

A memória do direito à comunicação

Renato Bigliuzzi¹

Resumo:

Neste artigo, começo por afirmar a existência de um direito à comunicação. Uso a história para recuperar as raízes políticas que levaram à inserção, no texto da Constituição de 1988, de um capítulo destinado à comunicação social. Procuo demonstrar que a história constituinte pode ser utilizada como memória desse direito. Ao final, ofereço alguns exemplos do uso possível dessa memória como instrumento para sua concretização.

Palavras-chave: Direito à Comunicação. História. Constituição de 1988.

Resumen:

En este artículo, afirmo la existencia de un derecho a la comunicación. Utilizo la historia para exponer las raíces políticas que han conducido a la inserción de uno capítulo destinado a la comunicación social en la Constitución brasileña de 1988. Mi argumento es que la historia constituyente puede ser empleada como memoria de este derecho. En el fin, ofrezco algunos ejemplos de lo uso posible de esta memoria como un instrumento para la concretización del derecho a la comunicación.

Palabras-clave: Derecho a la Comunicación. Historia. Constitución Brasileña de 1988.

Abstract:

In this article, I begin by affirming the existence of a right to communicate. I appeal to history to recount the political reasons which lead to the insertion of a chapter devoted to communication in the text of the Brazilian Constitution of 1988. Next, I try to make clear that the history of the constituent assembly of 1987-1988 can be seen as memory, i.e. as an enforceable source of a right to communicate. I close by offering some possible uses of this memory.

Key-words: Right to Communicate. History. Brazilian Constitution of 1988.

I

Meu ponto neste artigo é que o direito à comunicação, no caso brasileiro, está na Constituição e pode ser extraído da sua história, isto é, da sua memória. Por memória, entendo esse verdadeiro depósito de possibilidades que constitui, neste caso, o próprio direito. Que escolhas tiveram que ser feitas para se chegar à forma atual do direito à comunicação? Que pré-condições e pré-compreensões influenciaram essas escolhas? De uma forma mais simples, quais as decisões fundamentais que constituem o direito à comunicação?

¹ Mestre em direito (Universidade de Brasília) e membro do grupo de pesquisa Sociedade, Tempo e Direito/Observatório Constituição e Democracia, da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. O presente texto foi apresentado à IV Conferência Brasileira de Mídia Cidadã (Recife, 2008). Agradeço Cristiano Paixão, José Eduardo Romão, Paulo Henrique Blair, Ricardo Machado Lourenço Filho, Paulo Rená Santarém e Noemia Porto pelos comentários preciosos

O resgate da memória de um direito pressupõe uma impossibilidade. A memória do direito é seletiva. Por exemplo: se a memória de determinado direito é no sentido de negar-lhe a existência porque não se encontra previsto em lei, o direito, como sistema, tenderá a negar a existência desse direito. O direito, como forma, ou como aquela carta de baralho que consideramos nosso trunfo, não mostra sempre tudo que pode significar. Falamos em direito à comunicação como um instrumento, mas não sabemos (e nem precisamos saber) quais são todos os seus significados. Isto não acontece apenas com esse direito. Todos os direitos, em virtude da sua forma especial, são instrumentos úteis justamente porque já vêm prontos para usar.

Essa característica simplificadora do discurso jurídico poderia ser chamada de latência do sistema do direito. Latência significa esse repositório de escolhas e seleções prévias que o significado pronto para uso não nos permite ver.²

Mesmo que toda a história, toda a memória de um determinado direito não precise ser revelada toda a vez que se enuncia a existência de um direito, é preciso saber que essa memória pode ser consultada. A cada consulta, é possível sofisticar a memória, removendo do sistema a preguiça que tende a se instalar se não for observado.³ Um momento em que pode ser necessário consultar essa memória é justamente o momento em que vivemos agora, quando o direito à comunicação parece poder ser usado para interferência nas escolhas que influenciarão na organização da comunicação pelos próximos anos.

II

Antes de falarmos dessa memória, acho interessante observar um fato que costuma nos incomodar muito: o fato de o direito à comunicação não estar textualmente previsto como normalmente exige o figurino legal. Devo dizer que esse incômodo tem que acabar!

O direito à comunicação é um direito não-enumerado (Dworkin, 1992 p. 381), um

² O conceito de latência para a descrição dos sistemas sociais foi utilizado por Niklas Luhmann, 1973, p. 132-135, que menciona o sociólogo Robert K. Merton como um pioneiro na transposição do conceito da psicanálise para a sociologia. De acordo com Merton, 1936, p. 901, a evolução da sociedade pode demonstrar que as operações sociais estão baseadas em erros sobre a própria sociedade, ou seja, autodescrições equivocadas da sociedade. Disto resulta que determinadas sociedades (grupos de indivíduos) possam estar “dançando com fantasmas” (Wilson, 2007, p. 51), tentando resolver problemas que não existem ou, ainda, resolvendo problemas já resolvidos. O erro pode resultar de negligência, mas também de um desejo patológico de perceber uma situação de uma maneira que não corresponde à realidade. Agindo a partir de premissas imaginárias, é óbvio que a ação social poderá resultar em conseqüências não-planejadas.

