

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

TARSO CABRAL VIOLIN

**POLÍTICAS PÚBLICAS PELA DEMOCRATIZAÇÃO DOS MEIOS DE
COMUNICAÇÃO**

CURITIBA

2017

TARSO CABRAL VIOLIN

**POLÍTICAS PÚBLICAS PELA DEMOCRATIZAÇÃO DOS MEIOS DE
COMUNICAÇÃO**

Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Estado e Políticas Públicas, no Curso de Pós-Graduação em Políticas Públicas, Setor de Ciências Sociais Aplicadas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora Prof.^a Dr.^a Eneida Desiree Salgado

CURITIBA
2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. SISTEMA DE BIBLIOTECAS.
CATALOGAÇÃO NA FONTE

Violin, Tarso Cabral
Políticas públicas pela democratização dos meios de comunicação /
Tarso Cabral Violin . - 2017.
244 f.

Orientadora: Eneida Desirée Salgado.
Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de
Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Políticas
Públicas.
Defesa: Curitiba, 2017.

1. Comunicação - Políticas públicas. 2. Comunicação - Democracia. 3.
Mídia – Legislação. I. Salgado, Eneida Desirée. II. Universidade Federal
do Paraná. Setor de Ciências Sociais Aplicadas. Programa de Pós-
Graduação em Políticas Públicas. III. Título.

CDD 302.23



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
SETOR CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO POLÍTICAS PÚBLICAS

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em POLÍTICAS PÚBLICAS da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da tese de Doutorado de **TARSO CABRAL VIOLIN** intitulada: **Políticas públicas pela democratização dos meios de comunicação**, após terem inquirido o aluno e realizado a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua aprov. em defesa no rito de defesa.

A outorga do título de doutor está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

Curitiba, 18 de Dezembro de 2017.


ENEIDA DESÍREE SALGADO
Presidente da Banca Examinadora


CARLOS FREDERICO MARES DE SOUZA FILHO
Avaliador Externo


NILSON MACIEL DE PAULA
Avaliador Interno


GEORGHIO ALESSANDRO TOMELIN
Avaliador Externo


CELSON ANTONIO BANDEIRA DE MELLO
Avaliador Externo

Dedico esse trabalho à minha filha amada, Rafaela Taborda Violin, e a todas e todos que me apoiaram não apenas nos bons momentos, mas principalmente nos instantes os quais mais precisei.

Cálice

Pai, afasta de mim esse cálice
Pai, afasta de mim esse cálice
Pai, afasta de mim esse cálice
De vinho tinto de sangue

Como beber dessa bebida amarga
Tragar a dor, engolir a labuta
Mesmo calada a boca, resta o peito
Silêncio na cidade não se escuta
De que me vale ser filho da santa
Melhor seria ser filho da outra
Outra realidade menos morta
Tanta mentira, tanta força bruta

Como é difícil acordar calado
Se na calada da noite eu me dano
Quero lançar um grito desumano
Que é uma maneira de ser escutado
Esse silêncio todo me atordoia
Atordoado eu permaneço atento
Na arquibancada pra a qualquer momento
Ver emergir o monstro da lagoa

De muito gorda a porca já não anda
De muito usada a faca já não corta
Como é difícil, pai, abrir a porta
Essa palavra presa na garganta
Esse pileque homérico no mundo
De que adianta ter boa vontade
Mesmo calado o peito, resta a cuca
Dos bêbados do centro da cidade

Talvez o mundo não seja pequeno
Nem seja a vida um fato consumado
Quero inventar o meu próprio pecado
Quero morrer do meu próprio veneno
Quero perder de vez tua cabeça
Minha cabeça perder teu juízo
Quero cheirar fumaça de óleo diesel
Me embriagar até que alguém me esqueça

Gilberto Gil e Chico Buarque

RESUMO

A Constituição brasileira de 1988 é vinculante no sentido de que o Estado brasileiro deve ser um Estado Social, Republicano, Desenvolvimentista e Democrático de Direito. O Brasil é um país com monopólios e oligopólios e pouca pluralidade nos meios de comunicação. Uma Democracia substancial pressupõe a existência de cidadãos bem informados politicamente, mas também com poder de pautar o jogo político de forma participativa e deliberativa, pois não há Democracia de fato em um país onde apenas os detentores dos maiores recursos privados têm liberdade e permissão para controlar e influenciar o curso do debate político, o que os favorecerá para a manutenção dos seus privilégios. Essa liberdade apenas para quem detém o capital gera mais desigualdade no jogo político, concentração de recursos na economia e injustiça social. A liberdade de expressão passou de um direito de defesa que determina a abstenção do Estado para um direito prestacional, que também obriga que o próprio Estado fomente e regule as atividades comunicacionais, de forma democrática e participativa. A liberdade de expressão não é apenas a de um cidadão se expressar individualmente ou das grandes corporações se manifestarem, mas também o direito à informação do público receptor, e para isso necessita de uma atuação positiva do Estado. É necessária uma discussão pública, dialógica, e não apenas que a expressão de grandes corporações privadas seja garantida de forma unilateral, monopolística/oligopolística e pouco plural. As políticas públicas (*policies*) são decisões públicas advindas de processos democráticos destinadas a realizar melhorias na sociedade, para atendimento do interesse público e dos direitos fundamentais, nos termos constitucionais, atreladas à política (*politic*) exercida nessa sociedade, e podem ser externalizadas por meio de atos legislativos ou administrativos. Mesmo sem regulamentação por meio de lei exarada pelo Parlamento, no Brasil é possível a efetivação de políticas públicas para fins da democratização dos meios de comunicação por meio de atos administrativos infraconstitucionais expedidos pelo Poder Executivo, no exercício da função administrativa, para fins de limitação dos monopólios e oligopólios e pluralidade da mídia no país, nos termos do princípio da juridicidade ou constitucionalidade, atos esses que não seriam atos ou decretos autônomos, pois não estariam inovando na ordem jurídica. A não ser normas constitucionais dependentes expressamente de regulamentação, as normas de eficácia plena com proibições e que confirmam prerrogativas são autoaplicáveis, mesmo com atos administrativos do Poder Executivo, assim como as chamadas “normas programáticas” na parte da Ordem Social, da qual a radiodifusão faz parte, com o intuito da instauração da democracia substancial. Mesmo existindo autorização constitucional para a atuação via atos administrativos do Poder Executivo para a democratização da mídia, seria ainda mais legítimo que o governo implementasse as políticas públicas por meio de amplo debate com o povo, com a sociedade civil organizada, movimentos sociais e demais interessados diretos e indiretos no tema da comunicação, adotando instrumentos de Democracia direta, participativa e deliberativa, para o melhor atendimento da Constituição de 1988.

Palavras-chave: Democratização dos meios de comunicação. Políticas Públicas. Atos administrativos.

ABSTRACT

The Brazilian Constitution of 1988 is binding in the sense that the Brazilian State must be a Social, Republican, Developmental and Democratic State of Law. Brazil is a country with monopolies and oligopolies and little plurality in the media. Substantial Democracy presupposes the existence of politically well-informed citizens, but also has the power to govern the political game in a participatory and deliberative way, since there is no actual Democracy in a country where only the holders of the largest private resources are free and allowed to control and influence the course of the political debate, which guarantees them the maintenance of their privileges. This freedom only for those who hold capital generates more inequality in the political game, concentration of resources in the economy and social injustice. Freedom of expression has gone from a right of defense that determines the State's abstention to a right to benefits, which also obliges the State itself to promote and regulate communication activities in a democratic and participatory manner. Freedom of expression is not only that of a citizen expressing himself or herself individually or of large corporations, but also the right to information of the receiving public, and for this it needs a positive action by the State. It is necessary to have a public, dialogical discussion, and not only that the expression of large private corporations is guaranteed unilaterally, monopolistic / oligopolistic and little plural. Public policies are public decisions derived from democratic processes aimed at achieving improvements in society, in order to serve the public interest and fundamental rights, in constitutional terms, linked to the politics exercised in that society, and can be outsourced through legislative or administrative acts. Even without regulation by means of a law enacted by the Parliament, in Brazil it is possible to carry out public policies for the purpose of democratizing the means of communication by means of infraconstitutional administrative acts issued by the Executive Power, in the exercise of the administrative function, for the purpose of limiting the monopolies and oligopolies and plurality of the media in the country, according to the principle of juridicity or constitutionality, acts that would not be autonomous acts or decrees, since they would not be innovating in the legal order. Except for constitutional norms expressly dependent on regulation, norms of full effectiveness with prohibitions and conferring prerogatives are self-applicable, even with administrative acts of the Executive Power, as well as the so-called "programmatic norms" in the part of the Social Order, of which the broadcasting is part, with the intention of the establishment of the substantial democracy. Even if there was constitutional authorization to act through administrative acts of the Executive Branch for the democratization of the media, it would be even more legitimate for the government to implement public policies through a broad debate with the people, with organized civil society, social movements and other interested parties direct and indirect in the theme of communication, adopting instruments of direct, participative and deliberative Democracy, to better serve the Constitution of 1988.

Keywords: Democratization of the media. Public policy. Administrative acts.

