

A hetero-regulação dos meios de comunicação social

Augusto Santos Silva*

Resumo

A Constituição da República Portuguesa menciona explicitamente a existência de um organismo regulador da comunicação social exterior à mesma. De facto, os princípios da regulação baseiam-se, não só na garantia da liberdade de imprensa, mas também, e talvez com maior relevância, num conjunto de direitos positivos, como o direito de se ser informado pelos *media*, entre outros. De acordo com a Constituição, deverá haver uma regulação externa, atendendo especialmente às questões da diversidade e pluralidade. Este artigo pretende ser um olhar para o modelo da nova entidade reguladora, as suas novas funções e tarefas, enquadrado pelos princípios constitucionais.

Palavras-chave: *media*, regulação, hetero-regulação, Constituição

1. Um imperativo constitucional

Em Portugal, a regulação dos meios de comunicação social é um imperativo constitucional. É-o desde 1976, tendo sido actualizada em sucessivas revisões. Até 1989, contudo, a actividade das instâncias de regulação (primeiro, os Conselhos de Informação, depois o Conselho de Comunicação Social) cingia-se aos órgãos pertencentes ao Estado ou a entidades sujeitas ao seu controlo económico. Só na revisão constitucional de 1989 – a mesma que abriu a televisão à iniciativa privada – é que a regulação pública, daí em diante assumida pela Alta Autoridade para a Comunicação Social, passou a abranger todos os meios (cf. Carvalho, Cardoso & Figueiredo: 2003: 255-266).

Considerando os artigos 37.º a 39.º da Constituição, cujos termos presentes foram fixados na revisão de 2004, creio poder dizer-se que é tripla a justificação da regulação: porque existe liberdade de expressão e informação, a qual não pode ser condicionada por qualquer tipo ou forma de censura; porque a liberdade de expressão e informação

* Ministro dos Assuntos Parlamentares com a tutela da Comunicação Social, ex-ministro da Educação, ex-ministro da Cultura e Professor Catedrático da Faculdade de Economia da Universidade do Porto (gmap@map.gov.pt).

tem de se articular com os restantes direitos, liberdades e garantias pessoais; e porque a forma específica de realização da liberdade de expressão e informação que é a liberdade de imprensa tem de ser garantida e promovida.

Assim, em primeiro lugar, todos temos o direito de exprimir e divulgar o nosso pensamento e o direito de informar, informarmo-nos e sermos informados. Este direito não está limitado por qualquer forma de censura, prévia ou aposteriorística. É uma liberdade – o direito de não sermos impedidos de nos exprimirmos e de informarmos ou informarmo-nos; e é um direito positivo – o direito de acesso aos meios de expressão e o direito de sermos informados por, entre outros, os meios de comunicação social (Canotilho & Moreira, 1993: 225-226). Ao Estado cumpre garantir estes direitos, seja na sua dimensão negativa, seja na sua dimensão positiva. Um dos modos de o garantir é através de regulação adequada, a qual, portanto, tem também por finalidade a promoção do direito de acesso dos cidadãos aos *media*.

Em segundo lugar, a liberdade de expressão e informação não é um direito absoluto ou irrestrito. Deve, designadamente, articular-se com os outros direitos pessoais, o que implica, se olharmos a questão do lado dela, que tem de respeitá-los. Isto que vale para a liberdade de expressão e informação, em geral, vale logicamente também para a liberdade de imprensa (cfr. Correia, 2005: I, 457-568).

Entre os direitos pessoais que constituem evidentes limites à liberdade de expressão, contam-se os direitos de personalidade consagrados no artigo 26.º da nossa Constituição – o qual, por sua vez, é “expressão directa do postulado básico da *dignidade humana* que a Constituição consagra logo no artigo 1.º como valor básico logicamente anterior à própria ideia do Estado de Direito democrático e que constitui a referência primeira em matéria de direitos fundamentais” (Miranda & Medeiros, 2005: I, 282). Entre tais direitos se destacam, pela sua relevância para a questão dos limites da liberdade de imprensa, os direitos ao desenvolvimento da personalidade, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra (que inclui, como bem notam Gomes Canotilho e Vital Moreira [1993: 181], o “*direito às ‘palavras ditas’*, pretendendo garantir a autenticidade e o rigor da reprodução dos termos, expressões, metáforas escritas e ditas por uma pessoa”) e à reserva da intimidade da vida privada e familiar.