³ “A função social dos meios de comunicação” encontra-se na “memória produzida”; “(...) a memória consiste no fato de, em cada comunicação, se poder tomar como conhecidas algumas suposições determinadas sobre a realidade, sem precisar introduzi-las ou justificá-las expressamente.” (Luhmann, 2005, p. 114). Esse caráter automático de se supor que determinada coisa “é” porque foi “historicizada” (Luhmann, 1985, p. 140-141) é posto em xeque quando se reconstrói a memória.

direito que não está na lista de direitos do texto constitucional. No entanto, acredito que é possível extrair o direito à comunicação de uma interpretação global da Constituição, em especial do capítulo sobre comunicação social (arts. 220 a 224). E, portanto, é plausível sustentar que indivíduos ou grupos de indivíduos formulem pedidos que pressuponham a existência jurídica de um direito à comunicação. O parágrafo 2º do art. 5º da Constituição de 1988 permite que direitos que não constam expressamente da lista do art. 5º sejam considerados direitos fundamentais em igualdade de condições com os que estão expressamente previstos.

Em geral, sociologia e direito têm visões bem diferentes do que consiste a efetividade de um direito.⁴ É possível dizer, sem muito medo de errar, que o direito criou diversos mecanismos que lhe permitem resolver o problema da não-efetividade. Esses mecanismos, não convencem o sociólogo, que está preocupado com o que realmente acontece. Ou seja, enquanto o direito mantém a sua consistência mesmo diante do descumprimento, resultando que algo que é direito continua sendo direito mesmo se descumprido, a sociologia quer saber o que leva as pessoas a não cumprirem as normas que não cumprem e a cumprirem normas que, para o direito, nem existem.

Para uma visão clássica do direito, cada vez mais em desuso, não importa se as normas estão sendo cumpridas. Importa saber se existem e são aplicáveis. Importa saber, por exemplo, se sobre determinada conduta ilegal poderá incidir uma norma proibitiva (que diz o contrário do que a conduta executa). No caso das normas constitucionais, importa saber se a norma constitucional basta ou se, para reprimir determinada conduta, será necessário uma lei (se quiséssemos representar graficamente a atuação do sistema do direito neste caso, diríamos que o direito “enquadra” a sociedade).

Meu problema neste texto é outro tipo de enquadramento. Como a sociedade enquadra o direito, ou melhor, como as exigências sociais condicionam a resposta do direito e como é

⁴ A obra *Aplicabilidade das normas constitucionais* de José Afonso da Silva, 2008, é a referência mais utilizada sobre o tema da eficácia das normas constitucionais no Brasil. A classificação das normas de acordo com o grau de eficácia (plena, contida, limitada) é um instrumental utilizado diariamente pelos juristas que se dedicam a descobrir se determinada norma constitucional pode ser aplicada diretamente a determinado caso, ou seja, se a Constituição de 1988 basta a si mesma para determinada situação fática ou se, por outro lado, a controvérsia jurídica exige, para ser resolvida de determinada forma, que a norma presente na Constituição seja complementada, regulamentada por uma lei de grau inferior. José Afonso da Silva adverte, logo no início de *Aplicabilidade*, que a sua classificação refere-se a eficácia jurídica das normas constitucionais, e não à sua “eficácia social” ou “efetividade”. O autor anota: “‘Eficácia social’ significa a real efetivação da norma; significa que ela está efetivamente regendo a realidade social nela descrita. O termo ‘efetividade’ exprime tecnicamente essa qualidade da norma jurídica.” Por efetividade, nas palavras de outro conhecido constitucionalista, devemos entender “a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social” (Barroso, 2006, p. 442).

possível que sejam reconhecidas pelo direito. A hipótese é que o estudo do direito constitucional permite observar como o direito responde às pressões da sociedade.⁵

Essa diferença de visão sobre a efetividade tem tudo a ver com as questões postas neste artigo. Se queremos saber se um direito existe, devemos nos concentrar não apenas no que dizem ou não dizem os textos legais, mas sim na existência real, contextual desses direitos. Este é um desafio que intencionalmente mistura direito e sociologia. É uma forma de enfrentar a questão que expõe o caráter aberto do direito, em especial do direito constitucional.

III

Mas o que queremos dizer quando falamos em um direito à comunicação?

O direito à comunicação quer dizer antes de tudo liberdade e igualdade. Esse conceito abstrato, “comunicação”, quer dizer que todos nós, indivíduos, organizações da sociedade civil, empresas, temos igual e livre direito a nos comunicar.

Formalmente, esse direito pode ser visto como um novo estágio, mais desenvolvido, da liberdade de expressão. Seria como se o círculo se fechasse sobre o direito à liberdade de expressão, assegurando a todos não apenas o direito a se expressarem, mas também de receberem comunicação. Teríamos aqui um “direito de mão dupla”.

Mas não é só isso. Apenas liberdade de dizer e ouvir não faz um direito à comunicação. Parece-me que o fundamental nesta nova equação é a igualdade. Direito à comunicação não é só ter a liberdade de se expressar e de poder receber as assim chamadas informações. É importante que todos tenham a mesma oportunidade de participação na comunicação. Quando se percebe que o direito à comunicação é um direito à igual participação nos processos de produção da comunicação, percebe-se que o clamor por um direito à comunicação surgiu provavelmente da constatação de que a comunicação se distribui de maneira desigual. Quer dizer, grupos sociais perceberam que as oportunidades para comunicação não estão distribuídas de maneira minimamente igual na sociedade. Perceberam que as possibilidades de comunicação dependem de outros critérios de distribuição (dinheiro, poder, tecnologia). As possibilidades de interferir na comunicação aumentam quando aumenta a posse desses outros fatores assimetricamente distribuídos na sociedade.

