas ou percam a atualidade. O enfrentamento da questão relativa à concentração de poder econômico e político no setor de mídia depende menos do avanço tecnológico e mais de decisões políticas e da implementação de políticas públicas voltadas à promoção do pluralismo da informação.

Como complemento de nossas reflexões, procuramos apresentar algumas propostas para a promoção do pluralismo no setor de comunicação social. No tocante ao pluralismo externo, propusemos a adoção de um novo paradigma interpretativo para o controle de estruturas de mercado em operações relativas ao setor de mídia. A análise de

atos de concentração e cooperação envolvendo empresas do setor de comunicação social, pelos órgãos de defesa da concorrência, deve ser pautada pelo princípio do pluralismo e pela proscrição de estruturas concentradas de poder (monopólio e oligopólio), conforme disposto no art. 220, § 5º da Constituição Federal. A definição de mercado relevante, a avaliação das barreiras à entrada e a mensuração da concentração de mercado assumem contornos específicos no setor de mídia. Demais disso, temos que a Constituição Federal (art. 220, § 5º) estabeleceu uma presunção absoluta de prejuízo nos casos que envolvam atos de concentração que possam levar à criação de estruturas oligopolistas ou monopolistas no setor. Mesmo nos casos em que a operação de concentração empresarial no setor de comunicação social não implique a formação de estruturas monopolistas e oligopolistas – vedadas expressamente pelo art. 220, § 5º do texto constitucional – a análise antitruste deve ter seu escopo alargado para incluir a consideração do impacto da operação para o pluralismo de opiniões e de informação e a diversidade cultural.

Além disso, sugerimos a implantação das seguintes medidas regulatórias voltadas para a promoção do pluralismo estrutural da mídia: (i) limites horizontais e cruzados à concentração da propriedade ou controle de veículos de comunicação social; (ii) proibição do controle ou propriedade de emissoras de radiodifusão por ocupantes de cargos políticos eletivos tanto no Poder Executivo quanto no Poder Legislativo; (iii) coexistência equilibrada de sistemas de radiodifusão privados, públicos e estatais, amparados por diferentes fontes de financiamento e sujeitos a diferentes formas de incentivo; (iv) garantia de acesso à infra-estrutura de difusão dos serviços de televisão a cabo para empresas concorrentes com amparo na teoria da *essential facility*; (v) mudança do modelo de exploração da TV digital, que deveria ser liberada do ônus da alta-definição (HDTV) e priorizar a multiprogramação em definição padrão (SDTV); num cenário de multiprogramação, seria recomendável, para a otimização do uso do espectro eletromagnético, a introdução da figura do operador de rede (detentor da infra-estrutura necessária para o transporte e difusão dos sinais de televisão), separado da emissora de televisão (produtora de programas audiovisuais); e (vi) a criação de uma agência reguladora independente com competência sobre o setor de comunicação social eletrônica.

Para a promoção do pluralismo interno nos veículos de mídia, propusemos adicionalmente as seguintes medidas: (i) controle da programação das emissoras de radiodifusão (rádio e televisão aberta), com o estabelecimento de obrigação

de difusão de determinados tipos de programas e a imposição do dever de imparcialidade e equilíbrio na apresentação de assuntos de interesse coletivo; (ii) incentivo à regionalização da programação das emissoras de rádio e televisão aberta e a abertura de espaço para a difusão de programas produzidos por produtores independentes; (iii) estabelecimento de obrigações voltadas à promoção do pluralismo em razão do controle da audiência na televisão aberta; (iv) adoção por jornais e emissoras de rádio e televisão aberta de um *estatuto editorial* composto por regras que promovam a autonomia editorial e a independência da redação ou dos profissionais responsáveis pela programação vis-à-vis dos proprietários ou controladores dos veículos de comunicação; (v) a adoção ou garantia de direitos de acesso de terceiros aos veículos de comunicação social, tais como o direito de resposta coletivo, o direito de antena amplo e a extensão das regras de *must-carry* previstas na Lei da TV a cabo para todos os serviços de televisão por assinatura.

CONCLUSÃO

Não é necessário repetir as conclusões a que chegamos em cada uma das partes deste trabalho, nem tampouco as propostas regulatórias e de alteração na forma de aplicação do direito concorrencial ao setor de comunicação social. Valeria a pena, no entanto, ressaltar as dificuldades existentes para enfrentar o problema da concentração de poder econômico e político no setor de mídia brasileiro.

A questão que se coloca é a de saber se o *status quo* existente no setor de mídia pode ser modificado. Em outras palavras, é razoável acreditar que propostas de diluição do poder da mídia e promoção do pluralismo da informação e de opiniões sejam adotadas no Brasil?

Inicialmente, cumpre reconhecer que as propostas regulatórias para promoção do pluralismo externo e interno nos meios de comunicação de massa, formuladas neste trabalho, embora não possam ser consideradas absolutamente originais, são certamente ambiciosas.

Ademais, pensamos que os seguintes fatores dificultam a crítica, a reflexão e a modificação do *status quo* no setor de mídia: (a) o debate sobre o pluralismo na mídia ainda está, em grande medida, restrito ao âmbito acadêmico; (b) há uma condescendência histórica do Brasil com a concentração do poder econômico; (c) existe uma ligação íntima entre os principais veículos e grupos de comunicação social e a classe política brasileira; e (d) os grupos de comunicação social brasileiros, comprometidos com a manutenção do *status quo* no setor de mídia, são dotados de grande poder de influência social, econômica e política.

A concentração de poder econômico na mídia, bem como as relações quase incestuosas entre os grandes grupos de comunicação social nacionais e o poder político nos obrigam a reconhecer a significativa capacidade de influência dos grupos de mídia sobre os rumos legislativos e regulatórios relativos ao setor de comunicação social.

Por outro lado, a tendência delineada a partir de meados da década de 1980 nos Estados Unidos e na Europa era no sentido da promoção da desregulação do setor de mídia e do afrouxamento das regras relativas a limites de concentração da propriedade dos veículos de comunicação social. Associado a essa tendência, observava-se até recentemente um movimento vigoroso de expansão internacional dos grandes conglomerados de mídia norte-americanos e europeus. Em função disso, talvez ainda não falte autor, político e comentarista para ressaltar que o mundo vive tempos de desregulação do setor de comunicação de massa, notadamente com a redução das restrições legais à concentração da propriedade e do controle dos veículos, e de expansão dos grupos de mídia, inclusive no plano internacional⁹⁹⁶.

É possível imaginar que muitos sustentem, inclusive, que a concentração dos meios de comunicação é necessária para aumentar a competitividade internacional dos grupos de mídia nacionais face às investidas e ao risco de invasão dos grandes conglomerados de mídia norte-americanos e europeus.

A convergência tecnológica e a diluição das fronteiras entre os setores de comunicação social, telecomunicações e informática constitui também um poderoso argumento – ainda que dotado de grande fetichismo – empregado para justificar a desregulação do setor de mídia⁹⁹⁷.

O advento, a partir de meados de 2008, da crise financeira nas economias centrais do capitalismo contemporâneo tem levado a uma reavaliação do papel do Estado na economia. A maré de desregulação, que até então predominava, parece começar a refluir. Questionamentos mais contundentes sobre a saúde e vitalidade de um capitalismo

⁹⁹⁶ Shalini Venturrelli não descarta que “under the supranational governance structure, environmental policies may be invalidated as trade barriers; so may anti-concentration competition policies to ensure information diversity, cultural policy to provide pluralism in cultural expression, and even constitutional guarantees of political rights, communications rights, and human rights as expressed in information policy and social policy can be contested on the grounds that they act to constrain international trade through a set of interventionist, non-commercial public interest requirements imposed on the communications industries, whether in infrastructure or content” (*Liberalizing the European media: politics, regulation, and the public sphere*. Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 3).