Em terceiro lugar, a liberdade de imprensa pontua a acção dos meios de comunicação social. O artigo 38.º da Constituição determina que ela implica os direitos próprios dos jornalistas (de expressão e criação, de participação na orientação editorial dos respectivos meios, de acesso às fontes, de protecção da independência e sigilo profissionais, de eleição de conselhos de redacção); os direitos das pessoas para fundarem livremente publicações e, através de licenças, deterem emissoras de radiodifusão e radiotelevisão; os direitos dos órgãos de comunicação social (a liberdade e a independência perante o poder político e o poder económico); as garantias legais de transparência da titularidade e dos meios de financiamento de tais órgãos, assim como da sua não concentração; e a existência de um serviço público de rádio e de televisão, independente perante o Estado, a Administração e os demais poderes públicos, e respeitador do pluralismo de opinião.

Parece, pois, evidente que o ordenamento constitucional português vincula directamente a regulação dos *media* à realização de uma constelação de direitos, e não apenas à liberdade de imprensa, entendida na versão liberal clássica como direito negativo, contrário à intromissão estatal. A regulação ancora no direito do público à informação (Council of Europe, 1993: 8), que contrasta frontalmente com a ideia feita da comunicação de massas, como elaboração e difusão de mensagens dirigidas a universos de pessoas destituídos de capacidade de agir, “receptáculos” amorfos de informação. Ao invés, sugere que a liberdade de imprensa resulta não só da liberdade de expressão de editores e jornalistas como também de uma espécie de “delegação tácita que lhes é feita do direito do público à informação” (Aznar, 2005: 188). A regulação ancora na liberdade de imprensa (nela naturalmente incluída a liberdade de empresa de comunicação social): porque, por um lado, é preciso garantir as liberdades de editores e jornalistas face aos poderes políticos e económicos e as liberdades dos jornalistas face às empresas de meios; e porque, pelo outro lado, é preciso promover os direitos, ditos positivos, de participação dos meios e dos jornalistas. A regulação ancora nos direitos de todas as pessoas (aliás, singulares e colectivas) *face* aos meios de comunicação social, e quer no plano da informação quer no da programação audiovisual: mais uma vez, direito de serem protegidas, no seu bom nome, imagem, palavra, reputação, sensibilidade, etc., e direito de acesso e de serem ouvidas e representadas nos *media*. O corolário desta tripla ancoragem é que a perspectiva que deve dominar a actividade da regulação dos *media* é a perspectiva geral dos cidadãos – do interesse geral e dos direitos de todos – e não a perspectiva por assim dizer interna dos meios de comunicação social. Eis o mais forte fundamento para que a regulação dos *media* seja *também* – e, do ponto de vista do Estado democrático, *principalmente* – uma hetero-regulação.

A intervenção pública regulatória na comunicação social tem, pois, claro respaldo constitucional. Entendida em sentido lato, materializa-se, do lado do poder político, em duas dimensões essenciais. Uma é a definição normativa, através de legislação geral e sectorial, a qual, dadas as questões colocadas, tipicamente de direitos, liberdades e garantias, constitui reserva de competência da Assembleia da República. Outra é a provisão da existência de um serviço público de rádio e televisão, que, além de cumprir obrigações específicas, quanto à universalidade do acesso, à consideração de certas realidades sociais (as Regiões Autónomas, as comunidades portuguesas residentes no estrangeiro, os povos e países de língua portuguesa...) e à garantia da expressão dos diferentes interesses sociopolíticos e correntes de opinião, deve funcionar também como regulador do panorama audiovisual, na medida em que estabeleça padrões de qualidade e exigência cívica capazes de servir de referência ao conjunto dos operadores. O poder judicial desempenha igualmente um papel incontornável na regulação dos *media*, visto que lhe compete aplicar as leis. Mas, na senda de outras soluções do direito comparado, a Constituição portuguesa consagra expressamente a existência de uma entidade administrativa independente, para exercer a regulação, em sentido mais restrito.

Nos termos do artigo 39.º, ela deve assegurar: o direito à informação e a liberdade de imprensa; a não concentração da titularidade dos meios de comunicação social; a

independência perante o poder político e o poder económico; o respeito pelos direitos, liberdades e garantias pessoais; o respeito pelas normas reguladoras das actividades do sector; a possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião; o exercício dos direitos de antena, de resposta e de réplica política. Vastas atribuições, a serem exercidas por uma entidade independente, cuja lei carece de maioria parlamentar de dois terços e cujos membros devem ser também designados pela Assembleia da República, por igual maioria, e por cooptação destes.

2. O modelo constitucional de 2004

Basta, portanto, ler a Constituição para compreender quais são os fundamentos, a lógica e a conformação do modelo português de regulação para os *media*.

Em primeiro lugar, é, claramente, uma hetero-regulação: não se confunde com auto-regulação, ou seja, com a regulação assumida e exercida pelos próprios meios, por sua iniciativa e sob sua responsabilidade, nem com co-regulação, ou seja, com plataformas regulatórias em que convergem a acção dos meios e a acção de entidades públicas; não se confunde com elas, nem é supletiva delas.