SUMÁRIO

| | |
|---|------------|
| 1. INTRODUÇÃO | 08 |
| 2. A MÍDIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO | 12 |
| 2.1. O MODELO DE ESTADO | 12 |
| 2.2. A EXIGÊNCIA DA DEMOCRATIZAÇÃO DA MÍDIA | 48 |
| 2.3. O DIREITO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO NO BRASIL | 90 |
| 3. O ESTADO DAS COISAS: A CONCENTRAÇÃO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO E A AUSÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS | 118 |
| 3.1. OS MEIOS DE COMUNICAÇÃO NO BRASIL | 118 |
| 3.2. A ORGANIZAÇÃO DOS GRUPOS DE MÍDIA NO BRASIL | 140 |
| 3.3. AS TENTATIVAS DE REGULAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO | 147 |
| 4. A DEMOCRATIZAÇÃO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO | 180 |
| 4.1. POLÍTICAS PÚBLICAS E A DEMOCRATIZAÇÃO DA MÍDIA | 180 |
| 4.2. PROPOSTAS PARA A DEMOCRATIZAÇÃO DA MÍDIA | 198 |
| 4.3. DEMOCRATIZAÇÃO DA MÍDIA POR ATOS ADMINISTRATIVOS DO PODER EXECUTIVO | 213 |
| 5. CONCLUSÕES | 223 |
| REFERÊNCIAS | 229 |

1. INTRODUÇÃO

“A questão é que os jornais não são feitos para divulgar, mas para encobrir notícias”.

Umberto Eco¹

“A mídia é o maior inimigo do Brasil.”

Celso Antônio Bandeira de Mello²

Quanto menos um povo lê livros ou estuda, mais é dependente do que aparece nos aparelhos de televisão e rádio, redes sociais e sites da internet, jornais e revistas. Como o Brasil é um país de analfabetos, analfabetos funcionais e analfabetos políticos, o poderio que os meios de comunicação de massa têm sobre as mentes da população brasileira é alarmante.³

O presente estudo pretende adentrar em tema espinhoso e que praticamente não é debatido nos grandes meios de comunicação, que é a questão das políticas públicas pela democratização dos meios de comunicação.⁴

¹ ECO, Umberto. Número Zero. Rio de Janeiro: Record, 2015, p. 162. Sobre o poder da mídia e sua mercantilização ver MERCADO de notícias. Direção: Jorge Furtado. Brasil: Casa de Cultura de Porto Alegre, 2014, 94 min, color. Disponível no Youtube <<https://youtu.be/zq4CpvHdbAA>> acessado em 27.10.2017. O documentário conta com depoimentos dos jornalistas Bob Fernandes, Cristiana Lôbo, Fernando Rodrigues, Geneton Moraes Neto, Janio de Freitas, José Roberto de Toledo, Leandro Fortes, Luis Nassif, Mauricio Dias, Mino Carta, Paulo Moreira Leite, Raimundo Pereira, Renata Lo Prete; com trechos da peça “The Staple of News”, escrita pelo inglês Ben Jonson em 1625, uma comédia montada e encenada para a produção do filme. Sobre a manipulação e a perseguição política seletiva que a uma grande rede de TV faz, com o recebimento de dinheiro público, com o desvio de atenção com a fabricação de escândalos, ver LA DICTADURA PERFECTA. Direção: Luis Estrada. México., 2014, 2h23min, color.

² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Entrevista para o Portal Vermelho publicada em 21 de outubro de 2015 no site <http://www.vermelho.org.br/noticia/271729-146>. Acessado em 18 de janeiro de 2015.

³ Malcom X já dizia que “a imprensa é tão poderosa no seu papel de construção de imagem que pode fazer um criminoso parecer que ele é a vítima e fazer a vítima parecer que ela é o criminoso. Esta é a imprensa, uma imprensa irresponsável. Se você não for cuidadoso, os jornais terão você odiando as pessoas que estão sendo oprimidas e amando as pessoas que estão fazendo a opressão”. Pensador. <<https://www.pensador.com/frase/ODg2OTYx>>. Acesso em 27.11.2017.

⁴ Venício A. de Lima chama de “democratização da mídia” as políticas públicas que garantam a concorrência das empresas de mídia, a não-oligopolização no mercado de ideias; o que é diferente, para ele, da democratização da comunicação, que é um processo já em andamento por meio da internet, com inclusão digital garantida pela oferta de computadores com preços acessíveis a todos

O objetivo é subsidiar as propostas de um modelo de política pública de regulamentação da mídia capaz de promover os princípios constitucionais e a democracia substancial no Brasil, seja por meio de atos no âmbito da Administração Pública ou mesmo por atos legislativos.

Se no mundo há uma certa concentração de poder entre as grandes corporações de comunicação, no Brasil a chamada “grande mídia” pratica de forma pouco plural monopólios e oligopólios, o que afronta a Constituição de 1988.

Com base em determinadas políticas públicas baseadas nos princípios democráticos e republicanos, cada vez mais os países ocidentais vêm realizando a regulação da mídia. Princípios como equilíbrio, pluralidade, garantia de espaço para cultura nacional, local e independente, respeito à criança e ao adolescente, respeito às etnias e combate ao racismo, contra a propriedade cruzada, pela classificação indicativa, equilíbrio entre TVs e rádios estatais, públicas e privadas, contra a oligopolização/monopolização, direito de resposta, multas altas para invasões de privacidade quando não há respeito à honra dos cidadãos, separação de produção e distribuição, fomento com verbas públicas para a mídia alternativa, entre outros.

Entretanto, no Brasil, cuja legislação é ultrapassada - o Código Brasileiro de Telecomunicações é de 1962 (Lei 4.117/62) - e a Constituição de 1988 não é respeitada, uma regulação democrática e efetiva dos meios de comunicação nunca existiu para a garantia de uma liberdade de expressão de fato. A própria legislação

estudo o termo “democratização dos meios de comunicação”, mas nada impede a utilização de “democratização da mídia”. LIMA, Venício A. Política de comunicações: um balanço dos governos Lula [2003-2010]. São Paulo: Publisher Brasil, 2012, p. 226. Ciro Marcondes Filho informa que falar de “meio de comunicação” é o mesmo que falar apenas de um suporte genérico que torna possível a comunicação, e que o termo “meio” quer dizer “médium”, e seus plural “media”, a comunicação é que permite a produção de conteúdos, e acha desastroso o neologismo “mídia”. MARCONDES FILHO, Ciro. Prefácio à edição brasileira, p. 7-12. In: LUHMANN, Niklas. A realidade dos meios de comunicação. São Paulo: Paulus, 2005, p. 9. Luhmann entende que os meios de comunicação são todas as instituições da sociedade que se servem de meios técnicos de reprodução para a difusão da comunicação, como livros, revistas, jornais impressos, rádios e processos de reprodução fotográfica ou eletrônica, com a fabricação de produtos de grande quantidade a um público indeterminado, não se incluindo no conceito a produção em massa de manuscritos com base no ditado, como ocorria nas oficinas medievais, assim como conferências, representações teatrais, exposições, concertos, a não ser que sejam filmados. LUHMANN, Niklas. A realidade dos meios de comunicação. São Paulo: Paulus, 2005, p. 16 e 17. Giovanni Sartori entende que os “meios” é abreviação para meios de comunicação de massa”. SARTORI, Giovanni. Videopolítica: médios, información y democracia de sondeo. Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, 2003, p. 17. Miro Borges amplia o conceito de Luhmann e Sartori, incluindo como mídia até conglomerados donos de parques de diversão. BORGES, Altamiro. Democratização da mídia. Palestra organizada pelo Centro Acadêmico XI de Agosto em 21.03.2014, <https://youtu.be/H7Yk5eORf5o>, acesso em 28.11.2017.

citada, a Lei 4.117/62, com toda a sua defasagem e limitação, ou mesmo a legislação relativa às concessões de serviços públicos (Lei 8.987/95) não são respeitadas. Por exemplo, canais de TV terceirizam, ou praticam a sub-concessão, de partes inteiras de sua grade de programação, o que é proibido por lei. Além disso há canais nos quais a publicidade ultrapassa os limites percentuais da programação, o que também é definido na Lei de 1962. E para a efetivação dessa regulação o Ministério das Comunicações não precisa de nova legislação ou mudança constitucional, basta se utilizar de atos administrativos. Ou seja, parte da democratização da mídia pode ser implementada sem autorização do Congresso Nacional, bastando ações do próprio Poder Executivo federal. Há iniciativas tímidas de regulação da mídia, como por exemplo a classificação indicativa para filmes ou a proibição de propaganda de cigarros e bebidas alcoólicas para horários em que crianças assistem TV, mas ainda são ações incipientes e muito contestadas pelos grandes meios de comunicação de TV e rádio.

No Brasil muitos podem escutar mas poucos podem falar, sendo necessária uma multiplicação das falas. Entende-se que não há uma liberdade de imprensa substancial no país, uma liberdade dos profissionais da comunicação, mas apenas uma liberdade das empresas de comunicação, que dominam a circulação de informação no país. Assim, não basta a proposta liberal de autocontrole ou do "controle remoto". São necessárias políticas públicas de regulação democrática da mídia, tanto para cumprir com o texto constitucional e a legislação já existente, como a edição de novas normas que garantam a liberdade de expressão real, substancial, aos brasileiros, e não para um rol diminuto de famílias e empresas.