⁹⁹⁷ Philie Marcangelo-Leos alerta para o fato de que “le risque est que la convergence soit un prétexte à la dérégulation, et à l’assimilation des télécommunications et de l’audiovisuel au détriment de la spécificité de la réglementation de ce dernier secteur et notamment des règles relatives au contenu qui le caractérisent”. (*Pluralisme et audiovisuel*. Paris : LGDJ (Bibliothèque de Droit Public – Tome 240), 2004, p. 137).

sem limites e controles pipocam por todos os lados. A crença cega nas virtudes do livre mercado e no direito antitruste comprometido apenas com a eficiência econômica foi colocada em cheque. Abrem-se espaços e aparecem oportunidades para discussões mais profundas sobre outros valores, que não os apenas econômicos (eficiência e lucro), a reger as diversas atividades e relações humanas.

Nesse contexto de mudanças, a promoção do pluralismo nos meios de comunicação social tem por pano de fundo o conflito entre a busca das empresas de mídia por lucros e a necessidade de uma sociedade democrática de meios de comunicação social que sirvam ao interesse coletivo como arena central da esfera pública⁹⁹⁸. Evidentemente que não se está cogitando uma conciliação sem atritos entre a lógica privada (busca de lucros) e a perseguição de valores e objetivos de interesse coletivo (pluralismo de opiniões e de informação). Os veículos de comunicação social tendem a resistir a mudanças no *status quo*, sobretudo, aquelas que afetam diretamente seus interesses econômicos. O interesse público, por outro lado, exige que a comunicação social seja vista como um serviço voltado para a satisfação das necessidades dos cidadãos. A promoção do pluralismo no setor de comunicação social não poderá deixar de ser um processo permeado de conflitos e disputas, avanços e recuos. Os céticos talvez digam que se trata da busca pela “quadratura do círculo”⁹⁹⁹.

Como bem observado, porém, por Alain Touraine, “a democracia ficará privada de voz se a mídia, em vez de fazer parte do mundo da imprensa, portanto, do espaço público, vier a abandoná-lo para se tornar, antes de tudo, empresa econômica cuja política é comandada pelo dinheiro ou pela defesa dos interesses do Estado”¹⁰⁰⁰.

⁹⁹⁸ David Croteau e William Hoynes lembram que “the business of media is like all other businesses. Nearly all major media companies are commercial corporations, whose primary function is creating profits for owners and stockholders. The yardstick by which the business performance of media companies is measured by investors includes few notches that mark public interest concerns about creativity, independent thought, and diversity. Instead, the measurements gauge sales, advertising revenue, and profits” (*The business of media: corporate media and the public interest*. 2ª ed. Thousand Oaks, CA: Pine Forge Press, 2006, p. 1).

⁹⁹⁹ Owen M. Fiss, por exemplo, assevera que “there is no necessary, or even probalistic, relationship between making a profit (or allocating resources efficiently) and supplying the electorate with the information they need to make free and intelligent choices about government policy, the structure of government, or the nature of society” (“Why the State?” *Harvard Law Review*, vol. 100, 1987, p. 788).

¹⁰⁰⁰ No original: “La démocratie est privée de voix si les médias, au lieu d’appartenir au monde de la presse, donc à l’espace public, en sortent pour devenir avant tout des entreprises économiques dont la politique est commandée par l’argent ou par la défense des intérêts de l’État” (*Qu’est-ce que la démocratie ?* Paris : Fayard, 1994, p. 247).

BIBLIOGRAFIA

A mídia entre regulamentação e concentração. Cadernos Adenauer VIII (2007), nº 4. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2008.

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de: “Reforma regulatória: conceitos, experiências e recomendações”. *Revista do Serviço Público*, ano 50, nº 2, abr./jun. 1999, pp. 19-50.

AKERLOF, George A.: “The market for ‘lemons’: quality uncertainty and the market mechanism”. *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 84, nº 3, 1970, pp. 488-500.

ALBARRAN, Alan B. e DIMMICK, John: “Concentration and economies of multifirmity in the communication industries”. In Gillian Doyle (ed.): *The economics of the mass media*. Cheltenham: Elgar, 2006, pp. 268-277 (artigo originalmente publicado em *The Journal of Media Economics*, vol. 9, nº 4, 1996, pp. 41-50).

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

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de: “Teoria da regulação”. In José Eduardo Martins Cardozo, João Eduardo Lopez Queiroz e Márcia Walquíria Batista dos Santos (orgs.): *Curso de direito administrativo econômico*. Vol. III. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 119-148.

AMARAL, Roberto: “O ordenamento constitucional-administrativo brasileiro e a disciplina dos meios de comunicação de massa (o caso da televisão): análise e perspectiva”. In: *Perspectivas do direito público: estudos em homenagem a Seabra Fagundes*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, pp. 465-486.

AMARAL, Roberto e GUIMARÃES, Cesar: "Media monopoly in Brazil". *Journal of Communications*, vol. 44, nº 4, Autumm 1994, pp. 26-38.

AMATO, Giuliano: *Antitrust and the bounds of power: the dilemma of liberal democracy in the history of market*. Oxford: Hart Publishing, 1997.

ANDRADE, Maria Cecília: *Controle de concentrações de empresas: estudo da experiência comunitária e aplicação do artigo 54 da Lei 8.884/94*. São Paulo: Singular, 2002.

ARAGÃO, Alexandre Santos de: *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____: "Regulação da economia: conceito e características contemporâneas". In José Eduardo Martins Cardozo, João Eduardo Lopez Queiroz e Márcia Walquíria Batista dos Santos (orgs.): *Curso de direito administrativo econômico*. Vol. III. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 413-467.

AUFDERHEIDE, Patricia: "Competição, concentração e o interesse público: o *Telecommunications Act* dos EUA de 1996". *Comunicação e Política*, vol. III, nº 2, nova série, mai./ago. 1996, pp. 155-172.

AVELÃS NUNES, António José: *Industrialização e desenvolvimento: economia política do modelo de desenvolvimento brasileiro*. São Paulo: Ed. Quatier Latin, 2005.

BACKER, Valdecir: "Convergência tecnológica e interatividade na televisão". *Comunicação e Sociedade*, ano 29, nº 48, 2º semestre 2007, pp. 63-82.

BAHIA, Juarez: *Jornal, história e técnica: história da imprensa brasileira*. 4ª ed. São Paulo: Ed. Ática, 1990.

BAKER, C. Edwin: *Media, markets and democracy*. New York: Cambridge University Press, 2002.

_____: “Media concentration: giving up on democracy”. *Florida Law Review*, vol. 54, nº 5, dez. 2002, pp. 839-919.

_____: *Media concentration and democracy: why ownership matters*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

BALDWIN, Robert e CAVE, Martin: *Understanding regulation: theory, strategy and practice*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira: “Abuso do poder econômico nas Constituições brasileiras”. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, nº 71, jul. 1990, pp. 57-81.

BARBOSA FILHO, André: “A televisão digital no Brasil: do sonho à realidade”. *Comunicação e Sociedade*, ano 29, nº 48, 2º semestre 2007, pp. 29-47.

BARBOSA FILHO, André; CASTRO, Cosette; e TOME, Takashi (org.): *Mídias digitais: convergência tecnológica e inclusão social*. São Paulo: Paulinas, 2005.

BARBOSA FILHO, André; PIOVESAN, Ângelo Pedro; e BENETON, Rosana (orgs.): *Rádio: sintonia do futuro*. São Paulo: Paulinas, 2004.

BAVASSO, Antonio: *Communications in EU antitrust law: market power and public interest*. A Haia/Londres/Nova Iorque: Kluwer Law International, 2003.

BAYMA, Israel Fernando de Carvalho: “A concentração da propriedade de meios de comunicação e o coronelismo eletrônico no Brasil”. *EPTIC - Revista de Economia Política das Tecnologias da Informação e Comunicação*, vol. III, nº 3, set./dez. 2001. Disponível no sítio da Internet: <http://www.eptic.com.br/revista>, acessado em 20.08.2002.

BINENBOJM, Gustavo: “Meios de comunicação de massa: pluralismo e democracia deliberativa; as liberdades de expressão e de imprensa nos EEUU e no Brasil”.

Revista da EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, vol. 6, nº 23, 2003, pp. 360-380.

BIZEAU, Jean-Pierre: “Pluralisme et démocratie”. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à L'étranger*, mar./abr. 1993, pp. 513-542.