Isso não é algo novo. O que parece particularmente no direito à comunicação é o próprio uso desse conceito elusivo, comunicação. A existência de um direito à comunicação

⁵ A relação entre mudança legal (constitucional) e mudança social é tratada por Luhmann, 1985, p. 144-145. Para o caso específico da Constituição de 1988, há análise contemporânea de Lima Lopes, 1987.

parece confirmar que a sociedade chegou a um ponto em que quem não participa da comunicação não pode ser considerado titular de direitos. Direito e comunicação se aproximaram de tal maneira, que se determinado indivíduo, determinado grupo social, determinada empresa, não consegue se comunicar, não será considerado um sujeito de direitos.

O direito à comunicação, mais do que as suas formulações anteriores (liberdade de expressão, direito à informação, liberdade de imprensa) parece ser o reconhecimento mais recente da importância da comunicação para a sociedade moderna (Luhmann, 1982, p. 247-48). E, se considerarmos que a sociedade moderna é feita de comunicação (Luhmann, 1997), concluiremos que o direito à comunicação hoje é antes de tudo o direito de *igual acesso* à comunicação.⁶ Assim como o direito à saúde pode ser entendido como o direito a um pronto-socorro simples e a um tratamento cirúrgico complicado que só existe no exterior, o direito à comunicação é um direito amplo que pode ser visto como o direito a ter um telefone fixo, um celular pré-pago, o direito a ver TV na Internet ou qualquer outro direito que venha a surgir em virtude do desenvolvimento tecnológico.

Podemos resumir dizendo que o direito à comunicação é o direito de participar, em igualdade de condições, do fluxo comunicativo da sociedade moderna. Esse direito, por estar ligado de maneira tão forte com a igualdade, e se referir de maneira direta à comunicação, acaba sendo um “segundo nível” de igualdade na comunicação: permite observar como é desigual a suposta igualdade comunicativa dos seres humanos.⁷

IV

E aqui surge um problema clássico em teoria do direito. É o problema de se confundir o direito com o direito a uma prestação ou, no caso do direito à comunicação, confundir comunicação com mero acesso a bens ou a instrumentos técnicos ou artefatos. Se formos por aí, a primeira pergunta que vai surgir nesse contexto é: “quanto direito à comunicação uma pessoa deve ter?”. E a resposta vai ser: “cada cidadão tem dois, talvez três direitos básicos no que se refere à comunicação: o direito de falar ao telefone fixo, o direito de ouvir rádio e

⁶ Visto como um direito humano, o direito à comunicação deve ser entendido como um direito ao acesso. Levando-se em conta a hipótese de Luhmann sobre a sociedade moderna (ou melhor, sobre o potencial inclusivo da sociedade moderna, que já não pode contar com outra distinção diferenciadora), o direito à comunicação é o direito de obter acesso à sociedade. Sobre a posição dos direitos humanos na teoria da sociedade, ver Luhmann, 2002.

⁷ Isto é, sabemos que o direito à igualdade já nos fez formalmente iguais. Também sabemos que todos participamos de alguma forma da comunicação. Disso se extrai que o direito à comunicação é um conceito que cria um segundo nível tanto do direito à igualdade quanto da comunicação.

televisão e o direito de usar os Correios”.⁸

Essas são as respostas do que chamaria de “discurso regulatório-econômico” do direito à comunicação. Esse discurso pressupõe que esse direito pode ser condicionado. No caso do telefone, condicionado ao pagamento de uma assinatura básica e dos minutos utilizados. No caso da televisão e do rádio, condicionado à aquisição de um aparelho. No caso dos Correios, condicionado a um endereço e ao pagamento de determinado preço (não custa nada recebê-las).

Essa forma de ver o direito vai bater na parede dos limites econômicos e, certamente, dos limites políticos. E quando a sociedade, ao observar a desigualdade no acesso aos meios de comunicação, desejar que o direito à comunicação seja estendido? Quando além desse trio de possibilidades acima desejarmos garantir o acesso à Internet? E quando além do acesso, passivo, desejarmos que o Estado garanta formas de intromissão, de participação no conteúdo?

Essas questões não serão resolvidas com uma afirmação do dilema da quantidade de direitos. Se trilharmos esse caminho, o direito à comunicação nunca vai ser uma solução, vai ser sempre um problema para a sociedade. Para as organizações que deverão abrir mão de algo para permitir o acesso à comunicação (tempo da programação, no caso de uma emissora de televisão; recursos com a rede, no caso de uma operadora de telefonia), o direito à comunicação será descrito como uma *perda*, quer dizer, será visto como o dever de suportar uma situação passiva em prol de uma situação ativa da sociedade.⁹

Disso resulta que a questão fundamental vai ser como a sociedade brasileira vai descrever esse direito. Não basta saber se está ou não previsto, em qual artigo de qual lei. Como pauta, como agenda, o direito à comunicação exige que se formule uma narrativa coerente. É preciso construir memória sobre o direito à comunicação.

V

Em trabalho anterior descrevi o capítulo da comunicação social (o conjunto de princípios e regras sobre a mídia que está na Constituição de 1988) como um exemplo de falta

⁸ Uma excelente obra sobre as relações entre Estado, indivíduo e as normas jurídicas sobre a prestação de serviços de comunicação (ainda que influenciada pela visão de um direito à comunicação como direito a determinados bens) é Pool, 1983.