No primeiro capítulo, pretende-se analisar a mídia no ordenamento jurídico brasileiro, o modelo de Estado previsto na Constituição de 1988, porque é exigível a democratização da mídia e como o ordenamento jurídico brasileiro trata dos meios de comunicação no país.

No segundo capítulo será tratado o estado das coisas, ou seja, como se dá a concentração dos meios de comunicação e a ausência de políticas públicas satisfatórias sobre o tema no Brasil. Será informado sobre a história dos meios de comunicação no Brasil, como os grupos de mídia se organizam no país e sobre as tentativas de regulação e regulamentação.

Por fim, no terceiro capítulo, serão discutidas as propostas de política pública para a democratização da mídia, com algumas propostas e uma análise pela possibilidade que essa democratização se dê, pelo menos em parte, por meio de atos administrativos do Poder Executivo, já que nossos Parlamentos não têm muito interesse nessa democratização.

No estudo será utilizado o método prioritariamente, de pesquisa básica, exploratória e bibliográfica, de análise de documentos e dados secundários.

2. A MÍDIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

“No Brasil não existe opinião pública, existe opinião publicada. Meia dúzia de indivíduos controlam os meios de comunicação.”

Celso Antônio Bandeira de Mello⁵

2.1. O MODELO DE ESTADO

Não há como estudar políticas públicas e democratização dos meios de comunicação sem ser analisado o modelo de Estado previsto na Constituição do país. A Constituição brasileira de 1988 é um marco para a história do país ao determinar que um dia o Brasil seja, de fato, um Estado Social, Republicano, Desenvolvimentista e Democrático de Direito. Assim, serão analisadas cada uma dessas características da Constituição. Para qualquer estudo sobre o Estado, a Administração Pública e as Políticas Públicas é interessante levar em conta a teoria dos direitos fundamentais e a do interesse público. Segundo suas funções sobre a relação entre o Estado e os indivíduos as normas de direitos fundamentais podem ter o status: **passivo** (*status subiectionis*, seriam as sujeições do indivíduo ao Estado, com deveres e proibições), o **negativo** (*status libertatis*, seriam os direitos de defesa, no qual o indivíduo teria liberdade de atuação em face do Estado), o **positivo** (*status civitatis*, com a existência de pretensões garantidas do indivíduo a ações estatais) e o **ativo** (*status activae civitatis*, com poderes de participação do indivíduo no processo de formação da vontade estatal).⁶ No presente estudo será analisado o status passivo, uma vez que aos indivíduos não cabe fazer o que bem entenderem com informações sigilosas do Estado; o status negativo garantiria a liberdade de expressão aos indivíduos, proibindo a censura estatal; o status positivo garantiria aos indivíduos informações públicas junto ao Estado ou mesmo fomento

⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Entrevista para o Portal Vermelho publicada em 21 de outubro de 2015 no site <http://www.vermelho.org.br/noticia/271729-146>. Acessado em 18 de janeiro de 2015.

⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 254-275.

estatal para a garantia do pluralismo comunicacional; e o status ativo, com poderes de participação do indivíduo no processo de regulação dos meios de comunicação.

Robert Alexy classifica os direitos fundamentais em direitos de defesa (uma feição negativa, uma exigência de abstenção, como o direito à livre manifestação do pensamento, inviolabilidade do domicílio e direito de propriedade) e direitos a prestações (positiva, com a exigência de uma ação).⁷

Além da análise baseada nos direitos fundamentais, é essencial levar em consideração o chamado regime jurídico administrativo tendo como pilares o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público pela Administração Pública. Ao mesmo tempo em que haverá um interesse coletivo maior de pluralidade de meios de comunicação sobre interesses egoísticos individuais de determinadas empresas monopolísticas ou oligopolistas; a Administração Pública deverá atuar de forma isonômica, moral, transparente, democrática na relação com o mercado e com a sociedade, assim como respeitar diversos outros princípios constitucionais.⁸

Pretende-se analisar o chamado “neoliberalismo” na realidade da Constituição brasileira de 1988 e o Estado de Bem-Estar Social.⁹ A Constituição de 1988 é Social porque o texto constitucional prevê uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional sustentável, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades,¹⁰ o bem estar e o bem de todos, respeito aos direitos humanos, igualdade, justiça social, livre iniciativa com os valores sociais do trabalho, função social da propriedade, favorecimento às empresas de pequeno porte, dever

⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 194-248. Sobre o tema ver REZENDE, Renato Monteiro de. Direitos prestacionais da comunicação. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 23-44.

⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, capítulos I e II.

⁹ Tony Judt alerta que “Há algo de profundamente errado na maneira como vivemos hoje. Ao longo de trinta anos a busca por bens materiais visando o interesse pessoal foi considerada uma virtude: na verdade, esta própria busca constitui hoje o pouco que resta de nosso sentimento de grupo. Sabemos o preço das coisas, mas não temos ideia de seu valor. Não fazemos mais perguntas sobre uma decisão judicial ou um ato legislativo: é bom? É justo? É adequado? É correto? Ajudará a melhorar o mundo ou a sociedade? Essas costumavam ser as questões políticas, mesmo que suas respostas não fossem fáceis. Devemos mais uma vez aprender a fazê-las.” JUDT, Tony. O mal ronda a terra: um tratado sobre as insatisfações do presente. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011, p. 15-16.

¹⁰ Judt aduz que “de todos os objetivos conflitantes e somente parcialmente reconciliáveis que podemos buscar, a redução da desigualdade deve vir em primeiro lugar”, e “desigualdades não é apenas um incômodo moral: é ineficiente”. JUDT, Tony. O mal ronda a terra: um tratado sobre as insatisfações do presente. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011, p. 170-171.

do Estado na educação e saúde, salário mínimo capaz de atender as necessidades vitais básicas de uma família, entre outras disposições humanistas contra a barbárie liberal e neoliberal individualista.¹¹ Desenvolvimentista porque o desenvolvimento, além de ser um valor supremo que consta do preâmbulo da Constituição, é um princípio constitucional. Lembrando que desenvolvimento sustentável é desenvolvimento social, ambiental, econômico, ético, jurídico e político. O Estado, a Administração Pública e todos os que lidam com as funções públicas devem buscar o atendimento do interesse público, englobando os direitos fundamentais e princípios como os da moralidade, da legalidade, da finalidade e da impessoalidade, dentre outros explícitos e implícitos no texto constitucional, sempre pensando nas gerações futuras.¹²

Republicano no sentido de busca do bem comum, do interesse público primário, contra o patrimonialismo, com uma Administração Pública profissionalizada e participativa, chamada de Administração Pública burocrático-deliberativa. Democrático tanto no sentido da necessidade do aperfeiçoamento da Democracia Representativa quanto do fortalecimento da chamada Democracia Participativa e até da Democracia Deliberativa, sempre com o intuito de se passar da Democracia formal para a Democracia substancial.¹³ De Direito porque devem existir Poderes que se controlam de forma harmônica e independente, e que são controlados pelo povo, sempre com a busca do atendimento dos direitos fundamentais.¹⁴ Esse tipo de

¹¹ Sobre o tema ver BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 791-817 e 1067-1081; e VIOLIN, Tarso Cabral. Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica, 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. Sobre Estado de Bem-Estar e Democracia ver OFFE, Claus. A democracia contra o Estado do bem-estar? Fundamentos estruturais das oportunidades políticas neoconservadoras. In: Capitalismo desorganizado: transformações contemporâneas do trabalho e da política, capítulo 8, p. 269-317. Do autor ver ainda OFFE, Claus. Problemas estruturais do Estado capitalista, p. 140-177.

¹² Sobre “desenvolvimento” recomendamos GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. Administração Pública e seus fundamentos de gestão: eficiência, interesse público, direitos fundamentais e desenvolvimento. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. *Direito Público do Mercosul*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 241-251.

¹³ Sobre Democracia ver SALGADO, Eneida Desiree. Constituição e Democracia: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2007; SALGADO, Eneida Desiree. Princípios Constitucionais Eleitorais. Belo Horizonte: Fórum, 2010; SALGADO, Eneida Desiree. Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral. Tese de Doutorado em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito, na Universidade Federal do Paraná, 2010. Sobre a necessidade de passarmos de uma Democracia formal para uma democracia substancial, ver BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. In: Revista de Direito Administrativo nº 212, abr./jun./98, p. 57-70.

¹⁴ Sobre o Estado de Direito ver COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica, in COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). O Estado de Direito: história, teoria e crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 95-198.