BOBBIO, Norberto: *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 5ª ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BOLAÑO, César: *Mercado brasileiro de televisão*. 2ª ed. São Paulo/Aracaju: Editora da PUC-SP, 2004.

BORK, Robert H.: *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. Nova Iorque: Basic Books Publishers, 1978.

BRITTOS, Valério Cruz: “As Organizações Globo e a reordenação das comunicações”. *Revista Brasileira de Ciências da Comunicação*, vol. XXIII, nº 1, jan./jun. 2000, pp. 57-76.

BRITTOS, Valério Cruz e BOLAÑO, César (orgs.): *Rede Globo: 40 anos de poder e hegemonia*. São Paulo: Paulus, 2005.

BROWN, Allan: Different paths: a comparison of the introduction of digital terrestrial television in Australia and Finland”. In Gillian Doyle (ed.): *The economics of the mass media*. Cheltenham: Elgar, 2006, pp. 531-540 (originalmente publicado em *The International Journal on Media Management*, vol. 4, nº 4, 2002, pp. 277-286).

BRUNA, Sérgio Varella: *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

BURGESS JR, Giles H.: *The economics of regulation and antitrust*. Nova Iorque: Harper Collins, 1995.

CALDAS, Maria das Graças Conde: *Latifúndio no ar (mídia e poder na Nova República)*. Tese de doutorado. São Paulo: Escola de Comunicação e Artes da Universidade de São Paulo (orientador: Luiz Roberto Alves), 1995.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas: *Os meios de comunicação no direito econômico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

CAMPBELL, Angela J.: “Self-regulation and the media”. *Federal Communications Law Journal*, vol. 51, nº 3, 1999, pp. 711-772.

CAMPILONGO, Celso Fernandes: *Direito e democracia*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1997.

CAPARELLI, Sérgio: *Televisão e capitalismo no Brasil*. Porto Alegre: L&PM Editores, 1982.

CAPARELLI, Sérgio e SANTOS, Suzy dos: “Coronéis eletrônicos, voto e censura prospectiva”. *Vozes*, nº 4, vol. 96, ano 2002, pp. 14-24.

CARDOSO DE MELLO, João Manuel: *O capitalismo tardio: contribuição à revisão crítica da formação e do desenvolvimento da economia brasileira*. São Paulo; Brasiliense, 1982.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de: *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

_____: *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CARVALHOSA, Modesto Souza Barros: *Poder econômico: a fenomenologia – seu disciplinamento jurídico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira: *A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CAVALLIN, Jens: "European policies and regulations on media concentration". *International Journal of Communications Law and Policy*, nº 1, 1998, disponível no sítio da Internet: http://www.ijclp.org/1_1998/rtf, acessado em 15.08.2002.

CHANG, Ha-Joon: "The economics and politics of regulation". *Cambridge Journal of Economics*, vol. 21, nº 6, 1997, pp. 703-728.

CLARKE, Michael: *Regulation: the social control of business between law and politics*. Nova Iorque: Palgrave MacMillan, 2000.

COASE, Ronald H.: "The nature of the firm". *Economica*, vol. 4, nº 16, nov. 1937, pp. 386-405.

_____: "The market for goods and the market for ideas". *The American Economic Review*, vol. 64, nº 2, 1974, pp. 384-391.

COELHO, Fábio Ulhoa: *Direito antitruste brasileiro: comentários à Lei n. 8.884/94*. São Paulo: Saraiva, 1995.

COLEMAN, Jules L.: "Economics and the law: a critical review of the foundations of the economic approach to law". *Ethics*, vol. 94, nº 4, 1984, pp. 649-679.

COMPARATO, Fábio Konder: *Para viver a democracia*. São Paulo, Brasiliense, 1989.

_____: "Grupo societário fundado em controle contratual e abuso de poder do controlador". In *Direito empresarial*. São Paulo: Saraiva, 1990, pp. 270-291.

_____: “É possível democratizar a televisão?”. In: Adauto Novaes (org.): *Rede Imaginária: televisão e democracia*. São Paulo: Companhia das Letras/Secretaria Municipal da Cultura, 1991, pp. 300-308.

_____: “A democratização dos meios de comunicação de massa”. In Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (orgs.): *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 149-166.

_____: “Controle público e social dos meios de comunicação”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 128, out./dez. 2002, pp. 27-32.

COMPARATO, Fábio Konder e SALOMÃO FILHO, Calixto: *O poder de controle na sociedade anônima*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Conselho de Comunicação Social (Congresso Nacional): *Concentração na mídia (debates)*. Brasília, 2004.

COOPER, Mark: *Media ownership and democracy in the digital information age: promoting diversity with First Amendment principles and market structure analysis*. Centre for Internet Society, Stanford Law School, 2003. Disponível no sítio da Internet <http://cyberlaw.stanford.edu/attachments/mediabooke.pdf>, acessado em 30.07.2008.

COSTA, Maurício de Moura: “O princípio constitucional de livre concorrência”. *Revista do IBRAC – Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo*, vol. 5, nº 1, 1998, pp. 7-26.

_____: “A presunção do caráter anticoncorrencial das operações de concentração visadas pela Lei 8884/94”. *Revista do IBRAC – Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo*, vol. 5, nº 6, pp. 5-15.

COSTA, Sylvio e BRENER, Jayme: “Coronelismo eletrônico: o governo Fernando Henrique e o novo capítulo de uma velha história”. *Comunicação & Política*, vol. IV, nº 2, nova série, mai./ago. 1997, pp. 29-53.

COUTINHO, Diogo Rosenthal: *Regulação e redistribuição: a experiência brasileira de universalização das telecomunicações*. Tese de doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (orientador: José Eduardo Faria), 2003.

CRANDALL, Robert W.: “The failure of structural remedies in Sherman Act monopolization cases”. *Oregon Law Review*, Vol. 80, nº 1, 2001, pp. 109-198.

CROLEY, Steven P.: “Theories of regulation: incorporating the administrative process”. *Columbia Law Review*, vol. 98, nº 1, 1998, pp. 1-168.

_____: *Regulation and public interests: the possibility of good regulatory government*. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2008.

CROTEAU, David e HOYNES, William: *The business of media: corporate media and the public interest*. 2ª ed. Thousand Oaks, CA: Pine Forge Press, 2006.

DEMSETZ, Harold: “Why regulate utilities?”. *Journal of Law and Economics*, vol. 11, nº 1, 1968, pp. 55-65.

DJANKOV, Simeon; MCLIESH, Caralee; NENOVA, Tatiana; e SHLEIFER, Andrei. “Who owns the media?”. *The Journal of Law and Economics*, vol. 46, nº 2, out. 2003, pp. 341-381.

DONAHUE, Hugh C., ALLEN, Corry e LARSEN, Elena: “The resolution of digital television: how HDTV and must-carry are hindering the return of the analog television spectrum”. *The International Journal on Media Management*, vol. 2, nº 1, 2000, pp. 38-45, acessível no sítio da Internet: <http://www.mediajournal.org/modules/pub/view.php/mediajournal-60>, acessado em 07.08.2008.

Dossier “Monopólio das comunicações e democracia”. *Comunicação e Política*, vol. III, nº 1, jan./abr. 1996, 177-211.

DOWBOR, Ladislau: *A formação do capitalismo dependente no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1982.

DOYLE, Gillian: *Media ownership: the economics and politics of convergence and concentration in the UK and European media*. Londres: Sage Publications, 2002.

_____: *Understanding media economics*. Londres: Sage Publications, 2002.

DUTRA, Pedro: “A livre concorrência e sua defesa”. *Revista de Direito Econômico* (CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica), nº 22, jan./mar. 1996, pp. 81-88.

_____: “A concentração do poder econômico: aspectos jurídicos do art. 54, da Lei 8884/94”. *Revista do IBRAC – Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo*, vol. 3, nº 8, ago. 1996, pp. 5-25.

EBERLEIN, Burkard: “L’État régulateur en Europe”. *Revue Française de Science Politique*, vol. 49, nº 2, abr. 1999, pp. 205-230.

EPCOM – Instituto de Estudos e Pesquisas em Comunicação: *Os donos da mídia: quadro das bases do poder econômico e político constituído a partir das redes privadas de televisão no Brasil*. Porto Alegre, [s.d.].