Em segundo lugar, a regulação não é unicamente, ou principalmente, económica ou tecnológica. Não é que essa não exista, mas compete, antes do mais, a reguladores próprios (a saber, a Autoridade da Concorrência, para a regulação dos mercados económicos, e a Autoridade Nacional das Comunicações, ICP-Anacom, que regula também, no plano tecnológico, operadores de rádio e televisão). Face a esses, a entidade reguladora para a comunicação social desempenha um papel não despreciando, podendo chegar à emissão de pareceres vinculativos, por exemplo no que diz respeito a operações de concentração nos *media*. Fá-lo, porém, sempre a partir do ponto de vista que lhe é próprio e que é o do pluralismo e da diversidade. Para usar uma fórmula consagrada nos estudos especializados, o objecto da atenção da entidade reguladora para os *media*, enquanto reguladora de mercados, é o “mercado social das ideias” – papel que acrescenta (e nunca substitui) a essoutro de zelador pelo respeito da liberdade de expressão e imprensa e pela sua interacção com os demais direitos, liberdades e garantias pessoais, assim como pela independência dos meios, designadamente os de serviço público.

Em terceiro lugar, trata-se de uma regulação pública, legitimada politicamente e enquadrada no Estado, mas independente do Governo. Daí a sua colocação junto do Parlamento. É este que define a sua estrutura e funcionamento, é este que determina a sua composição, é neste que encontra acolhimento institucional. E todos esses elementos implicam acordo político e interpartidário. Eis o sentido da obrigação da constituição de maiorias parlamentares de dois terços: que não fique ao livre-arbítrio da maioria política circunstancial o poder decisório fundador. Depois, no seu mandato próprio, a entidade administrativa não está sujeita a nenhuma espécie de orientação ou tutela.

Em quarto lugar, a regulação exerce-se a partir dos princípios e valores constitucionais e do ponto de vista do conjunto dos cidadãos. Ponto crítico para a plena com-

preensão das coisas, mas que várias vezes se esquece. É em nome da globalidade dos princípios e valores constitucionais aplicáveis – quer dizer, não apenas da liberdade de imprensa, mas dela e de todos os restantes – e é em nome do universo dos cidadãos – titulares de direitos, incluindo, como já vimos, o direito à informação, a par de muitos outros igualmente relevantes – que a regulação da comunicação social se funda, se justifica e se realiza. E numa dupla direcção: por um lado, porque tem de valorizar e assegurar a liberdade de imprensa, para que a democracia constitucional se verifique, visto que a primeira é condição necessária da segunda; por outro lado, porque tem de garantir a inter-relação da liberdade de imprensa com os demais direitos, dos interesses dos *media* com o interesse público. Por isso é que se prefere falar em regulação *para* os *media*, enfatizando esse duplo alcance: *a favor* dos *media*, *em prol* dos cidadãos.

Finalmente, a regulação administrativa de que falamos distingue-se do sistema judicial, formando uma instância própria de efectivação do sistema constitucional para a comunicação social. É, pois, assumida por uma entidade autónoma, que deve ser dotada dos poderes de autoridade e sancionamento que se revelarem necessários ao cumprimento das respectivas atribuições.

O modelo constitucional português não é o único possível. Não colhe a unanimidade do arco da representação política: na revisão constitucional de 2004, que o desenhou na sua forma actual, votaram a favor o PSD, o PS e o CDS-PP, e contra o PCP e o BE. Também desperta controvérsia entre os parceiros do sector e os meios académicos. Não se colocando, naturalmente, a questão de ignorar ou desrespeitar, na prática, as determinações constitucionais, vale, porém, a pena demorarmo-nos um pouco sobre alternativas possíveis a este modelo.

Era, desde logo, possível não se prever qualquer tipo de regulação administrativa, confiando o funcionamento dos *media* à definição de um quadro legal e, depois, à intervenção *a posteriori*, e à luz dele, dos tribunais. A argumentação em seu favor sugere normalmente que basta cuidar dos “excessos”. A liberdade de empresa e a liberdade de imprensa bastariam para assegurar uma boa dinâmica ao sector (a independência, a isenção, o pluralismo...); uma boa parte dos prejuízos causáveis aos interesses das pessoas e ao interesse público deveria ser creditada como a outra face, bem como um custo menor, dessa liberdade; e a porção residual que assumisse a dimensão de crime haveria de ser averiguada e sancionada em tribunal.