Estado pode até parecer uma utopia, algo inalcançável, mas como dizia Victor Hugo, “não há nada como o sonho para criar o futuro. Utopia hoje, carne e osso amanhã.”¹⁵

Note-se que o texto constitucional é vinculante, pois não é uma sugestão ou um protocolo de intenções. Cabe a toda a sociedade brasileira buscar o atendimento dessas disposições normativas, e o modelo de Estado não é o mínimo, ou apenas regulador, mas também não é o Estado máximo, totalmente planejado. Como se vê, uma das grandes características previstas na Constituição é a de Estado Social, o qual é um contraponto ao liberalismo econômico ou ao chamado “neoliberalismo”, mas também a Estados máximos totalitários como o nazista, fascista e stalinista. Toni Judt nos lembra que “o caráter materialista e egoísta da vida contemporânea não é inerente à condição humana. Muito do que parece ‘natural’ hoje em dia data dos anos 1980: a obsessão pelo acúmulo de riqueza, o culto da privatização e do setor privado, a crescente desigualdade entre ricos e pobres. E, acima de tudo, a retórica que acompanha esses conceitos: admiração acrítica pelos mercados livres de restrições, desdém pelo setor público, ilusão do crescimento interminável”.¹⁶ É sob esse ponto de vista que será analisado o Estado Social e o neoliberalismo.

Como contraponto ao Estado absolutista, a partir do Século XVIII iniciou-se a implementação do Estado Liberal, fundamentado no limite do poder do próprio Estado e na garantia dos direitos fundamentais individuais, em decorrência principalmente da Revolução Francesa e demais revoluções burgueses. O Estado passou a ser mínimo, e cuidava principalmente da cobrança de impostos e segurança interna e externa dos cidadãos, por meio da polícia e forças armadas, respectivamente. Assim, o Estado Liberal nasce revolucionário, contra um modelo de Estado opressor e patrimonialista, como o Absolutista.

Entretanto, no século XIX começa a imperar o individualismo e o Estado mínimo, apenas policial, um Estado que não assegurava vida digna à grande maioria da população, sendo verificada a necessidade de que o Estado interviesse na economia e no social para assegurar certos direitos fundamentais aos cidadãos.

¹⁵ HUGO, Victor. Os miseráveis. Livro 4, I.

¹⁶ JUDT, Tony. O mal ronda a terra: um tratado sobre as insatisfações do presente. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

Com a Revolução industrial, famílias inteiras, inclusive crianças, trabalhavam em carvoarias por mais de 10 horas diárias, sem qualquer intervenção estatal. Avelãs Nunes informa que os liberais já constavam que “sempre que há muita propriedade, há grande desigualdade. Por cada homem rico haverá, pelo menos, 500 homens pobres”; defendiam a desigualdade econômica como característica inerente das sociedades burguesas, como se fosse algo natural, uma lei de validade absoluta e universal, e perante as quais não haveria de se falar em justiça ou injustiça, pois o que é natural é justo; assim como concluíam que os homens trabalhadores, poupadores e inteligentes são ricos, os pobres são preguiçosos, perdulários, pouco inteligentes, com uma glorificação dos vencedores e degradação dos perdedores/pobres, que não merecem qualquer piedade, sendo até executados os mendigos.¹⁷ O aumento expressivo da classe proletária, com a ideia de que não é livre quem não detém autossuficiência material, passa a justificar uma reestruturação estatal com uma atuação mais positiva do Estado, para proporcionar condições mínimas como educação, saúde, cultura e moradia.¹⁸

Como antítese ao Estado Liberal, surge principalmente no século XX o Estado do Bem-Estar Social,¹⁹ obrigado constitucionalmente a intervir na ordem econômica e social. Um Estado prestador de serviços públicos para todos e não apenas para os que tinham recursos materiais. Seria o que é chamado de capitalismo organizado, com um pacto social entre capital e trabalho. Samuel Eliot Morison informa que o grande debate dos nossos dias trava-se entre a liberdade econômica e o controle estatal e particular. A cada dia que passa surgem novas e relevantes opiniões para demonstrar qual o melhor sistema, todas dentro de estreitos pontos de vista econômicos. Mas o tema estaria de tal modo entremeado de ideias sobre o significado de uma vida digna e dos valores correlatos da liberdade, da segurança, etc., que nunca poderá ser devidamente esclarecido.²⁰

¹⁷ AVELÃS NUNES, António José. Neoliberalismo e direitos humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 29-31.

¹⁸ Sobre o Estado Social ver ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais dos servidores públicos. São Paulo: Saraiva, 1999; e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública, 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

¹⁹ Principalmente pautado nas ideias do economista britânico John Maynard Keynes e a necessidade de reduzir a intensidade e a duração de crises cíclicas próprias do capitalismo. Sobre Keynes ver AVELÃS NUNES, António José. Neoliberalismo e direitos humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 32 e demais do livro.

²⁰ MORISON, Eliot Morison. A liberdade na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1959, p. 75.

Nesse tipo de Estado Social, ao contrário do Estado Liberal, o Estado não vai apenas se abster na área de comunicação, da liberdade de expressão e demais liberdades, mas vai também intervir, de forma democrática, para que a liberdade de expressão e demais liberdades sejam garantidas.²¹

As revoluções socialistas foram decisivas na criação dos Estados Sociais. Governantes, pressionados pelos trabalhadores, com receio de revoluções, criavam nas Constituições nacionais direitos sociais que, se não exterminavam, pelos menos diminuía os danos causados por um capitalismo liberal predatório para os direitos humanistas. Foi o famoso “dá-se os anéis para não se perder os dedos”, “o objetivo desse Estado não era revolucionar as relações sociais, muito menos inaugurar uma era socialista”.²² António José Avelãs Nunes informa que uma das marcas de Keynes foi o reconhecimento da necessidade de conciliar a democracia política com a economia de mercado capitalista, uma das funções do *welfare state*.²³ Esse Estado não deveria ser apenas Social, mas também Desenvolvimentista, Republicano e Democrático de Direito. Assim, as promessas da Revolução Francesa de Liberdade (liberdade com dignidade), Igualdade (material, com redistribuição) e Fraternidade (como direito, não como favor) seriam cumpridas substancialmente, e não formalmente, com base na dignidade da pessoa humana.²⁴

David Harvey entende que há formas de acumular com fraude, corrupção e tráfico ilegal, formas extralegais fundamentais ao capitalismo, sendo que os três maiores setores de comércio externo global são as drogas, as armas ilegais e o tráfico de seres humanos. Entre as práticas ilegais ainda haveria as práticas predatórias. E existem os meios legais que incluem privatizações de bens comuns como água e educação e o cancelamento de obrigações de pensão e saúde, num

²¹ Foucault dizia que “o Estado não tem essência (...) o Estado não é em si uma fonte autônoma de poder (...) o Estado não é nada mais que o efeito móvel de um regime de governamentalidades múltiplas”. FOUCAULT, Michel. Nascimento da biopolítica. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 105-106. Segundo Lemke, Foucault faz uma genealogia do Estado moderno, e com o termo governamentalidade (arte de governar) o filósofo mostra que não é possível analisar as técnicas de poder no governo sem os seus modos de pensamento, mentalidade, em que se baseiam. LEMKE, Thomas (2001). ‘The birth of bio-politics’: Michel Foucault’s lecture at the Collège de France on neo-liberal governmentality’. *Economy and Society*. Volume 30. Number 2. 190-207.

²² JUDT, Tony. O mal ronda a terra: um tratado sobre as insatisfações do presente. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011, p. 52.

²³ AVELÃS NUNES, António José. Neoliberalismo e direitos humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 24.

²⁴ Sobre Estado Social e Democrático e a liberdade, igualdade e fraternidade, ver PIRES, Luis Manuel Fonseca. O Estado social e democrático e o serviço público: um breve ensaio sobre liberdade, igualdade e fraternidade. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

processo de falência. Há ainda grupos privados de capital que compram empresas públicas, reorganizam-nas, tiram-lhes ativos, demitem funcionários e as vendem de volta para o domínio público com um lucro substancial. Há, ainda, todos os tipos de truques em que o grande capital abate o pequeno, por meio de regulação estatal que é particularmente pesada para as pequenas empresas e leva a uma maior centralização do capital, despossessão dos pequenos empresários e agricultores, frequentemente com a ajuda de mecanismos de crédito. David Harvey informa que durante o século XX muitos Estados capitalistas avançados adotaram a tributação progressiva, redistribuição em espécie e impostos de herança fortes, reduzindo assim concentrações excessivas de riqueza pessoal e poder, mas essa restrição à concentração excessiva do poder do dinheiro foram afrouxadas nos EUA e em outros lugares depois de 1980, e a explicação não seria apenas uma “ganância infecciosa”. O mundo parece mais propenso a acabar sendo governado pela ditadura de seus banqueiros centrais do que pelos trabalhadores, com o Estado-finanças com características de uma instituição feudal repleta de intrigas e passagens secretas, exercendo um poder estranho e antidemocrático, não apenas sobre como o capital circula e se acumula, mas sobre quase todos os aspectos da vida social. Quando os financistas se tornam dominantes em todos os outros setores, como ocorreu nos EUA a partir dos anos 1980, e quando os que deveriam ser regulamentados capturam o aparelho regulador do Estado, o nexo Estado-finanças tende a favorecer interesses particulares em vez do corpo político em geral, sendo essencial a indignação popular continuada para restabelecer o equilíbrio.²⁵

Note-se que não se está a falar de Estado máximo, no qual o Estado explora diretamente todas as atividades econômicas e presta todos os serviços públicos. No Estado de Bem-Estar deve existir um equilíbrio, com o Estado prestando a maioria dos serviços públicos, em especial aqueles com monopólio natural, deixando parcela desses serviços públicos para prestação pela iniciativa privada com fins lucrativos ou sem fins lucrativos, como empresas do mercado e cooperativas (atividades econômicas e serviços públicos privatizados) e entidades da sociedade civil, do chamado “terceiro setor”²⁶ (serviços públicos sociais não privatizados).²⁷

²⁵ HARVEY, David. O enigma do capital: e as crises do capitalismo. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 44-54.