⁹ Não ignoro que essa distinção entre perdas e ganhos só pode ser formulada se se deixar de lado o aspecto público e inalienável do direito à comunicação. De qualquer forma, insisto nesta diferença nem que seja apenas pelo caráter didático: é preciso constatar que determinadas organizações descreverão o exercício de certos direitos coletivos como perdas.

de efetividade da norma constitucional (Bigliuzzi, 2007).¹⁰

Acho que pelo menos do ponto de vista sociológico, isto está correto. Há uma espécie de névoa cobrindo esta parte da Constituição, como se ela não fosse bem uma parte real do texto constitucional. É comum que ainda se olhe para o capítulo como um trecho meio esotérico, como se fosse e não fosse Constituição, como se as regras do jogo ainda pudessem ser as mesmas de antes da Constituição. As regras previstas no capítulo, em geral, não foram regulamentadas, ou se foram, foram muito mal regulamentadas. Quem afinal sabe por que não é o Conselho de Comunicação Social quem opina sobre as concessões de radiodifusão?¹¹

É possível que se diga que bastam os princípios do art. 220. O problema é que os ótimos princípios que lá estão continuam a ser lidos como declarações de vontade por uma grande maioria de intérpretes especializados. Vistos como meras declarações, a discussão sobre princípios é uma corrida atrás do próprio rabo: a enunciação de um princípio leva ao uso de outro princípio não-excludente. Quem decide qual dos dois prevalece? Essa disputa principiológica fica clara em eventos recentes.

No caso da classificação indicativa, por exemplo, a alegação de que o cumprimento das regras do Ministério da Justiça atenderia ao princípio da preferência por finalidades educativas, culturais e informativas e da proteção da pessoa e da família (art. 221, I e IV) pôde ser respondida pelas emissoras de televisão a partir do uso de um outro princípio, o da liberdade de expressão e pensamento (art. 220, caput).¹² No caso da implantação da televisão digital e dos debates sobre convergência, o princípio da promoção da cultura nacional (art. 221, II) tem sido utilizado como barreira ao capital estrangeiro (o qual, se quisesse, poderia também alegar o princípio da liberdade de expressão de seus possíveis clientes).¹³

Com isso quero dizer que jogar com os princípios não garante o direito à comunicação. Além de sempre poderem ser contrapostos a outros princípios, é fato que para que a prática diária, principalmente para os interlocutores de quem luta pelo direito à

¹⁰ É óbvio que a constatação da falta de efetividade decorre de um juízo imediatista. Aqui é muito fácil se confundir (o crítico também está sujeito a erro) e concluir que o capítulo da comunicação social não serve para nada, pelo menos não serve para mudar o comportamento da mídia. Ou seja, serve apenas em seu caráter negativo (proteção contra o Estado) e muito pouco no seu aspecto positivo (promoção de direitos). No entanto, este artigo tenta fazer algumas críticas a esse juízo apressado e, por mais que não sejam todas conclusões otimistas, indica um caminho interpretativo a ser percorrido. Este insucesso aparente não deve conduzir a um desdém pelas normas constitucionais sobre a mídia e nem tampouco conduzir, necessariamente, à proposta radical de que tudo “é” como “deveria ser”.

¹¹ O caso do Conselho resume a dificuldade em se interpretar de forma integral o capítulo sobre a comunicação social da Constituição. As respostas não estão no texto. Apenas a história constituinte explica o deslocamento das discussões sobre comunicação do Conselho para a política comum, para a troca de favores entre Executivo e Legislativo.

¹² Sobre o assunto, ver Romão, 2008.

¹³ Bastante ilustrativa a apresentação de Evandro Guimarães ao Conselho de Comunicação Social (CCS, 2006).

comunicação, os princípios valem muito pouco. É bastante difícil que um órgão administrativo recorra a um princípio constitucional para deixar de cumprir uma regra qualquer que é contrária ao princípio. É muito raro (aconteceu no caso da classificação indicativa) que uma portaria, ou seja, um ato administrativo, apóie-se nos princípios para interpretar a legislação precedente. Experimente alegar o princípio da liberdade de expressão quando o fiscal chegar! Minha hipótese é que os princípios raramente influenciam a prática administrativa.

Essa conclusão sombria sobre a aplicabilidade da Constituição de 1988 só é possível a partir de uma crítica sociológica do direito. E, como crítica, ela ajuda a perceber os desafios que esperam a defesa de uma noção ampla do direito à comunicação. Como crítica, essa sociologia da Constituição só pode ser útil se conseguir revelar de onde vem esse desejo por um direito à comunicação.

VI

Quando se fala de um direito constitucional, uma fonte importante para a recuperação dessa memória é a história da Constituição. E uma das formas pelas quais podemos observar a história da nossa Constituição é consultando os arquivos da Assembléia Nacional Constituinte, que se realizou entre 1987 e 1988.

Portanto, a hipótese que quero expor é que a recuperação da memória do direito à comunicação como um direito constitucional, um direito que estava presente na Constituinte é uma forma de superarmos essa perspectiva sombria. Desejo mostrar que o alcance que essa memória pode ser algo muito relevante, uma referência de grande utilidade para a afirmação do direito à comunicação como um direito efetivo.

A memória do direito à comunicação a partir da Constituinte demonstra que o problema com que convivemos hoje, o problema da efetivação dos direitos, não era algo desconhecido para os constituintes que trabalharam na elaboração do capítulo da comunicação social da Constituição de 1988¹⁴.