Uma variante não muito longínqua entoa hossanas à regulação, desde que seja iniciativa e responsabilidade dos meios – dos órgãos de comunicação e/ou dos profissionais – e assumida natureza “moral”, ética e deontológica (Aznar, 2005: 2-14). Auto-regulação, pois, construída pela adesão voluntária dos actores e baseada numa autoridade moral e profissional. A defesa deste modelo sustenta os perigos de dirigismo, intervencionismo e controlo político inerentes, a seu ver, à hetero-regulação estatal – quer dizer, pressupõe nesta um eventual cerceamento da liberdade de imprensa; e identifica na auto-regulação as virtudes do escrutínio entre pares e da sua índole persuasiva e formativa. Vê também vantagens práticas: jornalistas, editores e proprietários aceitariam melhor a auto-regulação do que uma hetero-regulação, que tenderia a

ofender tanto o libertarismo ideológico e o orgulho profissional dos primeiros quanto o liberalismo económico dos últimos.

Comungando da generalidade deste argumento, há quem conceda, mesmo assim, a necessidade da regulação pública. Mas então que seja apenas “supletiva”, isto é, de atribuições e poderes reduzidos e intervindo somente em segunda instância, esgotado o registo próprio da auto-regulação; e/ou que incida exclusivamente nos problemas “materiais” dos mercados, ou a regulação tecnológica no âmbito audiovisual ou a regulação económica zeladora da concorrência; e/ou ainda que existindo órgão regulador dos *media*, como instituição do Estado, ele resulte, ao menos, da convergência entre os interesses e a representação das empresas, os interesses e a representação dos jornalistas, a representação dos órgãos do poder político (Parlamento ou Governo, designadamente) e a representação da sociedade civil, em regra assegurada por intelectuais, sindicalistas, defensores dos consumidores e aparentados, de modo a que vigore de facto uma espécie de co-regulação.

Podendo parecer um caso meramente teórico, não o é necessariamente a última posição recenseável – a que aceitaria uma regulação administrativa pública, mas com independência mitigada. Na verdade, e não sem razão, algumas das reticências à regulação tomam por alvo principal a sua independência face ao poder político e empresarial, porque ela, não estando por isso exposta às mesmas dinâmicas de pressão, diminui a capacidade de influência dos regulados, sejam os interesses destes carreados pelo associativismo patronal, profissional ou sindical. Entendendo a hetero-regulação como uma limitação indesejável – ou, então, como um mal de que a boa imprensa se ressentiu mas a ruim tornou necessário –, muitos interesses regulados preferem que a última palavra caiba a governos que sabem sujeitos ao jogo normal dos poderes e contrapoderes próprios do campo político.

Ora, o que parece articular estes vários modelos alternativos, quando postos em contraste com a hetero-regulação através de uma entidade pública, administrativa e independente, é a desconfiança profunda, senão oposição declarada, a três eixos constitutivos desta última. Desconfiança face à regulação das “ideias”, isto é, face ao princípio de que não se trata apenas de sancionar o incumprimento das normas legais, de intermediar a relação entre o poder político e o serviço público de rádio e televisão, de assegurar funções administrativas (como, por exemplo, a concessão e renovação de licenças e autorizações para canais) e de zelar pela abertura e transparência dos mercados, mas também, e matricialmente, de escrutinar o campo dos *media* segundo critérios de isenção e rigor de informação, pluralismo e diversidade, qualidade da programação. Desconfiança face à perspectiva da cidadania, isto é, face ao princípio de que a fundação e justificação da actividade reguladora está na própria ordem constitucional democrática, sendo a partir dos seus valores que se deve interpelar e monitorizar os *media*. Desconfiança, enfim, face à ideia de hetero-regulação efectiva e independente, isto é, capaz de tomar decisões e provocar consequências na estrutura e dinâmica do sector e entregue, não a mandatários dos interesses sectoriais mas sim a decisores escolhidos e legitimados pelos modos próprios do sistema político democrático.

3. A lógica do modelo

Recordada a diversidade dos modelos possíveis, estaremos em melhores condições para compreender que, na revisão de 2004, o legislador constituinte (quer dizer, a convergência entre PSD, PS e CDS-PP) optou por uma solução precisa, em termos bastante claros: regulação pública independente, vastas atribuições em diferentes dimensões regulatórias, formação parlamentar implicando consensos interpartidários.

O meu ponto de vista está situado, visto que protagonizei a iniciativa do XVII Governo para concretizar o modelo. Deste ponto de vista, a criação da ERC – Entidade Reguladora para a Comunicação Social, através da Lei n.º 53/2005, de 8 de Novembro, seguiu e consolidou o quadro constitucional. A Lei, que resultou da proposta apresentada em Maio de 2005 pelo Governo, sujeita depois a várias alterações de especialidade, foi, aliás, aprovada pelos mesmos partidos do arco da revisão constitucional de 2004, PS, PSD e CDS-PP – os quais, na Assembleia saída das eleições de 20 de Fevereiro de 2005, dispunham de praticamente nove décimos dos deputados. A oposição que gerou, quer no campo político quer no campo mediático, esteve, também, em geral, em linha com as fracturas verificadas aquando da revisão constitucional: é o caso das críticas sobre os poderes excessivos do regulador ou sobre a sua designação política, sobre a ausência nele de representantes das empresas ou jornalistas, ou sobre a natureza do acordo entre PS e PSD acerca das competências e composição da nova entidade. Novas foram, isso sim, as críticas da confederação patronal à fórmula mista de financiamento (que somou à contribuição do Orçamento do Estado a fixação de taxas de regulação e supervisão a pagar pelos meios de comunicação social) e aos poderes de autoridade de que ficaram investidos, para efeitos de fiscalização, os funcionários da ERC.