FAORO, Raimundo: *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 9ª ed. São Paulo: Globo, 1991.

FARACO, Alexandre Ditzel: “Difusão do conhecimento e desenvolvimento: a regulação do setor de radiodifusão”. In: Calixto Salomão Filho (coord.): *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, pp. 87-123.

_____: *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação – rádio, televisão e Internet*. Tese de livre-docência. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007.

_____: “Dinâmica da inovação na Internet e regulação do poder econômico”. *Revista de Direito Público da Economia*, ano 6, nº 22, abr./jun. 2008, pp. 9-30.

FARIA, José Eduardo (org.): *Regulação, direito e democracia*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002.

FARIA, Werter: *Constituição econômica, liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.

FARIAS, Edilson: *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FAVRO, Karine: *Télespectateur et message audiovisuel: contribution à l'étude des droits du télespectateur*. Paris : LGDJ (Bibliothèque de droit public – Tome 215), 2001.

FEDERICO, Maria Elvira Bonavita: *História da comunicação: rádio e TV no Brasil*. Petrópolis: Editora Vozes, 1982.

FEINTUCK, Mike e VARNEY, Mike: *Media regulation, public interest and the law*. 2ª ed. Edimburgo: Edinburgh University Press, 2006.

FERNANDES, André de Godoy: *Televisão no Brasil: A Constituição Federal de 1988 e o controle da programação televisiva*. Dissertação de mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (orientador: Enrique Ricardo Lewandowski), 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio: “Lei de defesa da concorrência: origem histórica e base constitucional”. *Arquivos do Ministério da Justiça*, vol. 45, nº 180, jul./dez. 1992, pp. 175-185.

_____: “O conceito jurídico de oligopólio e a legislação sobre abuso do poder econômico”. *Direito – Programa de Pós-graduação em Direito PUC-SP*, vol. 2, 1995, pp. 347-359.

_____: “Da abusividade do poder econômico”. *Revista de Direito Econômico* (Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE), nº 21, out./dez. 1995, pp. 23-30.

_____: “Das condições de obrigatoriedade de comunicação de atos de concentração”. *Revista do IBRAC – Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo*, vol. 5, nº 2, 1998, pp. 7-16.

FERREIRA, Aluizio: *Direito à informação, direito à comunicação: direitos fundamentais na Constituição brasileira*. São Paulo: Celso Bastos Editor/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.

FERREIRA, Maria Conceição Martins: “Princípios constitucionais informadores da República Federativa do Brasil e da Ordem Econômica (soberania, livre iniciativa e valor social do trabalho)”. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano 6, nº 25, out./dez. 1998, pp. 134-168.

FISS, Owen M.: “Why the State?” *Harvard Law Review*, vol. 100, 1987, pp. 781-794.

FNDC – Fórum Nacional pela Democratização da Comunicação: *Comentários e proposições do FNDC sobre as propostas de Política de TV Digital a serem implementadas pelo Ministério das Comunicações postas em debate*, 17.07.2003, disponível em <http://www.fndc.org.br>, acessado em 03.11.2003.

FONSECA, José Júlio Borges da: *Direito antitruste e regime das concentrações empresariais*. São Paulo: Atlas, 1997.

FORGIONI, Paula Andréa: “Posição dominante e seu abuso”. *Revista de Direito Econômico* (CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica), nº 26, ago./dez. 1997, pp. 105-137.

_____: *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

_____: “Análise Econômica do Direito (AED): paranóia ou mistificação?”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 139, jul./set. 2005, pp. 242-256.

FOWLER, Mark S. e BRENNER, Daniel L.: “A marketplace approach to broadcast regulation”. *Texas Law Review*, vol. 60, nº 2, 1982, pp. 207-257.

FURTADO, Celso: *Formação econômica do Brasil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Fundo de Cultura, 1964.

_____: *Formação econômica da América Latina*. Rio de Janeiro: Lia Editor, 1969.

GALPERIN, Hernan: “Can the US transition to digital TV be fixed? Some lessons from two European Union cases”. *Telecommunications Policy*, vol. 26, nºs 1/2, 2002, pp. 3-15.

GIBBONS, Thomas: *Regulating the media*. 2ª ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1998.

GODOI, Guilherme Canela de Souza: “Fusões, aquisições e democracia”. Disponível no sítio da Internet: <http://observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/artigos>, acessado em 20.07.2004.

GONÇALVES, Pedro: “Regulação das comunicações eletrônicas em Portugal”. *Revista de Direito Público da Economia*, ano 4, nº 15, jul./set. 2006, pp. 161-195.

GOODWIN, Peter: "Concentration: does the digital revolution change the basic rules of media economics". In Gillian Doyle (ed.): *The economics of the mass media*. Cheltenham: Elgar, 2006, pp. 555-571.

GRAU, Eros Roberto: "Discurso neoliberal e a teoria da regulação". In Ricardo Antonio Lucas Camargo (org.): *Desenvolvimento econômico e intervenção do estado na ordem constitucional: estudos jurídicos em homenagem ao professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, pp. 59-75.

_____: "Atividade econômica e regulação". *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 3 (Anais do IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional), 2003, pp. 443-451.

_____: *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GUIMARÃES, Arianna Stagni: *Democracia e direito à comunicação: a relação entre os meios de comunicação e o exercício da democracia*. Tese de doutorado. São Paulo. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica (orientador: Cláudio Finkelstein), 2006.

HABERMAS, Jürgen: *Mudança estrutural da esfera pública: investigação quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Trad. Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HAYEK, Friedrich von: "The use of knowledge in society". *The American Economic Review*, vol. 35, nº 4, 1945, pp. 519-530. O artigo foi republicado in *Individualism and economic order*. Chicago: The University of Chicago Press, 1948, pp. 77-91.

_____: "Economics and knowledge". In *Individualism and economic order*. Chicago: The University of Chicago Press, 1948, pp. 33-56.

_____: “The meaning of competition”. In *Individualism and economic order*. Chicago: The University of Chicago Press, 1948, pp. 92-106.

HITCHENS, Lesley: *Broadcasting pluralism and diversity: a comparative study of policy and regulation*. Oxford: Hart Publishing, 2006.

HOBAlKA, Marcelo Bechara de Souza: “TV digital: aspectos jurídicos do modelo brasileiro”. *Revista de Direito das Novas Tecnologias*, ano 1, nº 2, jul./dez. 2006, pp. 50-68.

HORWITZ, Robert B.: “On media concentration and the diversity question”. In Philip M. Napoli (ed.): *Media diversity and localism: meaning and metrics*. Mahwah, N.J.: Lawrence Erlbaum Associates, 2007, pp. 9-56.

HUMPHREYS, Peter e LANG, Matthias: “Pluralism and German broadcasting: the symbolic re-regulation of German media ownership”. European Policy Research Unit - Manchester papers in politics nº 4/98. Manchester: Department of Government, University of Manchester, [1998].

JEAN-PIERRE, Jean. “How the major U.S. media are undermining democracy”. *University of Miami Law Review*, v. 56, nº 2, jan. 2002, pp.413-419.

JORDAN, William A.: “Producer protection, prior market structure and the effects of government regulation”. *Journal of Law and Economics*, vol. 15, nº 1, 1972, pp. 151-176.

KEANE, John: *The media and democracy*. Cambridge: Polity Press, 1994.

KROTOSZYNSKI JR., Ronald J. e BLAIKLOCK, A. Richard M.: “Enhancing the spectrum: media power, democracy and the marketplace of ideas”. *University of Illinois Law Review*, vol. 2000, nº 3, 2000, pp. 813-888.

KUTTNER, Robert: *Everything for sale: the virtues and limits of markets*. Nova Iorque: Alfred A. Knopf, 1997.

LADEUR, Karl-Heinz: “The rise and decline of pluralism as a paradigm in the regulation of broadcasting in Europe”. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 19, nº 2, 1999, pp. 313-321.

La télévision et la concentration des médias : modèles de réglementation aux niveaux national et européen. Estrasburgo : Observatoire européen de l’audiovisuel (IRIS Spécial), 2001.