Em audiência pública realizada em 1987, o deputado constituinte Artur da Távola (PMDB-RJ) sugeriu ao Ministro das Comunicações, Antonio Carlos Magalhães, a suspensão da outorga de canais de radiodifusão enquanto a Assembléia Constituinte não aprovasse novas regras para o setor (ANC, 1987c, p. 309). O Ministro das Comunicações respondeu da

¹⁴ É importante lembrar do “Relatório McBride”. O documento, elaborado no âmbito da Organização das Nações Unidas para Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco), influenciou constituintes e assessoria. Sobre a importância histórica do relatório, ver Calabrese, 2004.

seguinte maneira:

Não me parece adequado que a Assembléia Nacional Constituinte, ao se reunir, queira evidentemente não só descumprir a Constituição em vigor, e muito mais, derrogar as leis existentes. Como o Congresso Nacional está em pleno funcionamento, poderia estar mais e depende da vontade dos Senhores estar ou não, cabe a Vossa Excelências modificar a legislação, e não a mim atender a um apelo pessoal de Vossa Excelência, que pode não representar a vontade do Congresso Nacional; conseqüentemente, não só como Ministro não tenho forças para tanto, como também seria mais do que autoritário eu responder a Vossa Excelência que não ia cumprir uma lei vigente. Isso é, para mim, praticamente impossível. Eu desejo apenas que Vossa Excelência tenha esse poder de convencimento, para que nós, do Executivo, possamos cumprir sempre as legislações em vigor. Descumpri-las, evidentemente, não podemos (ANC, 1987c, p. 310).

Para mim, a resposta do então ministro resume um sentimento que temos até hoje. Não basta mudar a Constituição, criar novos direitos, nada disso vai impedir que as coisas continuem sendo como são. O que importa é mudar a “lei”, ou seja, o comando burocrático para o Estado, para o administrador público. E depois importa mudar o ministro, que pode não concordar com o conteúdo da “lei”. Se a “lei” e o ministro mudarem, mudarão as coisas. Esse caráter causal (pressupõe uma série de atos causais) e personalista (depende da visão que a autoridade pública viria ter da “lei”) da mudança resume as dificuldades que o direito à comunicação teve que enfrentar na Constituinte.

Antes da convocação da Assembléia Constituinte, um partido político (Partido do Movimento Democrático Brasileiro ou PMDB, ver Lima s.d. p. 152) e uma entidade sindical (Federação Nacional dos Jornalistas – Fenaj¹⁵) haviam reivindicado mais espaço para a rediscussão das comunicações no Brasil. Neste momento embrionário, podiam ser formuladas várias críticas à mídia: falta de isenção nas coberturas jornalísticas, autocensura nas redações, o enorme poder concedido aos anunciantes, capaz de influenciar a linha e postura política das redações, a falta de transparência na relação entre Estado e emissoras de televisão.

Quais seriam os critérios para a concessão de canais? Seria interessante aumentar ou restringir a participação do Estado nas telecomunicações em geral e também na televisão? Por que não se fazia nada a respeito da cobertura jornalística parcial exibida por alguns telejornais?

Para o deputado constituinte Carlos Alberto Caó, do Partido Democrático Trabalhista (PDT) do Rio de Janeiro:

¹⁵ Um grupo de pessoas reunidas em torno da Fenaj conseguiu reunir assinaturas suficientes para a apresentação de uma emenda popular que continha sugestões para dispositivos constitucionais relacionados ao setor de mídia, em especial a televisão. O presidente da entidade era Armando Rollemberg, que fez uma avaliação da atuação da Fenaj em uma reunião do Conselho de Comunicação Social (CCS, 2004).

a questão que se coloca diante do problema da comunicação não é de se fortalecer ou mesmo de se manter a presença do Estado. O Estado já está aí, controlando o sistema de comunicações. O Estado já está aí em aliança com grupos privados oligopolistas ou monopolistas, e com aliança com empresas multinacionais (...) [a intenção] é exatamente a de reduzir, ao mínimo possível, a de fazer com que, em relação aos problemas de natureza política, convicções religiosas, enfim, em relação à liberdade de manifestação, o Estado esteja recuando, o Estado esteja, se possível, ausente, e que o controle dessas manifestações passe a ser feito, de forma inteligente, sábia e criativa por outros corpos da sociedade civil (ANC, 1987c, p. 284).

Na sua proposta de dispositivo constitucional, a Fenaj e a então Frente Nacional de Lutas por Políticas Democráticas de Comunicação falavam a linguagem dos direitos: “A comunicação é um bem social e um direito fundamental da pessoa humana e a garantia da sua viabilização é uma responsabilidade do Estado” (Fenaj, 1987, p. 90). Na Emenda Popular nº 91:

O direito de todos à comunicação; rejeição de qualquer tipo de censura; monopólio estatal do serviço de telecomunicações e da comunicação postal; fim da concentração da propriedade no setor de comunicação no país, desmontando os oligopólios que dominam o setor.

A democratização dos meios de comunicação interessa a todos. A discussão sobre a sua posse e uso, na verdade, é essencial à própria natureza do regime que a atual Constituição está encarregada de normatizar. Esse é um fenômeno moderno desconhecido dos constituintes de 1823, 1891, 1934 e 1946.

Propõe-se que seja a informação considerada como um bem social e, para isso, os veículos devem ser controlados por fundações ou sociedades civis sem fins lucrativos.

A informação, como bem social, não pode ser manipulada, como se fosse mera mercadoria, condicionada diretamente aos interesses do capital que domina as grandes empresas do setor de comunicação (Michiles *et al*, 1989, p. 254-255).