Se considerarmos analiticamente (no sentido de não-normativamente) a Lei, identificaremos, creio, um conjunto coerente de características.

A primeira é a plena adesão à concepção da regulação, como intervenção do Estado mediada por entidade não sujeita a tutela governamental (cf. Moreira, 1997: 34-52). De facto, um vasto conjunto de competências administrativas próprias do poder público é cometido à ERC: todas as da antiga Alta Autoridade para a Comunicação Social (AACS) e mais algumas. Em consequência, decisões críticas para o funcionamento do sector – tais como a concessão e renovação de licenças e autorizações para o exercício de actividades radiofónicas e televisivas, o registo e a classificação dos diferentes meios, a fiscalização e o sancionamento do incumprimento da legislação aplicável – são asseguradas por uma entidade administrativa independente.

A segunda característica é a plena adesão à especificidade e multidimensionalidade da regulação dos *media*. Também aqui há continuidade, desenvolvimento e aprofundamento do património da Alta Autoridade. Imaginando um prisma triangular, teríamos um dos lados preenchido com a articulação entre a liberdade de imprensa (de empresa, de informação, de programação...) e os direitos, liberdades e garantias pessoais – assegurando designadamente a efectivação dos direitos de resposta e rectificação, o acatamento dos limites da programação (sobretudo televisiva) decorrentes da protecção dos direitos de personalidade. No outro lado, veríamos a participação

da ERC na regulação do mercado dos *media*, zelando pelo cumprimento dos preceitos constitucionais da transparência e não concentração da titularidade daqueles, não só por via da cooperação com a Autoridade da Concorrência, como pela contribuição própria traduzida, nos termos da alínea q) do artigo 24.º da Lei n.º 53/2005, na “identificação dos poderes de influência sobre a opinião pública, na perspectiva da defesa do pluralismo e da diversidade”. No lado sobranter, incluiríamos a actividade reflexiva e decisória da ERC no que dissesse respeito aos valores, também eles constitucionais, da independência profissional dos jornalistas, dos seus direitos, da independência dos órgãos face ao poder político e económico, da salvaguarda do pluralismo e da participação cívica – e aí teríamos competências tão variadas como “fazer respeitar os princípios e limites legais aos conteúdos [...], designadamente em matéria de rigor informativo” (continuo a citar o artigo 24.º da Lei), assegurar os direitos de antena e de réplica política, fiscalizar as sondagens, favorecer a liberdade e o pluralismo, garantir o acesso às fontes de informação, ou apreciar a invocação da cláusula de consciência pelos jornalistas. Regulação multidimensional, pois, mas também específica – porque, embora prevendo formas de ligação com a regulação das comunicações electrónicas, fazendo assim o caminho institucional paralelo à dinâmica de convergência de meios e conteúdos, no audiovisual, a Lei afirma, contudo, de maneira muito evidente, a autonomia da regulação dos *media*, como regulação do “mercado social de ideias” a partir dos princípios e valores constitucionais, em matéria de direitos, liberdades e garantias.

O terceiro traço conformador do modelo da ERC reside na responsabilidade expressa de acautelar o princípio da independência da comunicação social face ao poder político no que toca particularmente ao serviço público de rádio e televisão. A ERC intervém, consultivamente, na definição dos termos da respectiva concessão; realiza auditorias anuais às empresas concessionárias e verifica “a boa execução dos contratos de concessão” (artigo 22.º, alínea n); emite parecer prévio e vinculativo sobre a nomeação e a destituição dos directores de conteúdos em tal serviço. Esta intervenção tem por objectivo principal retirar da esfera do Governo a regulação da rádio e televisão públicas.

Quarto elemento: o par independência/responsabilidade do regulador. Área de avanços significativos, face à Alta Autoridade. Todos os factores de independência foram acolhidos: designação parlamentar, por maioria de dois terços, de quatro membros do Conselho Regulador e subsequente cooptação do quinto, forçando assim um duplo acordo e um duplo equilíbrio; mandatos únicos de cinco anos, descoincidentes, portanto, com os do Parlamento; inamovibilidade como regra, só quebrável por maioria parlamentar de dois terços e em situações-limite; regime apertado de incompatibilidades à entrada e à saída do órgão; inexistência de qualquer tipo de tutela; decisões passíveis de recurso (não suspensivo) apenas para os tribunais. Ao mesmo tempo, introduzem-se mecanismos de responsabilização e prestação de contas, perante a Assembleia da República, a qual intervém de várias formas: na designação, submettendo os candidatos a avaliação prévia à eleição; no decurso dos mandatos, recebendo regularmente informação e procedendo a um debate anual sobre a actividade de regu-

ção; e, em caso de graves irregularidades, dissolvendo o Conselho Regulador, nas condições de maioria qualificada já assinaladas.