LEAL, Victor Nunes: *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo, no Brasil*. 6ª ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1975.

LEMLEY, Mark A. e LESSIG, Lawrence: “The end of end-to-end: preserving the architecture of the Internet in the Broadband Era”. *UCLA Law Review*, vol. 48, nº 4, 2001, pp. 925-972.

LIMA, Venício A.: *Mídia: teoria e política*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo. 2001.

_____: “Globalização das comunicações: o novo e o velho no sistema brasileiro”. Disponível no sítio da Internet: <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/artigos>, acessado em 05.03.2002.

_____: “Existe concentração na mídia brasileira? Sim.”. Disponível no sítio da Internet: <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/artigos>, acessado em 01.07.2003.

LIMA, Venício A. e LOPES, Cristiano Aguiar: “Coronelismo eletrônico de novo tipo (1999-2004): rádios comunitárias – as autorizações de emissoras como moeda de barganha política”. Disponível no sítio da Internet: http://observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/download/Coronelismo_eletronico_de_novo_tipo.pdf, acessado em 08.10.2007.

LOBATO, Elvira: “Raio X das telecomunicações: oito grupos dominam as TVs no Brasil”. *Comunicação e Educação*, nº 3, mai./ago. 1995, 36-42.

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

MAJONE, Giandomenico: “The rise of the Regulatory State in Europe”. *West European Politics*, vol. 17, nº 3, 1994, pp. 77-101.

_____: “Do Estado Positivo ao Estado Regulador: causas e conseqüências de mudanças do modo de governança”. *Revista do Serviço Público*, ano 50, nº 1, jan./mar. 1999, pp. 5-36.

MALARD, Neide Teresinha: “Integração de empresas: concentração, eficiência e controle”. *Revista do IBRAC – Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo*, vol. 1, nº 4, nov. 1994, pp. 44-73.

MARCANGELO-LEOS, Philie : *Pluralisme et audiovisuel*. Paris : LGDJ (Bibliothèque de droit publique – Tome 240), 2004.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo: “Nova regulação dos serviços públicos”. *Revista de Direito Administrativo*, nº 228, abr./jun. 2002, pp. 13-29.

MARSDEN, Christopher T.: “Pluralism in the multi-channel market : suggestions for regulatory scrutiny”. *International Journal of Communications Law and Policy*, nº 4, Inverno 1999/2000, disponível no sítio da Internet: <http://www.digital-law.net/IJCLP>, acessado em 15.08.2002.

MATHIAS, Suzeley Kalil: “O clientelismo do governo militar nas comunicações”. *Comunicação e Política*, vol. X, nº 1, jan./abr. 2003, pp. 119-136.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa: *O novo Estado Regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*. São Paulo: Singular, 2006.

MATTOS, Sérgio: *A televisão no Brasil: 50 anos de história (1950-2000)*. Salvador: Editora PAS/Edições Ianamá, 2000.

- MCCHESNEY, Robert W.: *Rich media poor democracy: communication politics in dubious time*. Urbana: University of Illinois Press, 1999.
- MEDAUAR, Odete: “Regulação e auto regulação”. *Revista de Direito Administrativo*, nº 228, abr./jun. 2002, pp. 123-128.
- MELO, José Marques de: “As relações de poder na televisão brasileira”. *Vozes*, vol. 75, nº 9, nov. 1981, pp. 23-30.
- MORAES, Denis: *Planeta mídia: tendências da comunicação na era global*. Campo Grande: Letra Livre, 1998.
- MORAIS, Fernando: *Chatô: o rei do Brasil, a vida de Assis Chateaubriand*. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.
- MOREIRA, Sonia Virgínia: “A legislação dos meios eletrônicos (TV e rádio) nos Estados Unidos e no Brasil”. *Comunicação & Sociedade*, ano XIII, nº 24, 1995, pp. 27-49.
- MOREIRA, Vital: *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo: *Direito regulatório: alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MOTTA, Massimo e POLO, Michele: “Concentration and public policies in the broadcasting industry: the future of television”. *Economic Policy*, vol. 25, out./1997, pp. 293-327.
- NESTER, Alexandre Wagner: *Regulação e concorrência (compartilhamento de infra-estruturas e redes)*. São Paulo: Dialética, 2006.

NOAM, Eli: "Media concentration in the United States: industry trends and regulatory responses", disponível no sítio da Internet: <http://www.vii.org/papers/medconc.htm>, acessado em 13.07.2008.

NOBRE, Freitas: "Concentração das empresas de informação". *Comunicação e Artes*, nº 2, 1970, pp. 55-62.

NOGUEIRA, André Carvalho: *A dissolução do poder econômico como princípio regulatório*. Tese de doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (orientador: José Tadeu de Chiara), 2005.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano: *A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística*. São Paulo: FTD, 1997.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira: *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002.

NUSDEO, Fábio: *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

OGUS, Anthony: *Regulation: legal form and economic theory*. Oxford: Hart Publishing, 2004.

OWEN, Bruce M. e WILDMAN, Steven S.: *Video economics*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1992.

PELTZMAN, Sam: "Towards a more general theory of regulation". *Journal of Law and Economics*, vol. 19, nº 2, 1976, pp. 211-240.

_____: "The economic theory of regulation after a decade of deregulation". In *Brookings papers on economic activity: microeconomics*. Vol. 1989. Washington, DC: The Brookings Institution, 1989, pp. 1-59.

PEREIRA, Guilherme Döring Cunha: *Liberdade e responsabilidade dos meios de comunicação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva: “Análise de concentração econômica no setor de comunicação: defesa da concorrência, democracia e diversidade na esfera pública”. *Revista de Direito da Concorrência* (Edição Especial – Retrospectiva 2003), 2003, pp. 56-87.

PICARD, Robert G.: *Media economics : concepts and issues*. Newbury Park: Sage Publications, 1989.

PIERANTI, Octavio Penna e ZOUAIN, Deborah Moraes: “O Estado e os direitos fundamentais no Brasil: a colisão entre o direito de propriedade e a liberdade de expressão”. *Revista de Direito Público da Economia*, ano 6, nº 22, abr./jun. 2008, pp. 141-160.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di (org.): *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2004.

PITOFISKY, Robert: “The political content of antitrust”. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 127, nº 4, 1979, pp. 1051-1075.

PONTES, Helenilson Cunha: “A liberdade de informação, a livre iniciativa e a Constituição Federal de 1988”. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano 6, nº 22, jan./mar. 1998, pp. 160-176.

POSNER, Richard A.: “Taxation by regulation”. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 2, nº 1, 1971, pp. 22-50.

_____: “The appropriate scope of regulation in the cable television industry”. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 3, nº 1, 1972, pp. 98-129.

_____: “Theories of economic regulation”. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 5, nº 2, 1974, pp. 335-358.

_____: “The Chicago School of antitrust analysis”. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 127, nº 4, 1979, pp. 925-948.

POSNER, Richard A. e LANDES, Elisabeth M.: “The economics of the baby shortage”. *The Journal of Legal Studies*, vol. 7, nº 2, 1978, pp. 323-348.

PRIEST, George I.: “The origins of utility regulation and the ‘theories of regulation’ debate”. *The Journal of Law and Economics*, vol. 36, nº 1, Parte 2, John M. Olin Centennial Conference in Law and Economics at the University of Chicago (abr. 1993), pp. 289-323.

PROENÇA, José Marcelo Martins: *Concentração empresarial e o direito da concorrência*. São Paulo: Saraiva, 2001.

QUERINO, Ana Carolina: “Legislação de radiodifusão e democracia: uma perspectiva comparada”. *Comunicação e Política*, vol. IX, nº 2, mai./ago. 2002, pp. 152-189.

ROSA, Almir Antonio: *Televisão digital terrestre: sistemas, padrões e modelos*. Tese de doutorado. São Paulo: Programa de Estudos Pós-graduados em Comunicação e Semiótica da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (orientador: Arlindo Ribeiro Machado Neto), 2005.

ROSA NETO, Antonio: *Atração global: a convergência da mídia e tecnologia*. São Paulo: Makron Books, 1998.