²⁶ Judt critica a “apolítica” a partir da década de 1970, juntamente com a ênfase nos direitos humanos, o que talvez tenha levado uma geração de jovens ativistas a acreditar erroneamente que

Um Estado equilibrado, presente de forma direta e indireta na economia e no social, respeitando o desenvolvimento sustentável, buscando o bem comum de forma radicalmente democrática, com Poderes harmônicos e independentes se controlando e com a participação popular no controle desses Poderes estatais. Luis Manuel Fonseca Pires entende que “se o Estado desfaz-se do serviço público para que as atividades de primordial relevância à sociedade – como educação, saúde, transporte coletivo, energia elétrica, saneamento básico e outros mais – sejam prestados por particulares, se o estado posta-se exclusiva ou mesmo preponderantemente na figura de mero agente regulador e compactua com este esgarçar da titularidade de tarefas eminentemente sociais, então o excesso de homenagem à liberdade transmuta-se em óbice impeditivo a alcançar-se a igualdade; a fraternidade, então, não pode sequer ser sonhada”.²⁸

O Estado de Bem-Estar Social é uma das bandeiras da social-democracia. Tony Judt informa que os sociais-democratas são híbridos ao compartilhar com os liberais o compromisso com a tolerância cultural e religiosa, mas em matéria de políticas públicas acreditam na viabilidade e na virtude da ação coletiva para o bem comum, com a taxaçoão progressiva para bancar os serviços públicos e outros benefícios sociais que os indivíduos não conseguem suprir. Os impostos e investimentos públicos não seriam um “mal necessário”, pois uma boa sociedade embute desde o princípio um papel de destaque para o Estado e para o setor público. O que faz ser a social-democracia mais difícil de emplacar nos Estados Unidos da América, mas o autor sugere que o governo pode desempenhar um papel maior em nossas vidas sem ameaçar a liberdade e que ainda vale a pena pensar no tipo de Estado que queremos.²⁹ Segundo Judt grande parte do que há de melhor na

os caminhos convencionais para mudança estavam congestionados, e que eles deveriam abrir mão da organização política em prol de grupos voltados a questões específicas, não governamentais, sem a mácula dos conchavos, com a participação em ONGs internacionais. O que seria moralmente irrepreensível, mas abandonam a sociedade aos mais medíocres e venais servidores públicos. JUDT, Tony. O mal ronda a terra: um tratado sobre as insatisfações do presente. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011, p. 153.

²⁷ Judt diz que do final do século XIX até os anos 1970 as sociedades ocidentais avançadas estavam se tornando menos desiguais com impostos progressivos, subsídios governamentais para os pobres, oferta de serviços sociais e garantias contra infortúnios mais sérios, com as democracias modernas reduzindo os extremos entre riqueza e pobreza. JUDT, Tony. Obra citada, p. 24.

²⁸ PIRES, Luis Manuel Fonseca. O Estado social e democrático e o serviço público: um breve ensaio sobre liberdade, igualdade e fraternidade. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 107-108.

²⁹ Judt pergunta: por que os neoliberais perguntam se é restrição à liberdade o planejamento, a taxaçoão progressiva, a propriedade coletiva de bens públicos, enquanto câmeras de TV em circuito

legislação e na política social estadunidense, implantadas durante o século XX, e que agora tentam desmontar em nome da eficiência e de “menos governo”, corresponde à social-democracia, e por isso ainda hoje na Europa conquistas como serviços públicos de saúde, educação gratuita ou subsidiada e transporte e outros serviços essenciais são mantidos.³⁰

Streck e Moraes alertam que “é evidente, pois, que em países como o Brasil, em que o Estado Social não existiu, o agente principal de toda política social deve ser o Estado. (...) Quanto mais necessitamos de políticas públicas, em face da miséria que se avoluma, mais o Estado, único agente que poderia erradicar as desigualdades”.³¹

Milton Friedman e Rose Friedman são críticos do Estado de Bem-Estar Social, analisando o modelo implementado nos Estados Unidos da América, Inglaterra, Suécia e na cidade de Nova York, que teria objetivos humanitários e nobres mas não atingidos, com benefícios a grupos de renda média e superior e não aos pobres; custos com burocracia e corrupção dos fins meritórios, o que é uma ameaça para a liberdade.³² Na mesma linha Calvin B. Hoover: “contrariamente à analogia de Marx de que o Estado moderno é um comitê para a gerência dos negócios comuns dos capitalistas, o desenvolvimento do Estado capitalista liberal permitiu o mais eficaz instrumento sócio-político já concebido para proteger a população de um país contra os poderes coercitivos de uma burocracia dominante”.³³

Se na maioria dos países hoje desenvolvidos o modelo de Estado do Bem-Estar Social foi implementado, já no período pós-guerras, sendo considerado o maior progresso já testemunhado na história,³⁴ no Brasil esse processo foi mais

fechado, ajuda para bancos, telefones grampeados e guerras custosas são aceitáveis para um povo livre? JUDT, Tony. Obra citada, p.144.

³⁰ JUDT, Tony. Obra citada, p. 18-19.

³¹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

³² “O desperdício é desolador, mas é o menor dos males dos programas paternalistas que cresceram e alcançaram essas maciças proporções. O mal maior é seu efeito sobre a tessitura da sociedade. Debilitam a família, reduzem os incentivos ao trabalho, à poupança e à inovação, diminuem a acumulação de capital e limitam nossa liberdade. Estes são os padrões fundamentais pelos quais devem ser julgados”. FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Milton. *Liberdade de escolher*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Record, 1980, p. 107-109, 122-125, 133.

³³ HOOVER, Calvin B. *A economia, a liberdade e o estado*. Rio de Janeiro: Agir, 1964, p. 23.

³⁴ Segundo Ralf Dahrendorf, em JUDT, Tony. Obra citada, p. 80.

lento. Por mais que a partir do governo de Getúlio Vargas em 1930 traços de Estado Social começassem a ser implementados e previstos nos textos constitucionais a partir de 1934, apenas com a Constituição de 1988 podemos dizer que realmente esse modelo foi previsto, de fato, como obrigação constitucional.

Dois anos depois da promulgação da Constituição Social de 1988, em 1990 entra no poder o presidente Fernando Collor de Mello (PRN, 1990-1992), que começa a implementar o neoliberalismo no Brasil, e não o tipo de Estado previsto constitucionalmente. Essa política neoliberal continuou sendo implementada pelo presidente Itamar Franco (PMDB, 1992-1994), que substitui Collor após sua renúncia e Impeachment; foi extremada no governo Fernando Henrique Cardoso (PSDB, 1995-2002); ainda implementado de forma tímida, em algumas áreas, no governo Luiz Inácio Lula da Silva (PT, 2003-2010); e retornada a aplicação de forma crescente no governo da presidenta Dilma Rousseff (PT, 2011-2016), principalmente em seu segundo mandato iniciado em 2015 e finalizado com o Impeachment de 2016;³⁵ e com um retorno mais radical no governo de Michel Temer (2016-2018³⁶).

O neoliberalismo³⁷ nasceu logo após a II Guerra Mundial, com as ideias de Friedrich Hayek, em seu *O caminho da servidão*, escrito em 1944, contra o Estado do Bem-Estar Social em construção na Europa e o *New Deal* estadunidense.³⁸ Começa a ser implementado nos anos 1970 e 1980, com a justificativa de que

³⁵ Para muitos autores o Impeachment de Dilma, na verdade, foi um golpe. Sobre o tema, ver SALGADO, Eneida Desiree. Um diário do governo interino. Curitiba, Íthala, 2016. SOUZA, Jessé. A radiografia do golpe: entenda como e por que você foi enganado. Rio de Janeiro: Leya, 2016. PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; TENENBAUM, Marcio; RAMOS FILHO, Wilson (orgs.). A resistência ao golpe de 2016. Bauru: Canal 6, 2016. ROVAL, Renato. Golpe 16. São Paulo: Publisher Brasil, 2016.

³⁶ Michel Temer, vice de Dilma, assumiu a presidência com o “Impeachment”, para terminar o mandato até 2018.