Mas onde há uma clara ruptura com a tradição portuguesa – e uma deliberada aproximação ao modelo regulatório vigente noutros sectores que não a Comunicação Social – é na extensão da independência também perante os regulados. Constituiu um dos pontos mais controversos, quer na revisão constitucional quer na elaboração da Lei, merecendo a oposição do PCP e do BE e sendo o principal motivo de divergência para o Sindicato dos Jornalistas. Cabe, porém, sem qualquer dificuldade, na lógica do modelo adoptado – é, aliás, um dos aspectos que melhor a exprime. A Lei não estabelece nenhuma limitação ao perfil dos membros do Conselho Regulador, para além da exigência de “reconhecida idoneidade, independência e competência técnica e profissional” e da impossibilidade de o ser quem, no biénio anterior, tenha exercido funções executivas nas empresas ou associações de interesses do sector, ou funções políticas e executivas (artigo 18.º da Lei n.º 53/2005). Coloca, depois, como já vimos, o processo de designação nas mãos de uma maioria parlamentar de dois terços. Quer dizer: o regulador é designado por decisão política, assumida pelo Parlamento – não pelo Governo, porque isso poderia levar à governamentalização do órgão, não pelo Presidente da República, porque isso representaria a assunção de um poder de tipo executivo, não por uma maioria simples ou absoluta de deputados, porque isso colocaria a escolha ao critério da maioria política do momento. Não há, pois, nenhum processo de representação de interesses na composição do Conselho Regulador: estes integram, sim, um Conselho Consultivo. Da perspectiva do modelo, procura-se evitar o que alguma teoria apelida de “captura” ou “aprisionamento” do regulador pelos regulados. Os termos do debate são conhecidos e não vale a pena repeti-los. Bastará apenas dizer que só há duas alternativas: quem entender recusar aquela “captura”, e cingir-se à ideia da regulação *a partir* do conjunto dos cidadãos e da democracia, terá de defender a designação política (governamental ou parlamentar), porque não há nem carreira nem legitimação profissional para um regulador; quem se opuser a esta designação, preferirá a fórmula mista em que confluem múltiplas representações (do Governo, do Parlamento, dos profissionais, das empresas, do mundo associativo...). Ambas as correntes aderem ao axioma da independência dos reguladores nos exercícios dos mandatos, qualquer que seja a forma da sua designação.

Quinta característica distintiva da actual regulação portuguesa: o aumento significativo (em comparação com a Alta Autoridade) dos seus poderes. Quase apetece escrever que o legislador tomou em boa conta a avaliação relativamente consensual sobre os quinze anos de trabalho dessa mesma Autoridade: à maior complexidade do campo, não teria correspondido a entrega de mais meios e recursos. A opção da Lei da ERC foi tripla. Primeiro, reforço das competências. Segundo, desenho de uma estrutura organizacional bastante diferente do padrão de conselho de personalidades de que se aproximara a Alta Autoridade (com os seus onze membros, gerindo uma tecno-estrutura e um orçamento bastante limitados) e, ao invés, bastante inspirada num padrão de organização executiva (com um conselho de cinco membros, uma

tecno-estrutura mais desenvolvida e maior orçamento). Terceiro, dotação da ERC com os poderes de autoridade necessários para o exercício das suas actividades de supervisão e fiscalização.

Estes aspectos motivaram, meses depois de publicada a Lei, a maior reacção das empresas, expressa publicamente pela Confederação de Meios da Comunicação Social, assim como de vários directores de publicações e editorialistas. Foi muito contestada a participação das empresas do sector no financiamento da ERC, através, designadamente, de uma taxa de regulação e supervisão, que veio a ser regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 103/2006, de 7 de Junho. O argumento corrente foi que, se o Estado queria impor uma regulação não desejada pelos *media*, o Estado que assegurasse integralmente o financiamento. A opção do legislador parlamentar havia sido, porém, inequívoca, no sentido do financiamento misto, uma vez que a regulação se justifica, desde logo, pela actividade dos regulados e influencia positivamente o funcionamento dos respectivos mercados – e o que o Governo fez, em seguida, pelo referido Decreto, foi assegurar, mesmo assim, que a participação financeira do sector seria moderada, bastante inferior à do Orçamento de Estado. Quer o direito comparado, quer a literatura técnica dão bastante conforto a estas escolhas.