Como implementar direitos inovadores, que não se encontravam previstos em lugar algum? Como influenciar definitivamente na ordem jurídica, de forma que os novos direitos, uma vez criados, fossem respeitados na prática?

Parece-me que o estudo da história constituinte demonstra que a resposta que os defensores do direito à comunicação tinham era o Conselho. O Conselho seria essa instância de moderação dos conflitos surgidos no processo de democratização, de implementação de um direito à igual participação no processo comunicativo. Teria uma existência autônoma em relação aos outros poderes e possuiria atribuições administrativas como, por exemplo, analisar os processos de concessão de canais e tomar providências em relação à existência de concentração de mercado. O Conselho permitiria superar as contingências. Para Armando Rollemberg, presidente da Federação Nacional dos Jornalistas (Fenaj) durante a Constituinte:

Eu localizaria o início desse processo, de forma mais ordenada, de forma mais organizada, num encontro nacional que a Fenaj organizou aqui em Brasília com jornalistas de todo o País para discutir as teses que os jornalistas apresentariam à próxima Assembléia Nacional Constituinte. Então, já se tinha presente que ia haver uma Assembléia Nacional Constituinte, que, em 86, em eleições gerais, o Brasil escolheria os seus constituintes, e nós então nos apressamos para discutir as teses que os jornalistas levariam à Constituinte.

Foi nesse encontro nacional aqui em Brasília que, pela primeira vez, se falou de forma mais articulada na criação de um conselho (CCS, 2004, p. 27).

A partir da instalação da Assembléia Constituinte, as propostas do movimento social ganharam corpo no trabalho dos constituintes integrantes da Subcomissão da Ciência e Tecnologia e da Comunicação, parte da Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação. Muitas destas propostas foram acolhidas em declarações, comentários, discursos e, principalmente, no relatório da deputada constituinte Cristina Tavares (PMDB-PE):

Vislumbra-se um novo cenário, dentro do qual grandes organizações empresariais conviverão com produtores mantidos por entidades culturais ou comunitárias, num ambiente verdadeiramente democrático. O projeto constitucional sugere que aproveitemos este momento de mudanças sociopolíticas coincidindo com transformações tecnológicas para multiplicarmos os meios pelas quais a sociedade poderá falar (ANC, 1987a, p. 282).

Neste “novo cenário”, o Conselho teria um papel fundamental. Tratava-se, nas palavras de Cristina Tavares, de um “instrumento de ação social sobre os meios de comunicação”. Seria “formado por representantes do Estado e da sociedade civil”, a exemplo dos Estados Unidos, “que desde 1934 possui a sua Comissão Federal de Comunicação”. Atenderia aos seguintes princípios:

I – Promoção da cultura nacional em suas distintas manifestações, assegurada a regionalização da produção cultural nos meios de comunicação e na publicidade.

II – Garantia da pluralidade e de centralização vedada a concentração da propriedade dos meios de comunicação.

III – Prioridade a entidades educativas, comunitárias, sindicais, culturais e outras sem fins lucrativos na concessão de canais e exploração de serviços (ANC, 1987a, p. 283).

O relatório concluía a sua análise do papel democrático da comunicação social com uma lembrança do que seriam, na opinião da relatora, as duas principais demandas sociais apresentadas à Constituinte: “obter-se o maior controle da sociedade sobre os conteúdos dos meios de comunicação que colocam em suas casas” e “agregar um caráter social ao uso que se faz dos meios de comunicação, fazendo servir à população e ao seu real interesse” (ANC,

1987a, p. 285). Não resta dúvida, para mim, que essa era a formulação concreta, real e efetiva do que seria o direito à comunicação.

A principal arma contra o relatório de Cristina Tavares foi a Emenda Martinez, proposta pelo constituinte José Carlos Martinez, radiodifusor e deputado pelo PMDB do Paraná¹⁶. Veio na forma de um destaque, uma emenda supressiva à proposta da relatora. A Emenda Martinez foi apresentada em 22 de maio de 1987, praticamente uma semana depois da leitura, na Subcomissão, do relatório de Cristina Tavares. Esta emenda extinguiu o Conselho Nacional de Comunicação proposto no relatório de Cristina Tavares. Em seu lugar, entrava uma compreensão própria do princípio da separação dos poderes, uma visão dos poderes como órgãos impermeáveis à comunicação, preocupados não com a implantação da Constituição, mas sim com o “controle” de um poder pelo outro, um controle que, neste caso, impossibilitaria o direito à comunicação que parte da Constituinte desejava criar (ANC, 1987b, p. 162-163).

Presidente da República e Ministro das Comunicações manteriam suas competências previstas antes da Constituinte. As novidades da Emenda Martinez estavam no papel atribuído ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário. Sob a alegação de que nenhum órgão seria mais representativo do que esse “grande conselho que é o Congresso Nacional” (ANC, 1987b, p. 161-162), o Poder Legislativo surgia como uma alternativa ao Conselho.

A proposta de substituir um conselho pelo próprio Congresso Nacional (revestida de argumentos de representatividade) se aproximava da definição de um processo de outorga de concessões de radiodifusão em que deputados e senadores proprietários de emissoras seriam partes e juízes ao mesmo tempo, como foi alertado pelo constituinte Artur da Távola (ANC, 1987c, p. 338-339). A proposta abria caminho para a legalização de um esquema que há muito se beneficiava da parceria entre Estado e indústria.