³⁷ Sobre o tema ver ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir (Org.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. São Paulo: Paz e Terra, 1998; e VIOLIN, Tarso Cabral. Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica, 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

³⁸ Hayek é da chamada “escola austríaca”, junto com Ludwig Edles Von Mises, entre outros economistas neoliberais, que segundo Foucault foram intermediários entre o ordoliberalismo alemão e o neoliberalismo americano, que produzirá o anarcoliberalismo da Escola de Chicago. Hayek foi um dos inspiradores do anarcocapitalismo dos Estados Unidos da América. FOUCAULT, Michel. Nascimento da biopolítica. São Paulo: Martins Fontes, 2008, 143 e 222. Para Lemke, no neoliberalismo americano o governo se torna um tipo de empresa cuja tarefa é universalizar a competição entre indivíduos, grupos e instituições. LEMKE, Thomas (2001). ‘The birth of bio-politics’: Michel Foucault’s lecture at the Collège de France on neo-liberal governmentality’. *Economy and Society*. Volume 30. Number 2. 190-207. Tony Judt entende que a ascensão da cultura empresarial destruiu a atuação universal nos direitos sociais do Estado inglês. JUDT, Tony. O mal ronda a terra: um tratado sobre as insatisfações do presente. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011, p. 115.

haveria uma crise do Estado, principalmente na Europa e Estados Unidos da América.³⁹ O neoliberalismo se consolidou com o chamado “Consenso de Washington” e com a propagação das virtudes da desregulamentação, do Estado mínimo, da redução de impostos, e com a máxima, não confirmada, de que “tudo que o setor público sabia fazer o setor privado sabia fazer melhor”. A Europa abraçou a ideologia de pensamento único pós-queda do muro de Berlim, um pouco abalada desde a crise do capitalismo de 2008.⁴⁰

As políticas neoliberais geraram uma desigualdade alarmante, principalmente nos que mais aplicaram a ideologia, com colapso na mobilidade geracional (poucas chances dos jovens melhorarem as condições em que nasceram), com os pobres que continuam pobres, com saúde debilitada, falta de oportunidades educacionais, os conhecidos sintomas da depressão como alcoolismo, obesidade, jogatina e contravenções penais, os desempregados e subempregados tornando-se supérfluos para a economia, com estresse, ansiedade, doenças e morte prematura. Enquanto os países nórdicos como Suécia e Finlândia têm grau reduzido de desigualdade, e lideram os índices mundiais de bem-estar, os Estados Unidos, mesmo com toda a riqueza acumulada, apresenta valores baixos, com expectativa de vida abaixo da Bósnia e ligeiramente superior à Albânia.⁴¹

David Harvey explica que neoliberalismo é “um projeto de classe que surgiu na crise dos anos 1970. Mascarada por muita retórica sobre liberdade individual,

³⁹ O filósofo francês Michel Foucault fez uma interessante análise do neoliberalismo em curso dado no Collège de France em 1979, publicado na obra “Nascimento da Biopolítica”. Foucault analisa a fobia que alguns autores têm do Estado, assim como o neoliberalismo alemão (ordoliberalismo), o neoliberalismo francês e o estadunidense. FOUCAULT, Michel. Nascimento da biopolítica. São Paulo: Martins Fontes, 2008. O termo “ordoliberalismo” do neoliberalismo alemão antikeynesiano surge com a criação da revista *Ordo* em 1936, influenciada pela chamada “Escola de Friburgo”, que se chocou com a Escola de Frankfurt (obra citada, p. 141-142 e 145). Lemke informa que enquanto para a Escola de Frankfurt existe uma conexão causal entre capitalismo e fascismo, para os ordoliberais (Escola de Freiburg) o nazismo foi o resultado da ausência de liberalismo, e a alternativa crucial não era entre o capitalismo e o socialismo, mas entre liberalismo e diferentes formas de intervencionismo estatal, como o socialismo soviético, o nazismo e o keynesianismo, pois todos, em diferentes graus, ameaçam a liberdade. LEMKE, Thomas (2001). ‘The birth of bio-politics’: Michel Foucault’s lecture at the Collège de France on neo-liberal governmentality’. *Economy and Society*. Volume 30. Number 2. 190-207.

⁴⁰ JUDT, Tony. Obra citada, p. 19-21. Judt dá uma bronca na esquerda: “Caso queira ser levada a sério outra vez, a esquerda precisa definir seu discurso. Razões para se estar revoltado não faltam: desigualdades crescentes em termos de oportunidades e riqueza; injustiças de classe e casta; exploração econômica interna e internacional; corrupção, dinheiro e privilégios obstruindo as artérias da democracia. Entretanto, não basta mais apontar as deficiências do ‘sistema’ e recuar feito Pilatos, indiferente às consequências. O discurso eloquente e irresponsável das décadas passadas não ajudou a esquerda em nada”. Obra citada, p. 21.

⁴¹ JUDT, Tony. Obra citada, p. 25-30.

autonomia, responsabilidade pessoal e as virtudes da privatização, livre-mercado e livre-comércio, legitimou políticas draconianas destinadas a restaurar e consolidar o poder da classe capitalista. Esse projeto tem sido bem-sucedido, a julgar pela incrível centralização da riqueza e do poder observável em todos os países que tomaram o caminho neoliberal. E não há nenhuma evidência de que ele está morto”.⁴²

Contrário ao Estado de Bem-Estar, o neoliberalismo nada mais é do que um novo liberalismo. O discurso neoliberal é de que o Estado é necessariamente ineficiente⁴³ e corrupto, pregando o Estado mínimo ou apenas regulador, que a desigualdade é um valor positivo, que uma taxa de desemprego é importante para a manutenção de um exército de reserva de trabalho, que os sindicatos de trabalhadores são nefastos para o lucro das empresas⁴⁴ e que impostos para grandes fortunas afugentariam investimentos privados. O problema é que enquanto o liberalismo foi revolucionário contra o Estado absolutista, o neoliberalismo é contrário às conquistas sociais do Estado de Bem-Estar Social.⁴⁵ Sobre o neoliberalismo Zygmunt Bauman aduz que “O discurso neoliberal fica ainda mais “forte” à medida que prossegue a desregulamentação, enfraquecendo as instituições políticas que poderiam em princípio tomar posição contra a liberdade do capital e da movimentação financeira (...) amarra as mãos dos governos nacionais e desamarra as das empresas (...) multinacionais”.⁴⁶

O neoliberalismo defende um Estado **forte** para manter o *status quo*, a ordem, a propriedade privada, diminuir o poder dos sindicatos e garantir o equilíbrio do capital e do sistema financeiro; mas **fraco** nos gastos sociais e na intervenção

⁴² HARVEY, David. O enigma do capital: e as crises do capitalismo. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 16.

⁴³ Tony Judt informa que “o setor privado se mostra no mínimo tão ineficiente quanto o público – repartindo os lucros e transferindo os prejuízos para o Estado. (...) Na Grã-Bretanha, o recém privatizado grupo de hospitais do National Health Service periodicamente dá prejuízo”, e assim como a PPP do metrô londrino, que afundou em 2007, quer que o governo banque o prejuízo, informando sobre exemplos semelhantes na Nova Zelândia e Suécia. JUDT, Tony. Obra citada, p. 109.

⁴⁴ Sobre a repulsa aos sindicatos por parte dos neoliberais, sendo que são entidades essenciais para um Estado Social, ver AVELÃS NUNES, António José. Neoliberalismo e direitos humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 17 a 28.

⁴⁵ O neoliberalismo alemão (ordoliberalismo) ainda vai contra o Nazismo, o que é totalmente justificável, mas o neoliberalismo norte-americano é contrário ao Estado de Bem-Estar da política do *New Deal*, do presidente Roosevelt. Sobre o tema ver FOUCAULT, Michel. Obra citada, p. 107. No período pós-guerra o ordoliberalismo influenciou a social-democracia alemã, que de socialista foi se transformando em capitalista-neoliberal (obra citada, p. 120).

⁴⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p. 36.

direta do Estado na economia e no social, com privatizações⁴⁷ e desregulamentações amplas.⁴⁸ Ricardo Marcondes Martins entende que os liberais tinham restrição ao Estado, mas não aversão à atuação estatal. O autor enfatiza que a teoria neoliberal é viciada, pois não é uma elaboração teórica sincera, mas sim um plano de ação, com o intuito de lucro para certos agentes econômicos, querem enriquecer seus clientes: “do ponto de vista científico a teoria neoliberal não é séria”, fazendo surgir uma aliança de algumas poucas corporações de grande porte e uma camada de políticos muito ricos.⁴⁹ Carlos Marés de Souza Filho alerta que “é curioso imaginar que mais de duzentos anos depois do nascimento do Estado moderno sob o signo da liberdade e da dignidade humana ainda haja espaço para discutir, pensar, denunciar ou mesmo constatar a existência de franjas da sociedade que não só não estão cobertas pelo manto protetor do Estado, como sofrem opressão exatamente por isso”.⁵⁰ O autor ainda aduz que “o novo sistema colonial que atende pelo nome de neo-liberalismo não é mais intervencionista, nem menos unicista e ganancioso que os conquistadores medievais nem que os liberais nacionalistas” e que “as empresas multinacionais, que pensam em suceder os Estados, não serão menos desumanas que os Estados burgueses, nem menos repressoras, nem menos ambiciosas. É nova pele para lobo ainda mais feroz”.⁵¹

⁴⁷ Read cita Wendy Brown no sentido de que a privatização no neoliberalismo não é apenas uma forma de lidar com o setor público, mas também uma forma particular de governamentalidade, no qual tudo se torna privado. Os neoliberais pretendem implementar vouchers para a educação para escolas privadas. READ, Jason (2009). “A Genealogy of Homo-Economicus: Neoliberalism and the Production of Subjectivity”. *Foucault Studies*, No 6, pp. 25-36.