A lei da ERC foi também muito assertiva quanto à resolução de dificuldades anteriormente sentidas pelo Instituto da Comunicação Social. É que a fiscalização do cumprimento de certas obrigações, designadamente da Lei da Rádio – por exemplo quanto à necessidade de emissão a partir dos locais para que haviam sido concedidas as licenças ou de assegurar serviços noticiosos por jornalistas – deparava-se com a impossibilidade de realizar averiguações *in loco*, face à recusa dos proprietários. A lei n.º 53/2005 é taxativa na atribuição, para efeitos de fiscalização, de poderes de autoridade aos funcionários da ERC – salvaguardando, naturalmente, o princípio da proporcionalidade e o respeito pelo sigilo comercial das empresas e o sigilo profissional dos jornalistas. Esta formulação foi, no entanto, exibida como demonstração de uma alegada tentativa de “devassa” das redacções e “controlo”, por aí, da liberdade de imprensa – uma crítica potenciada pelo facto de, em Fevereiro de 2006, haver ocorrido uma busca à redacção do jornal *24 Horas*, que nada tinha a ver com iniciativas e competências da ERC, e sim com o Ministério Público, mas que, não obstante, emprestou momentaneamente um clima mais emocional ao debate sobre a regulação.

Fora, porém, desse clima e, insisto, do ponto de vista do actual modelo constitucional e legal português, o reforço dos poderes de autoridade para o exercício das atribuições e competências faz todo o sentido. Ao invés, se o legislador tivesse ignorado essa dimensão, é que o edifício perderia um dos seus alicerces.

4. A missão do novo regulador para os *media*

Este texto circunscreve-se ao processo de elaboração do modelo de hetero-regulação dos *media*, tal como foi desencadeado pela revisão constitucional de 2004 e fixado legislativamente pela Lei n.º 53/2005 e sua regulamentação. Não se ignora que o traço

fundamental do modelo será determinado, na prática, pela actividade do Conselho Regulador – mas esse é um tema que o autor se encontra impedido de considerar e que será, por enquanto, prematuro para os restantes analistas.

Resta, pois, concluir esta apresentação tentando responder a duas perguntas: que evolução marca a formação da ERC, face à matriz da anterior Alta Autoridade?; que horizonte fica assim delineado para a regulação pública da comunicação social?

Aquilo que se pode esperar da ERC, a partir da arquitectura com que foi montada, e tomando por comparação a Alta Autoridade, é um reforço de competências, meios e recursos (que os críticos lamentarão como “poder excessivo”); condições para maior qualificação técnica, isto é, uma tecno-estrutura especializada e eficiente (contra o que os críticos poderão repetir o argumento); maior homogeneidade interna, mais perto que está de uma organização, com serviços técnicos e administração (o que magoará os paladinos de uma lógica quase-parlamentar, com um número alargado de reguladores de diferentes perfis e com diferentes mandatos, debatendo continuamente entre si os problemas do sector); uma clara legitimidade parlamentar e um não menos claro equilíbrio entre independência e responsabilidade, também perante o Parlamento (que é diabolizado por alguns críticos como “nomeação política” fruto de “negociata do bloco central”); e uma forma de participação social e dos interesses inequivocamente circunscrita ao plano consultivo (o que os críticos tomarão como visão estatística ou desconsideração pelos *media* e os seus profissionais).

Os leitores farão a sua ponderação dos méritos e deméritos – sendo evidente o sentido da minha própria apreciação. Tudo considerado, o facto é que a regulação mudou. O novo modelo atribui uma missão renovada e induz demandas sociais acrescidas a reguladores e regulados.

Passando, por conseguinte, a um registo um tanto ou quanto normativo, eu vejo a missão do regulador desdobrada em seis componentes essenciais.

A primeira, e mais importante, é defender e garantir a liberdade de imprensa. Para isso se orientam várias das suas atribuições e competências, quer em matéria de independência face ao poder político, quer quanto ao exercício do direito à informação, dos direitos profissionais dos jornalistas e assim por diante. Não se compreende a razão de ser e o escopo essencial de hetero-regulação se se esquecer ou minorizar que a sua tarefa fundadora está na garantia dessa liberdade de imprensa, sem a qual não existe democracia.

Ponho logo a seguir a articulação entre, de um lado, a liberdade de expressão e o direito à informação, e os correlativos direitos das empresas e dos profissionais dos *media*, e, do outro lado, os demais direitos, liberdades e garantias pessoais. Será esta, talvez, a questão mais crítica do ponto de vista dos *media*: depois de uma evolução, sobretudo patente na informação das televisões generalistas e da imprensa tablóide, que foi sacrificando e sacrificando tantos direitos de personalidade (à imagem, à palavra, à privacidade e todos os restantes que já aqui considerámos), parece-me absolutamente urgente que a comunicação social aceite interpelar-se a si mesma e ser interpelada a partir do conjunto dos cidadãos e da sua liberdade.