RUIZ, Enrique Sánchez: “Globalização e convergência na América Latina”. *Revista Brasileira de Ciências da Comunicação*, vol. XXIII, nº 2, jul./dez. 2000, pp. 13-40.

SALGADO, Lucia Helena: *A economia política da ação antitruste*. São Paulo: Singular, 1997.

SALOMÃO FILHO, Calixto: *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

_____: *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____: “Regulação e desenvolvimento”. In Calixto Salomão Filho (coord.): *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 29-63.

_____: *Regulação e concorrência: estudos e pareceres*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____: “Regulação e antitruste: fronteiras e formas de interação no setor financeiro”. In Celso Fernandes Campilongo, Jean Paul C. Veiga da Rocha e Paulo Todescan Lessa Mattos (coords.): *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002, pp. 129-147.

_____: “Direito como instrumento de transformação social e econômica”. *Revista de Direito Público da Economia*, vol. 1, 2003, pp. 15-44.

SANTOS, Suzy dos: “E-Sucupira: o coronelismo eletrônico como herança do coronelismo nas comunicações brasileiras”. *Revista da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação*, dez. 2006, p. 8, disponível no sítio da Internet: <http://www.compos.com.br/e-compos>, acessado em 14.10.2007.

SANTOS, Suzy dos e CAPARELLI, Sérgio: “Coronelismo, radiodifusão e voto: a nova face de um velho conceito”. In Valério Cruz Brittos e César Ricardo Siqueira Bolaño (orgs.): *Rede Globo: 40 anos de poder e hegemonia*. São Paulo: Paulus, 2005, pp. 77-101.

SARAIVA, Paulo Lopo: “A comunicação social na Constituição Federal de 1988”. In Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (orgs.): *Direito constitucional*:

estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, pp. 409-415.

SARMENTO, Daniel: “Valores constitucionais da comunicação social e pluralismo”. *Boletim dos Procuradores da República*, vol. 1, nº 3, jul. 1998, pp.8-9.

SCHUARTZ, Luis Fernando: “Poder econômico e abuso do poder econômico no direito de defesa da concorrência brasileiro”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 94, abr./jun. 1994, pp. 13-27.

_____: “Abuso do poder econômico e (i)legitimidade”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 95, jul./set. 1994, pp. 57-63.

_____: “Fundamento do direito de defesa da concorrência”. *Revista de Direito Econômico* (CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica), nº 22, jan./mar. 1996, pp. 89-94.

_____: “As razões do direito da concorrência”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 118, abr./jun. 2000, pp. 77-87.

SCORSIM, Ericson Meister: *TV digital e comunicação social: aspectos regulatórios: TVs pública, estatal e privada*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

SECLAENDER, Aírton C. Leite: “O direito de ser informado - base do paradigma moderno do direito de informação”. *Revista de Direito Público*, ano 25, nº 99, jul./set. 1991, pp. 147-159.

SEN, Amartya: “Rational fools: a critique of the behavioral foundations of economic theory”. *Philosophy and Public Affairs*, vol. 6, nº 4, 1977, pp. 317-344.

_____: *Sobre ética e economia*. Trad. Kaura T. Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

- SHIEBER, Benjamin M. *Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.
- SIMÕES, Inimá: *A nossa TV brasileira: por um controle social da televisão*. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2004.
- STIGLER, George J. “The theory of economic regulation”. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 2, nº 1, 1971, pp. 3-21.
- _____: “Law or economics”. *The Journal of Law and Economics*, vol. 35, 1992, p. 455-468.
- STIGLER, George J. e Claire Friedland: “What can regulators regulate? The case of electricity”. *The Journal of Law and Economics*, vol. 5, nº 1, out. 1962, pp. 1-16.
- STIGLITZ, Joseph E.: “The contributions of the economics of information to twentieth century economics”. *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 115, nº 4, 2000, pp. 1441-1478.
- STUCKE, Maurice E. e GRUNES, Allen P.: “Antitrust and the market place of ideas”. *Antitrust Law Journal*, vol. 69, nº 1, 2001, pp. 249-302.
- SUIAMA, Sergio Gardenghi: “A voz do dono e o dono da voz: o direito de resposta coletivo nos meios de comunicação social”. *Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União*, vol. 1, nº 5, out./dez. 2002, pp. 107-120.
- SUNSTEIN, Cass R.: “Television and the public interest”. *California Law Review*, vol. 88, 2000, pp. 499-564.
- TAVARES, Maria da Conceição: *Da substituição de importações ao capitalismo financeiro: ensaios sobre a economia brasileira*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974.

THOMPSON, John B.: *The media and modernity: a social theory of the media*. Cambridge: Polity Press, 1995.

THOMPSON, Mark: "Television in Europe". *The Political Quarterly*, vol. 77, nº 1, jan./mar. 2006, pp. 124-127.

TUROLLA, Frederico Araujo; LIMA, Maria Fernanda Freire de; OHIRA, Thelma Harumi: "As cotas na televisão por assinatura: uma leitura econômica". *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações – RDIT*, ano 3, nº 5, jul./dez./2008, pp. 33-50.

VICENZI, Fabiane Reschke: *Função e regularização do serviço de radiodifusão*. Dissertação de mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (orientador: Calixto Salomão Filho), 2003.

VICUSI, W. Kip; HARRINGTON JR., Joseph E.; e VERNON, John M.: *Economics of regulation and antitrust*. 4ª ed. Cambridge, MA: The MIT Press, 2005.

WIRTH, Michael O. e BLOCH, Harry "Industrial organization theory and media industry analysis". In Gillian Doyle (ed.): *The economics of the mass media*. Cheltenham: Elgar, 2006, pp. 116-127 (artigo originalmente publicado em *The Journal of Media Economics*, vol. 8, nº 2, 1995, pp. 15-26).

YOO, Christopher S.: "Vertical integration and media regulation in the New Economy". *Yale Journal on Regulation*, vol. 19, 2002, pp. 171-300.

ZISMAN, Célia Rosenthal: *A liberdade de expressão na Constituição Federal e suas limitações: os limites dos limites*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

Artigos de jornais e revistas

Oito grupos dominam as TVs no Brasil. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 12.06.1994, p. 1-18.

Um em cada 6 congressistas tem rádio ou TV. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 14.05.1995, p. 1-12.

Ministério Público pede a cassação da Rede TV! *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 08.06.2000, p. E-1.

Governo deve criar 180 emissoras de TV. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 10.07.2000, p. A-6.

Mídia dos EUA reduz os limites a sua expansão. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 20.04.2001, p. A-20.

A festa das outorgas para TVs educativas. Revista *Telecom*. São Paulo, ano 14, n. 155, maio 2001, pp. 50-51.

Limites de audiência devem acabar nos EUA. Em silêncio. Revista *Telecom*, São Paulo, ano 13, n. 156, jun. 2001, p. 42.

Políticos controlam 24% das TVs do país. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 06.08.2001, p. A-6.

Grandes grupos põem em xeque pluralidade da mídia. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 23.09.2001, p. A-4.

Pimenta distribui rádios a aliados em MG. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 21.10.2001, p. A-6.

Berlusconi pode controlar 90% das TVs. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 17.02.2002, p. A-15.

Mais um fôlego para as redes de TV nos EUA. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 22.02.2002, p. A-12.

Decisão de corte dos EUA relaxa lei que restringe concentração de TVs. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 05.04.2002, p. B-9.

FHC distribui rádios e TVs educativas para políticos. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 25.08.2002, p. A-4.

Senado aprova 291 concessões em 2 meses e meio. *O Estado de S. Paulo*, 23.12.2002, disponível no sítio da Internet: <http://www.estadao.com.br>, acessado em 23.12.2002.

Governo libera TVs na reta final. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 27.12.2002, p. A-6.

Donos de TV atuam em comissão da câmara. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 21.04.2003, p. A-5.

EUA devem liberar concentração na mídia. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 02.06.2003, p. A-11.

EUA aprovam maior concentração na mídia. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 03.06.2003, p. A-11.

Globo fatura R\$ 4,5 bi e emprega 20 mil. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 08.08.2003, p. A-14.

Senado dos EUA veta concentração na mídia. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 17.09.2003, p. A-9.