⁴⁸ Foucault informa que o neoliberalismo americano defende o imposto negativo, que é um benefício social para ser apenas socialmente eficaz, sem ser economicamente perturbador e não deve se apresentar sob a forma de consumo coletivo, sem subsídios, sem saúde e educação para todos, pois os ricos podem pagar por sua própria saúde. Seria um benefício compensatório apenas para idosos, deficientes ou desempregados, abaixo de certo nível de renda, a ser pago um complemento. Com a garantia de certo nível de consumo, mas com motivações/frustrações suficientes para que ainda tenha vontade de trabalhar e seja sempre preferível trabalhar a receber um benefício. Isso vai apenas atenuar os efeitos da pobreza, mas não visa, de forma alguma, ser uma ação que teria por objetivo modificar a causa da pobreza. Essa política evita redistribuição geral de renda, não seria uma política socializante. O único objetivo é a pobreza absoluta, e não a relativa. A política contra a relativa seria uma redistribuição de renda. FOUCAULT, Michel. Obra citada, p. 279-282.

⁴⁹ MARTINS, Ricardo Marcondes. Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 63-66.

⁵⁰ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. A universalidade parcial dos direitos humanos. Trabalho apresentado originalmente para seminário em Quito, Equador, organizado pelo Instituto Latino-americano de Serviços Legais Alternativos, 1994. Publicado em espanhol na Série Documentos de ILSA, Bogotá. Corrigido para o Seminário Internacional “Ciência, cientistas e tolerância”.

⁵¹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O renascer dos povos indígenas para o direito. Curitiba: Juruá, 1998, p. 192.

O neoliberalismo acaba gerando um mundo com o domínio de poucos grupos econômicos oligopolizados, inclusive de mídia, com menos interesse público, menos Democracia, menos República, menos desenvolvimento sustentável, menos Justiça Social, menos humanização, e mais exploração.⁵²

Na Alemanha pós-guerra surgiu o chamado “ordoliberalismo”, que é o neoliberalismo alemão, um pouco menos radical do que o neoliberalismo estadunidense da Escola de Chicago.⁵³ Os ordoliberais realizam, segundo Foucault, um “golpe teórico” e conquistaram corações e mentes ao informarem que existiriam quatro elementos: economia protegida, socialismo de Estado, economia planificada e intervenções do tipo keynesianas, todos contrários ao liberalismo. Segundo os neoliberais alemães, se algum país adotar um elemento, “não escaparão dos outros três”. Davam a entender que o Plano Beveridge do trabalhismo inglês, União Soviética e *New Deal*, levariam ao nazismo, o que seria um crescimento sem fim de um poder estatal. Na verdade o ordoliberalismo é ainda mais radical do que o próprio liberalismo, pois esse limita o poder do Estado, e nada provaria que a economia de mercado tenha algum defeito: “em vez de aceitar uma liberdade de mercado definida pelo Estado e mantida de certo modo sob vigilância estatal” (liberalismo). Os ordoliberais inverteram a fórmula ao defenderem a adoção da liberdade de mercado como princípio organizador e regulador do Estado: “um Estado sob vigilância do mercado em vez de um mercado sob vigilância do Estado”. Outro ponto defendido é que ao contrário do liberalismo, a essência do mercado não está na troca, mas na concorrência, sem buscar uma equivalência, mas sim uma desigualdade, um “jogo formal de desigualdades”. O desafio do neoliberalismo seria, segundo Foucault, “regular o exercício global do poder político com base nos princípios de uma economia de mercado”.⁵⁴ O ordoliberalismo quer tanto Estado quanto em uma política planificadora, mas com uma natureza diferente.

⁵² Sobre neoliberalismo ver ainda COBOS, Emilio Pradilla. Los territorios del neoliberalismo en América Latina: compilación de ensayos. México: Universidad Autónoma Metropolitana, 2009; SADER, Emir, GENTILI, Pablo. Pós-neoliberalismo II: que Estado para que democracia?, 4ª ed. Petrópolis: Vozes, 2004; DUMÉNIL, Gérard, LÉVY, Dominique. A crise do neoliberalismo. São Paulo: Boitempo, 2014.

⁵³ Sobre o tema ver LEMKE, Thomas (2001). ‘The birth of bio-politics’: Michel Foucault’s lecture at the Collège de France on neo-liberal governmentality’. *Economy and Society*. Volume 30. Number 2. 190-207.

⁵⁴ FOUCAULT, Michel. Obra citada, p. 148-151, 157-163, 181 e 184.

Por mais que o neoliberalismo leve, com o tempo, a um regime de monopólio, ou oligopólio,⁵⁵ com a concentração de riquezas nas mãos de poucos, o neoliberalismo alemão não se preocupa com isso, desde que a própria economia tenha produzido o monopólio. O que não é possível é que o Estado intervenha para produzir um monopólio. Segundo os “ordos” devem ser banidos instrumentos de planificação como tabelamento de preços, subsídio a um setor do mercado, criação sistemática de empregos ou investimento público. Os neoliberais alemães aceitam apenas a intervenção estatal em assuntos não econômicos, o que eles chama de “moldura”. Por exemplo, se a população agrícola é numerosa demais, que se possibilite uma migração, se falta uma técnica aos agricultores, que se intervenha na formação dos agricultores, se há problemas de herança, que se altere a legislação de terras. Na área de políticas sociais, que teria o objetivo de uma relativa repartição do acesso de cada um aos bens de consumo, a política de Bem-Estar seria como contrapeso a processos econômicos selvagens que vão induzir efeitos de desigualdade, destruidores da sociedade, com uma certa socialização de certos elementos de consumo, com o crescimento da política social deve ocorrer quando crescer a economia. Tudo isso atacado pelo ordoliberalismo: “uma política social, para se integrar realmente a uma política econômica, não pode lhe servir de contrapeso e não deve ser definida como o que compensará os efeitos dos processos econômicos”. O ordoliberalismo é contrário à igualização, pregando a diferenciação, a concorrência, “é preciso que haja pessoas que trabalhem e outras que não trabalhem, ou que haja salários altos e salários baixos”. Foucault alerta que para o neoliberalismo alemão qualquer política social de igualização, repartição, transferência de renda, seria antieconômica, “uma política social não pode adotar a igualdade como objetivo. Ao contrário, ela deve deixar a desigualdade agir”. Os ordoliberais são contrários aos programas de transferência de renda, nos quais é tirada da parte da renda que é produtora de poupança e investimentos e dedicá-la ao consumo. Ou seja, limite das transferências sociais, apenas para um mínimo vital, para os que não podem assegurar sua própria existência.⁵⁶ O bolsa-família brasileiro parcialmente se encaixaria aqui. É um programa para garantir o mínimo vital, sem o intuito de igualização da sociedade, mas não atende ao requisito de não

⁵⁵ Schumpeter entende que o capitalismo não pode se dissociar de tendências monopolísticas. FOUCAULT, Michel. Obra citada, p. 243.

⁵⁶ FOUCAULT, Michel. Obra citada, p. 188-196.

ser retirado dinheiro de poupança ou investimento. Talvez essa seja uma das diferenças entre governos mais sociais ou mais neoliberais, o nível de gasto com dinheiro público que iria para poupança ou investimentos, mas que acabam indo para o consumo.⁵⁷

O ordoliberalismo também é contrário à socialização do consumo e da renda, o que para Foucault também é uma “privatização”.⁵⁸ Não se garantirá os indivíduos contra riscos, mas vai-se pedir à sociedade e à economia que todo indivíduo tenha um rendimento suficiente para que possa se garantir, a chamada reserva privada, incentivando a propriedade privada. Foucault alerta que por toda uma série de razões, esse programa drástico de política social definido pelos neoliberais não foi aplicado, de fato, na Alemanha. Outra característica é a do “mínimo de intervencionismo econômico e o máximo de intervencionismo jurídico”. Os ordoliberais se apropriam da ideia de Estado de Direito, do *Rule of law* inglês e o reinado da lei (princípio da legalidade), com prescrições gerais e permanentes do Poder Público, as leis, e as decisões conjunturais, transitórias e locais, a regulamentação. A economia deveria ser um conjunto de atividades reguladas. O Estado prestaria as regras para um jogo econômico em que os únicos agentes seria os indivíduos, as empresas. Um jogo de empresas regulado no interior de uma moldura jurídico-institucional garantida pelo Estado. Foucault informa o que defende Polanyi: “a principal função de um sistema de jurisdição é governar a ordem espontânea da vida econômica”, o que varreria o protecionismo e economia planificada. E o Judiciário apenas poderia aplicar a lei, mas seriam órgãos da economia, com missões até agora cunhadas às autoridades administrativas.⁵⁹ Atualmente parece que o neoliberalismo preferiu, para esse papel, ao invés do lento Poder Judiciário, as agências reguladoras, entidades estatais, normalmente do

⁵⁷ Judt informa que o neoliberalismo e seus benefícios seletivos fez reduzir o entusiasmo da classe média pelos serviços sociais, agora considerados benéficos apenas para os pobres. JUDT, Tony. Obra citada, p. 140.