Elenco, depois, a acção do regulador em prol da isenção e do rigor na informação e do pluralismo e da diversidade na expressão das correntes de opinião. Em todos os meios, é bom notá-lo, porque às vezes se tende a insinuar que esse suposto “fardo” ou “inconveniência” seriam exclusivos do serviço público. Não: a Constituição e a Lei são claras, e a teoria normativa dos *media* na sociedade democrática bem precisa na atribuição desta responsabilidade, indeclinável, a todos os meios. E não se pense que se trataria apenas de questões políticas: a isenção e o pluralismo dizem respeito aos diferentes domínios da vida social.

Ora, associada a esta tarefa devemos ter a acção do regulador em favor da qualidade e da diversidade na programação radiofónica e televisiva. O tema é delicado e controverso. Controverso, porque muitos sustentam, partindo aliás de perspectivas diferentes, que é perigoso, ou mesmo ilegítimo, conceder seja a quem for a capacidade de pronúncia sobre qualidade ou “adequação” de conteúdos, já chegando as determinações legais, quanto a pornografia ou incitamento à violência. Delicado, porque tocamos, de facto, aqui a zona flutuante da relação entre regulação e condicionamento. Controvérsia e sensibilidade não são, porém, razões bastantes para afastar a regulação de um ponto essencial, empiricamente verificável e verificado, da dinâmica mediática: o seu poderoso impacto social. Falo sobretudo da televisão, de longe a prática cultural mais difundida e habitual (a bem dizer a única para importantes segmentos da população), modalmente concretizada numa recepção a que os sociólogos chamam “abandonada”, isto é, dos menos mobilizadores da atenção e selecção crítica do receptor.

Acrescento, finalmente, às quatro componentes já recenseadas, duas finais, também muito importantes. Uma é impedir a governamentalização do serviço público da rádio e televisão, não permitindo, ao mesmo tempo, que ele actue em roda livre, sem acompanhamento e fiscalização do nível de realização do interesse público e do cumprimento dos termos da respectiva concessão. A outra é incentivar a correlação e a auto-regulação dos meios e dos profissionais da comunicação. Porque, para o modelo aqui descrito, o facto de a (hetero-)regulação pública não ser supletiva da auto-regulação não quer dizer o seu inverso, ou seja, que esta seja supletiva daquela. Se o regulador não interagisse com instâncias de auto-regulação (se as desprezasse ou ignorasse), se a única regulação existente fosse imposta pelo Estado, a regulação ficaria amputada e diminuída.

A actual legislação portuguesa confere à ERC uma variedade de formas para exercer o seu magistério. Ela tem um poder de persuasão, como tem um de autoridade e de sanção. Ela fixa normas regulamentares, por aplicação da Lei, interpreta a Lei, faz cumpri-la. Ela ora emitirá directivas genéricas, dirigidas a todo o sector ou a segmentos dele, ora endereçará recomendações não vinculativas a certos órgãos em concreto ou fará incidir neles decisões vinculativas. Não menos importante é a sua capacidade de pronunciamento doutrinário e normativo sobre os valores constitutivos do jornalismo e da comunicação social, e a sua inserção nos princípios e valores do Estado e da sociedade democráticos. Ela pode e deve cooperar com as outras entidades regula-

doras, designadamente na esfera da economia e da tecnologia das comunicações. Ela pode e deve incentivar a participação pública na reflexão sobre os *media*.

Este é o modelo escolhido, em 2004-2005, para Portugal. Resta augurar os maiores êxitos àqueles – os primeiros membros designados para o Conselho Regulador – que aceitaram o enorme mas exaltante desafio de concretizá-lo.

Referências bibliográficas

- Aznar, H. (2005) *Comunicação Responsável: A auto-regulação dos media* [1999, 2005], trad., Porto: Porto Editora.
- Canotilho, J. J. G. & Moreira, V. (1993) *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.^a ed. revista, Coimbra: Coimbra Editora.
- Council of Europe (1993) *Resolution 1003 (1993) on the Ethics of Journalism*, Estrasburgo: Council of Europe.
- Carvalho, A. A. de; Cardoso, A. M. & Figueiredo, J. P. (2003) *Direito da Comunicação Social*, Lisboa: Editorial Notícias.
- Correia, L. (2005) *Direito da Comunicação Social* [2000], reimpr., Coimbra: Livraria Almedina.
- Miranda, J. & Medeiros, R. (2005) *Constituição Portuguesa Anotada*, Coimbra: Coimbra Editora.
- Moreira, V. (1997) *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Coimbra: Livraria Almedina.