DirecTV e Sky vão se unir na América Latina. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 26.02.2004, p. B-10.

Americanos compram 13,8% da Abril. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 08.07.2004, p. B-11.

Sky e DirecTV selam fusão e assumem controle do setor. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 12.10.2004, p. B-3.

Telmex e Globo fecham acordo sobre Net. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 23.03.2005, p. B-12.

TVs pressionam por padrão digital japonês. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 19.01.2006, p. B-12.

Lula escolhe padrão japonês para TV digital. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 08.03.2006, p. B-1.

Governo Lula distribui TVs e rádios educativas a políticos. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 18.06.2006, p. A-4.

Costa confirma padrão japonês para TV. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 24.06.2006, p. B-7.

Fora da lei, 1 em cada 10 deputados detém concessão de rádio ou TV. *O Estado de S. Paulo*, 02.07.2006, p. A-4.

Telefônica sela compra da TVA com Abril. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 30.10.2006, p. B-6.

61% da bancada investigada por controlar emissoras se reelege. *O Estado de S. Paulo*, 06.12.2006, p. A-8.

Sky fecha acordo com Brasil Telecom e Telemar para cesta de produtos. *FolhaOnLine*, 12.02.2007, disponível no sítio da Internet: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro>, acessado em 14.10.2007.

Telefônica poderá operar TV via satélite. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 08.03.2007, p. B-11.

Anatel impõe restrições na venda da TVA à Telefônica. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 19.07.2007, p. B-7.

Agência reguladora recua e aprova a compra da TV a cabo pela Oi, do grupo Telemar. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 24.10.2007, p. B-1.

Anatel aprova compra da TVA pela Telefônica em São Paulo. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 01.11.2007, p. B-12.

Igreja controla maior parte de TVs do país. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 15.12.2007, Especial p. A-4.

RESUMO

O trabalho discute o problema da concentração dos meios de comunicação social no Brasil. A preocupação inicial está voltada para a análise da realidade do setor de mídia brasileiro. Procura-se, por meio de estudo interdisciplinar, identificar os traços essenciais da formação econômica e política da sociedade brasileira, apresentar algumas notas sobre a evolução histórica do processo de concentração de poder no setor de comunicação social e traçar um retrato da concentração da mídia brasileira. Em seguida, pretende-se desenvolver uma reflexão crítica sobre a realidade brasileira. Partindo do enunciado de algumas hipóteses de caráter axiológico-normativo relativas à organização do setor de comunicação social, procura-se avaliar a robustez de tais premissas. Nesse contexto, avalia-se a importância de valores como a difusão do conhecimento para a promoção do desenvolvimento e o pluralismo de idéias e opiniões para o debate na esfera pública e a vitalidade da democracia. Também são estudados os princípios estabelecidos pela Constituição Federal relativos à organização do setor de comunicação social. Esses valores democráticos e princípios constitucionais servem de base para a construção de uma visão crítica das estruturas concentradas de poder existentes no setor de mídia. A última parte do trabalho possui nítido caráter normativo, na medida em que pretende sugerir mecanismos jurídicos voltados a para transformação da realidade. Pretende-se, em primeiro lugar, esboçar as grandes linhas de uma teoria geral do pluralismo no setor de mídia. Em seguida, busca-se avaliar os posicionamentos teóricos relativos à teoria da regulação e ao direito concorrencial que representam um entrave à configuração pluralista do setor de mídia. Na sequência, abre-se um parêntese na exposição para analisar criticamente a contribuição da tecnologia como fator de promoção do pluralismo e democratização da mídia. Por fim, procura-se sugerir e analisar propostas regulatórias e de modificação do paradigma interpretativo do direito concorrencial, voltadas para a promoção do pluralismo externo e interno no setor de comunicação social.

RÉSUMÉE

Ce travail propose de discuter le problème de la concentration des médias au Brésil. L'orientation initiale est l'analyse de la réalité du secteur des médias brésiliens. Nous cherchons, aux moyens de l'étude interdisciplinaire, d'identifier les traits essentiels de la formation économique et politique de la société brésilienne, présenter quelques notes sur l'évolution historique du processus de concentration du pouvoir dans le secteur de la communication sociale et d'établir un portrait de la concentration des médias brésiliens. Ensuite, nous développons une réflexion critique sur la réalité brésilienne. À partir de certaines hypothèses axiologiques normatives concernant l'organisation du secteur de communication sociale, nous cherchons à valider la consistance de telles prémisses. Dans ce contexte, nous évaluons l'importance de valeurs telles que la diffusion des connaissances pour la promotion du développement et le pluralisme d'idées et d'opinions pour le débat dans la sphère publique et la vigueur de la démocratie. Sont aussi abordés les principes établis par la Constitution Fédérale concernant l'organisation du secteur de communication sociale. Ces valeurs démocratiques et ces principes constitutionnels sont le fondement de la vision critique des structures concentrées de pouvoir existantes dans le secteur des médias. La dernière partie du travail est nettement normative, dans la mesure où nous y suggérons des mécanismes juridiques envisageant la transformation de la réalité. Nous prétendons, tout d'abord, esquisser les grandes lignes d'une théorie générale du pluralisme dans le secteur des médias. Ensuite, évaluer les positionnements théoriques concernant la théorie de la régulation et le droit de la concurrence représentant une entrave à la configuration pluraliste du secteur des médias, en ouvrant cependant une parenthèse pour l'analyse critique de la contribution de la technologie en tant que facteur de promotion du pluralisme et de la démocratisation des médias. Enfin, nous suggérons et analysons des propositions de régulation et de changement du paradigme interprétatif du droit de la concurrence, orientées vers la promotion du pluralisme externe et interne dans le secteur de la communication sociale.

ABSTRACT

This work discusses the problem of media concentration in Brazil. The initial focus is on the analysis of the reality of the Brazilian media sector. It is sought, through an interdisciplinary study, to identify the essential traits of the economic and political formation of Brazilian society, present some notes about the historical development of the concentration process in the social communication sector and depict the concentration of the Brazilian media. Next, it is sought to develop a critical reflection on the Brazilian reality. Based on the enunciation of certain hypotheses of an axiological-normative nature concerning the organization of the social communication sector, it is sought to evaluate the strength of such assumptions. In this context, the importance of such values as the diffusion of knowledge to promote development, the pluralism of ideas and opinions for the debate in the public sphere and the vitality of democracy are evaluated. Also studied are the principles established by the Federal Constitution in respect of the organization of the social communication sector. These democratic values and constitutional principles serve as a basis for the construction of a critical view of the concentrated structures existing in the media sector. The last part of this work is of a distinctly normative nature, to the extent that it suggests legal mechanisms designed to transform this reality. It is then sought, in the first place, to provide the broad outlines of a general theory of pluralism in the media sector. Next, an evaluation is made of the theoretical positions relating to the theory of regulation and the competition law that represent a hindrance to the pluralist configuration of the media sector. Following this, a digression is made in the exposition to critically analyze the contribution of technology as a promoting factor of the pluralism and democratization of the media. Finally, it is sought to suggest and analyze proposals of regulation measures and of modification of the interpretative paradigm of competition law, aimed at the promotion of external and internal pluralism in the social communication sector.