O fato histórico é que a Emenda Martinez foi aprovada de forma bastante questionável, ao final de uma reunião que durou dois dias. Sua aceitação em caráter substitutivo levou Cristina Tavares a abandonar a sessão. Houve denúncias de que deputados constituintes teriam recebido promessa de canais de radiodifusão para derrubar o relatório de Cristina Tavares e aprovar a Emenda Martinez. (ANC, 1987b, p. 150). No final, a Comissão da Família, da Educação, da Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação da Constituinte foi a única a não apresentar um documento que servisse de base para o trabalho da Comissão de Sistematização da Assembléia, responsável pela elaboração das

¹⁶ Para mais informações, Conti, 1999, p. 526.

versões que resultariam no texto final (Motter, 1994, p. 265). No final dos trabalhos da Constituinte, a estrutura criada pela Emenda Martinez foi mantida, aceitando-se a companhia do Conselho, com a condição de que se tornasse um órgão “auxiliar” do Congresso Nacional (ANC, 1988, p. 10727).¹⁷

VII

Esse breve resgate da memória do direito constitucional à comunicação parece sugerir uma parte dos constituintes, que poderíamos chamar de progressistas, tinha duas preocupações com o direito à comunicação. Uma delas era institucional, sobre quem seria o responsável pela “democratização” da comunicação. Minha opinião é que esses constituintes queriam que o Conselho fosse esse guardião do direito à comunicação.

Outra preocupação, talvez mais importante, tinha um cunho social. É fato que a defesa apaixonada da democracia nas comunicações, especialmente aquela feita pela deputada Cristina Tavares, continha uma preocupação com a distribuição da propriedade dos meios de comunicação. Mas era uma defesa que não se esgotava em se saber quem eram os titulares dos canais ou quais seriam os custos de determinada tecnologia. Era, acima de tudo, uma defesa do potencial democrático do direito à comunicação em si, ou seja, uma crença nos direitos de igualdade e liberdade aplicados à comunicação, em uma democracia participativa que poderia exigir uma redistribuição de acessos, mas que não se esgotaria nisso.

Considero esse ponto a razão de ser desse resgate da memória do direito à comunicação: demonstrar que, mais do que só existir, esse direito também indica possibilidades de interpretação da Constituição que não se esgotam nas dualidades e oposições a que estamos acostumados. Essa abertura do direito à comunicação está na Constituição e precisa ser redescoberta.

Sugiro algumas linhas de ação que podem ser oxigenadas pelo direito constitucional à comunicação:

1. Reapreciação crítica das normas jurídicas anteriores à Constituição. Grande parte das normas que ainda regem a comunicação do país (leis e atos administrativos) foram expedidas muito antes da Constituição. Em virtude de uma construção jurídica bastante pragmática, essas normas têm sido consideradas válidas, mesmo que muitas vezes sejam

¹⁷ No primeiro projeto de constituição da Comissão de Sistematização o Conselho ainda tinha competência para se pronunciar sobre as outorgas de canais de televisão. Essa competência foi retirada já no primeiro substitutivo proposto à Comissão. Comparar “Projeto de Constituição”, vol. 223(1) dos anais da Assembléia Nacional Constituinte, julho de 1987 e “Projeto de Constituição. Primeiro Substitutivo do Relator e Parecer”, vol. 235, agosto de 1987.

manifestamente contrárias ao direito à comunicação. Ora, nenhuma Constituição basta a si mesma, nenhum direito pode ficar apenas na teoria. Em alguns momentos, será necessário intervir nessa realidade, inclusive por meio de legislação (por exemplo, há em curso um debate a respeito da necessidade ou não de uma lei específica sobre a imprensa. Penso que a falta de informações sobre o tema é o que ainda permite, por exemplo, que se defenda a desnecessidade total de uma lei de imprensa como se Constituição fosse auto-suficiente).¹⁸

2. Abordagem crítica da regulação econômica. Muito do debate sobre o direito à comunicação tem sido obscurecida por uma abordagem supostamente técnica ou econômica dos direitos. A crença na regulação econômica – uma aplicação do direito que seria diferenciada em virtude das características específicas de determinado setor da economia – apenas prolonga o problema do direito à comunicação. O direito à comunicação, para ser efetivo, tem que contar com o reconhecimento jurídico. Não basta que se insira no discurso do regulador do mercado de comunicação. É importante que se valorize a dimensão social desse direito, a sua característica específica que julgo ser a igualdade de oportunidades de acesso à comunicação, não apenas o acesso a determinado serviço tecnológico, algo que aquele discurso regulatório puramente econômico tende a valorizar. Para usar uma expressão biológica, o direito à comunicação tem mesmo que “parasitar” a evolução tecnológica, requisitando distribuição igualitária de recursos. Essa é um processo que não tem fim: as tecnologias e a criatividade sempre criarão novas formas de comunicação, de disseminação dos meios que propiciam comunicação.