ÍNDICE

LISTA DE TABELAS	1
SUMÁRIO.....	2
INTRODUÇÃO.....	3
PARTE 1 – A CONCENTRAÇÃO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL NO BRASIL..	14
CAPÍTULO 1 – TRAÇOS ESSENCIAIS DA ESTRUTURA ECONÔMICA E POLÍTICA DA SOCIEDADE BRASILEIRA	15
1.1 – Concentração das estruturas econômicas	16
1.1.1 – O ciclo do açúcar e a formação do modelo primário-exportador	16
1.1.2 – O ciclo do ouro e a dependência da Coroa portuguesa vis-à-vis da Inglaterra	18
1.1.3 – O modelo de trocas desiguais no comércio internacional	21
1.1.4 – O ciclo do café e o renascimento do modelo primário-exportador	22
1.1.5 – O processo de industrialização brasileiro	24
1.1.6 – Incremento da participação das multinacionais na economia brasileira	28
1.2 – Traços marcantes do sistema político brasileiro	34
1.2.1 – Herança patrimonialista	34
1.2.2 – Clientelismo	40
CAPÍTULO 2 – CONCENTRAÇÃO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL NO BRASIL: NOTAS SOBRE SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA	44
2.1 – Concentração da imprensa	44
2.2 – Concentração na radiodifusão	49
2.2.1 – O rádio	49
2.2.2 – A televisão aberta	53
CAPÍTULO 3 – RETRATO DA CONCENTRAÇÃO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL NO BRASIL	57
3.1 – Concentração do poder econômico na mídia	58
3.1.1 - Concentração vertical	60
3.1.2 - Concentração horizontal	63
3.1.3 – Concentração multimídia (propriedade cruzada)	69
3.1.4 – Concentração multissetorial (conglomerado)	72
3.2 – Controle oligárquico dos canais de radiodifusão	74
3.2.1 – Concessão de canais de radiodifusão e clientelismo político	76
3.2.2 – Coronelismo eletrônico	81
CONCLUSÕES	90
PARTE 2 – PLURALISMO NO SETOR DE COMUNICAÇÃO SOCIAL: DEMOCRACIA, DESENVOLVIMENTO E NORMAS CONSTITUCIONAIS	96
CAPÍTULO 1 – O PAPEL DO PLURALISMO NA DEMOCRACIA E NA PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO	97
1.1 – Democracia e pluralismo	97
1.1.1 – Democracia: uma noção polissêmica	97
1.1.2 – O papel do pluralismo de opinião na democracia	99
1.1.3 – A noção de esfera pública	103
1.1.4 – Esfera pública e meios de comunicação social	107
1.1.5 – Controle do governo pela mídia	111
1.2 – Desenvolvimento e pluralismo	114
1.2.1 – Desenvolvimento: algumas considerações	114
1.2.2 – Desenvolvimento e difusão da informação	117
CAPÍTULO 2 – PLURALISMO E NORMAS CONSTITUCIONAIS	121
2.1 – Insuficiência das liberdades econômicas	121
2.1.1 – Livre iniciativa e livre concorrência	122
2.1.2 – Repressão ao abuso de poder econômico	125
2.2 – Proteção dos direitos de comunicação social	129
2.2.1 – Pluralismo político e cultural	130
2.2.2 – Liberdade de expressão	137
2.2.3 – Direito à informação	143
2.3 – A vedação constitucional à concentração da mídia	153

2.3.1 – O artigo 220, § 5º da Constituição Federal	153
2.3.2 – A ilegitimidade da concentração de poder no setor de comunicação social	157
CONCLUSÕES	164
PARTE 3 – PROMOÇÃO DO PLURALISMO NO SETOR DE COMUNICAÇÃO SOCIAL: DIREITO CONCORRENCIAL E REGULAÇÃO.....	167
CAPÍTULO 1 – ELEMENTOS ESPECÍFICOS DO SETOR DE MÍDIA: PLURALISMO E DILUIÇÃO DO PODER.....	167
1.1 – Pluralismo	168
1.1.1 – Pluralismo externo	169
1.1.2 – Pluralismo interno	173
1.1.3 – Pluralismo e concorrência: distinção necessária	178
1.1.4 – Pluralismo e possibilidade de escolha	182
1.2 – Estrutura específica do setor de comunicação social e suas consequências	184
1.2.1 – Estrutura pulverizada de mercado	184
1.2.2 – Proibição per se de concentração	190
1.3 – Diluição do poder e identificação de estruturas concentradas de mercado	194
1.3.1 – Os limites da aplicação da desconcentração punitiva no setor de mídia	194
1.3.2 – Necessidade do recurso à desconcentração estrutural	196
1.3.3 – Controle societário, influência dominante e influência relevante do ponto de vista concorrencial	206
1.3.4 – Audiência como alternativa para medir a concentração	214
CAPÍTULO 2 – OS OBSTÁCULOS NO CAMINHO DA PROMOÇÃO DO PLURALISMO	217
2.1 – O paradigma da eficiência econômica	218
2.1.1 – Economia neoclássica e a Escola de Chicago	218
2.1.2 – O conceito de eficiência econômica para a economia neoclássica	222
2.1.3 – Crítica ao pensamento neoclássico	226
2.1.4 – A contribuição da visão estruturalista da Escola de Harvard	231
2.1.5 – A contribuição do pensamento ordo-liberal	234
2.2 – O controle dos atos de concentração de empresas na Lei 8.884/94	236
2.2.1 – As finalidades da Lei nº 8.884/94	238
2.2.2 – Controle das estruturas de mercado: as regras do art. 54 e seus parágrafos	239
2.2.3 – Eficiência como excludente de ilicitude nos atos de concentração	246
2.3 – Regulação	250
2.3.1 – Mudança na atividade estatal: de produtor a regulador	255
2.3.2 – Teoria da regulação e o combate à ação reguladora do Estado	261
2.3.3 – Auto-regulação: limites e virtudes	267
2.3.4 – Regulação social e atividades de interesse público	271
2.3.5 – Problema da captura do órgão regulador e participação dos interessados	274
CAPÍTULO 3 – INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS E PROMOÇÃO DO PLURALISMO NA MÍDIA: DA ESPERANÇA AO DESENCANTO.....	280
3.1 – O exemplo da TV por assinatura	282
3.1.1 – Perspectivas alvissareiras num ambiente conturbado	282
3.1.2 – Os “impérios” de mídia contra-atacam	285
3.2 – Advento da transmissão digital na radiodifusão	288
3.2.1 – Aspectos tecnológicos: digitalização e compressão	288
3.2.2 – Potencialidades da tecnologia digital	289
3.2.3 – Definição do sistema brasileiro de TV digital	291
3.2.4 – TV digital e o (mal) uso do espectro eletromagnético	303
3.2.5 – Rádio digital	306
3.3 – Convergência tecnológica	309
3.3.1 – Convergência de tecnologias eletrônicas	309
3.3.2 – Convergência tecnológica: internacionalização e concentração	311
3.4 – Internet: o fio de esperança	315
CAPÍTULO 4 – PROMOÇÃO DO PLURALISMO EXTERNO: APLICAÇÃO DO DIREITO CONCORRENCIAL E PROPOSTAS DE REGULAÇÃO	322
4.1 – Revisão da forma de aplicação do direito concorrencial ao setor de mídia	323
4.1.1 – Análise concorrencial no setor de comunicação social	323
4.1.2 – Definição do mercado relevante	326
4.1.3 – A questão das barreiras à entrada	338
4.1.4 – Presunção de prejuízo à concorrência	343
4.1.5 – Avaliação de estruturas monopolistas ou oligopolistas	345
4.1.6 – Análise antitruste e proteção do pluralismo	350
4.2 – Propostas regulatórias para o setor de mídia	361
4.2.1 – Limites à propriedade ou controle de veículos de comunicação social	364
4.2.2 – Vedação do controle de emissoras de radiodifusão por políticos	370

4.2.3 – Modelo misto de radiodifusão: privado, público e estatal	372
4.2.4 – Compartilhamento de infra-estrutura na TV a cabo	377
4.2.5 – TV digital: multiprogramação e operador de rede	381
4.2.6 – Órgão regulador independente	385
CAPÍTULO 5 – GARANTIA DO PLURALISMO INTERNO: MECANISMOS JURÍDICOS	388
5.1 – Pluralismo do conteúdo	389
5.1.1 – Controle da programação das emissoras de radiodifusão	389
5.1.2 – Regionalização e divulgação da produção independente	393
5.1.3 – Obrigações decorrentes do controle da audiência na televisão	397
5.1.4 – Estatuto editorial	399
5.2 – Direitos de acesso aos veículos de mídia	403
5.2.1 – Direito de resposta coletivo	403
5.2.2 – Direito de antena amplo	406
5.2.3 – Extensão de regras de must-carry para todas as televisões por assinatura	408
CONCLUSÕES	412
CONCLUSÃO	419
BIBLIOGRAFIA	422
RESUMO	450
RÉSUMÉE	451
ABSTRACT	452
ÍNDICE	453