3. Superação das colisões. Grande parte do que se escreve e do que se pensa sobre comunicação social no Brasil ainda está focada no dilema liberdade individual versus interesse do público. Outras formas de se colocar o dilema opõem privacidade e liberdade de comunicação. Ninguém pode ignorar que essas colisões efetivamente ocorrem, mas já parece pouco promissor centrar a análise apenas nelas. Em primeiro lugar, são inevitáveis: as constituições em regra são feitas exatamente para permitir a coexistência de princípios divergentes (este é seu mérito). Em segundo lugar, essas colisões, por mais técnica que se ponha na sua solução, acabam por privilegiar, no caso concreto, um interesse sobre outro. Reconheço que isso ainda é muito pouco para indicar qualquer espécie de superioridade do

¹⁸ Um resultado importante desse processo talvez seja a percepção de que algumas dessas normas hoje em dia não são mais as que estão contidas nesses textos, mas sim as que são praticadas pelas organizações (empresas) envolvidas. É sempre bom lembrar que quando o direito muda, essa mudança tem que passar por “filtros” que mediam entre o indivíduo e o sistema da sociedade (organizações, grupos, ou seja, resquícios de outras formas de diferenciação). Segundo Luhmann, 1985, p. 138, “abaixo do plano dos sistemas sociais organizados, ainda atuam também sistemas elementares de interação que seguem em certo grau suas próprias leis.”

direito à comunicação sobre o método de estudo proposto pelas colisões, mas confesso que o direito à comunicação, na forma como procurei abordá-lo, me parece mais interessante justamente porque não pressupõe a colisão, ou seja, não pressupõe que sua aplicação ao caso concreto se faça sempre em detrimento de outro interesse.

Referências

- ANC. 1987a. Diário da Assembléia Nacional Constituinte 1 (66), 27 de maio de 1987.
- ANC. 1987b. Diário da Assembléia Nacional Constituinte 1 (85) , 27 de junho de 1987.
- ANC. 1987c. Diário da Assembléia Nacional Constituinte 1 (91), 9 de julho de 1987.
- ANC. 1988. Diário da Assembléia Nacional Constituinte (2), 25 de maio de 1988.
- BARROSO, L.R. 2006. A doutrina brasileira da efetividade In: P. BONAVIDES; F.G. MARQUES DE LIMA; F.S. BEDÊ. Constituição e democracia: estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho São Paulo: Malheiros, p. 435-448.
- BIGLIAZZI, R. 2007. A constituição domada: democracia e o Conselho de Comunicação Social Dissertação (mestrado) Brasília: Universidade de Brasília Faculdade de Direito. Disponível em: http://bdtb.bce.unb.br/tesesimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=2781 Último acesso: 30.05.2008.
- CALABRESE, A. 2004. Moving forward, looking back: the MacBride Report revisited. Information technologies and international development 1(3-4), p. 51-52.
- CCS. 2004. Ata circunstanciada da 5ª reunião de 2004 Brasília: Congresso Nacional Conselho de Comunicação Social, 7 de junho.
- CCS. 2006. Ata circunstanciada da 7ª reunião de 2006 Brasília: Congresso Nacional Conselho de Comunicação Social, 4 de setembro.
- CONTI, M.S. 1999. Notícias do Planalto: a imprensa e Fernando Collor São Paulo: Companhia das Letras.
- DWORKIN, R. 1992. The concept of unenumerated rights. Unenumerated rights: whether and how Roe should be overruled University of Chicago law review (59) p. 381-432.
- FENAJ. 1987. Federação Nacional dos Jornalistas Proposta de Dispositivo Constitucional In: M.R. ABREU (ed). Constituição e constituinte: coletânea de textos Brasília: Editora Universidade de Brasília, p. 90-91.
- LIMA, V. A. de. s.d. Comunicação na Constituinte: a defesa dos velhos interesses In: V.L. BASTOS e T. M. COSTA Caderno CEAC/UnB: Constituinte: temas em análise 1(1) Brasília: Universidade de Brasília Centro de Estudos e Acompanhamento da Constituinte p. 143-152.

- LIMA LOPES, J. R. 1987. Mudança social e mudança legal: os limites do Congresso Constituinte de 87 Revista de Informação Legislativa 24(94) abril-junho p. 45-58.
- LUHMANN, N. 1973. Ilustración sociológica y otros ensayos. Buenos Aires: Sur.
- LUHMANN, N. 1982. The differentiation of society New York: Columbia University Press.
- LUHMANN, N. 1985. Sociologia do direito II Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.
- LUHMANN, N. 1997. O conceito de sociedade In: C.E.B. NEVES e E.M.B. SAMIOS Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas Porto Alegre: Ed. Universidade/Goethe-Institut, p.75-91.
- LUHMANN, N. 2002. I diritti fondamentali come istituzione. Bari: Dedalo.
- LUHMANN, N. 2005. A realidade dos meios de comunicação São Paulo: Paulus.
- MERTON, R.K. 1936. The unanticipated consequences of purposive social action American sociological review (1), p. 894-904.
- MICHILES et. al. 1989. Cidadão constituinte: a saga das emendas populares Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- MOTTER, P. 1994. A batalha invisível da Constituinte: interesses privados versus caráter público da radiodifusão no Brasil. Dissertação (mestrado) Departamento de Ciência Política e Relações Internacionais. Brasília: UnB.
- POOL, I. de S. 1983. Technologies of freedom Cambridge, MA; London: Belknap.
- ROMÃO, J. E. E. 2008. Todos ganham com a classificação indicativa (até mesmo os que afirmam perder dinheiro) In: E. SARAIVA; P.E.M. MARTINS; O.P. PIERANTI. Democracia e regulação dos meios de comunicação de massa Rio de Janeiro: FGV, p. 177-195.
- SILVA, J.A. 2008. Aplicabilidade das normas constitucionais 7ª edição 2ª tiragem São Paulo: Malheiros.
- WILSON, D.S. 2007. Evolution for everyone. New York: Delacorte.