⁵⁸ Judt critica as privatizações no âmbito da Administração Pública, mas também o que ele chama de “privatização da vida cotidiana”, alertando que as pessoas que vivem em condomínios fechados contribuem ativamente para o enfraquecimento e a corrosão do espaço público e, quando deixamos de valorizar o que é público em benefício do particular, encontraremos com o tempo dificuldade para entender as razões para valorizar a lei, o bem público por excelência, e passaremos a privilegiar a força. E com uma geração de jovens estimulados ao interesse e progresso individuais, sem incentivo ao altruísmo, com redução do engajamento cívico e um déficit democrático. JUDT, Tony. Obra citada, p. 124-126.

⁵⁹ FOUCAULT, Michel. Obra citada, p. 197-198, 230-241.

Poder Executivo, mas com independência dos governos, o que acaba gerando uma captura pelos interesses das grandes empresas reguladas.⁶⁰

Os neoliberais dizem, com sua fobia ao Estado e crítica ao keynesianismo, que há parentesco, de continuidade genética, do Estado administrativo, o Estado-providência, o Estado burocrático, o Estado fascista, o Estado totalitário, como se fossem todos de uma mesma árvore. Foucault é contrário a essa crítica inflacionista do Estado, e sugere “a tese de que o Estado-providência, o Estado de bem-estar não tem nem a mesma origem do Estado totalitário, do Estado nazista, fascista ou stalinista”. Para ele “esse Estado dito totalitário não é, em absoluto, a exaltação do Estado, mas constitui, ao contrário, uma limitação, uma atenuação, uma subordinação da autonomia do Estado, da sua especificidade e do seu funcionamento próprio”. Conclui: “o que está atualmente em questão na nossa realidade não é tanto o crescimento do Estado ou da sua razão de Estado, mas antes o seu decréscimo”.⁶¹ Tony Judt também segue essa linha: “governos fracos ou desacreditados demais para agir através de seus cidadãos estão mais propensos a conseguir seus objetivos por outros meios: extorsão, sedução, ameaça e em último caso coerção para fazer com que as pessoas obedeçam. A perda de propósito social articulado por meio de serviços públicos na verdade aumenta os poderes irrestritos do Estado todo-poderoso”, o que pode reduzir a sociedade ao pó da individualidade, com uma rede de fornecedores particulares, o que parece com a guerra de todos contra todos de Hobbes, na qual a vida de tantas pessoas tornou-se novamente solitária, pobre e muito revoltante.⁶²

Como conclusões parciais, entende-se que o modelo de Estado previsto na Constituição de 1988 é o de Estado Social, Desenvolvimentista, Republicano e Democrático de Direito, um tipo de Estado que ainda não foi implementado, de fato, no Brasil, por mais que possamos considerar que muitos avanços nesse sentido ocorreram desde a redemocratização da década de 1980. Um Estado Social que persiga a redução das desigualdades, a igualdade, a liberdade de fato, a Justiça

⁶⁰ Sobre o tema ver VIOLIN, Tarso Cabral. *As agências reguladoras no direito brasileiro: aspectos gerais, suas licitações e respectivas contratações, e o regime jurídico dos servidores*. Monografia (Especialização em Direito Administrativo) – IBEJ, 2001.

⁶¹ FOUCAULT, Michel. Obra citada, p. 263-264.

⁶² JUDT, Tony. *O mal ronda a terra: um tratado sobre as insatisfações do presente*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011, p. 116.

Social, entre outras conquistas fundamentais constitucionais vinculantes, é um contraponto ao liberalismo/neoliberalismo, ou mesmo aos Estados totalitários.

Portanto, políticas públicas no Brasil que venham propiciar o aumento do egoísmo, do individualismo, das desigualdades, das privatizações, dos mercados livres sem restrições, da propriedade privada sem intervenções, de monopólios privados, do setor público precarizado, não poderão prosperar em nosso ordenamento. O Estado Social previsto constitucionalmente não é o Estado que cuida apenas dos cidadãos na condição de miséria, mas que também age positivamente na redução das desigualdades entre ricos e pobres, com políticas sociais universalizantes, com uma intervenção na economia e no social que não seja tímida, que não seja apenas reguladora de uma arena.

Contra o Estado de Bem-Estar Social surgiu o neoliberalismo, com várias correntes, o ordoliberalismo alemão, o neoliberalismo austríaco e o anarcoliberalismo estadunidense. Basicamente pregam um Estado mínimo nos gastos sociais e na intervenção da economia e um Estado forte no enfraquecimento dos sindicatos dos trabalhadores, na garantia de manutenção de desigualdades e da competição livre entre as grandes corporações monopolísticas-oligopolísticas.

No atual grau civilizatório-jurídico brasileiro, a não ser que haja uma revolução, com a implementação de um novo tipo de sociedade, dentro do capitalismo não há outra alternativa humanitária conhecida a não ser a do Estado de Bem-Estar. A globalização, se é irreversível, que seja radical, não apenas com uma globalização econômica, mas também uma globalização de direitos fundamentais, com livre acessos e trabalho em todos os países, um planeta sem muros. Com Estados fortes para garantir os serviços sociais para todos, uma economia voltada para os cidadãos e pequenas empresas ou cooperativas, e não grandes grupos empresariais oligopolistas.

Uma das maiores vitórias do neoliberalismo é a conquista de adeptos entre suas vítimas,⁶³ com um *marketing* poderoso propalado no dia-a-dia pela mídia,

⁶³ Segundo Read, no neoliberalismo os trabalhadores passam a ver a si próprios como empresas individuais que nada têm a ganhar com a organização coletiva, busca transformar a mentalidade dos trabalhadores para que vejam a si mesmos como empresários de si, como seus empregadores e, assim, todos seriam empresários. READ, Jason (2009). "A Genealogy of Homo-Economicus: Neoliberalism and the Production of Subjectivity". *Foucault Studies*, No 6, pp. 25-36.

financiada pelos beneficiários do neoliberalismo como os bancos e grandes grupos empresariais oligopolistas, e uma Academia cada vez mais submetida aos interesses do grande capital.⁶⁴ No modelo de Estado de Bem-Estar Social, com relação aos meios de comunicação social, não há de se implementar o modelo de Estado mínimo, apenas liberal, no qual existirá uma liberdade de imprensa e monopólios/oligopólios privados sem qualquer regulação do Estado, mas também não será o caso de apenas gestão estatal de todas as TVs, rádios, jornais, revistas e portais de internet.

Para se verificar se é republicano o que ocorre com os meios de comunicação de massa no Brasil, é essencial a análise sobre o que é a República prevista na Constituição de 1988.^{65 66}

São vários os autores clássicos que analisam as formas de governo de um Estado. Aristóteles tratou da Monarquia como governo de um indivíduo, da Aristocracia como governo de poucos para poucos e da República como governo de muitos e no interesse do povo, da coletividade. Para ele, quando a monarquia se degenera, vira tirania (governo de um para benefício próprio), a aristocracia em oligarquia (benefício dos homens de posses, propriedades) e a república em demagogia (para o benefício dos homens sem posses). Há uma certa dificuldade no estudo de Aristóteles, uma vez que há divergências nas traduções. República, para José Afonso da Silva, também é traduzida na obra do autor grego como Democracia, Politeia (forma boa do governo de muitos), governo constitucional ou Constituição. Demagogia é traduzida como Democracia por vários autores. Note-se que Aristóteles já tratava da possibilidade de existência de monarquias constitucionais e monarquias despóticas.⁶⁷ Existem duas formas de governo

⁶⁴ Sobre o tema VIOLIN, Tarso Cabral. Neoliberalismo e a Constituição Social. In: Daniel Wunder Hachem; Emerson Gabardo; Eneida Desiree Salgado. (Org.). Direito Administrativo e Suas Transformações Atuais. 1ed. Curitiba: Íthala, 2016, v. 1, p. 227-.

⁶⁵ Eneida Desiree Salgado alerta que “contemporaneamente, a questão da cidadania encontra-se inserida em uma lógica de mercado. Fala-se em usuário, em direitos contra o Estado, e os deveres republicanos são excluídos do discurso. Talvez efeito do esvaziamento da política, talvez descrença na democracia”. SALGADO, Eneida Desiree. Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral. Tese de Doutorado em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito, na Universidade Federal do Paraná, 2010, p. 54.

⁶⁶ Sobre questões relacionadas à opinião pública e a República, ver GUIMARÃES, Juarez; AMORIM, Ana Paola. A corrupção da opinião pública: uma defesa republicana da liberdade de expressão. São Paulo: Boitempo, 2013.

⁶⁷ ARISTÓTELES. Política. Livro III. In: Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999, pp. 211-251. Sobre o tema ver também BOBBIO, Norberto. Estado, Governo e Sociedade, 10ª ed. São Paulo: Paz

segundo Nicolau Maquiavel, a Monarquia (principados) e a República, como antônimos.⁶⁸

Há variados modelos de Monarquia, desde as monarquias totalmente absolutas, com uma autoridade unipessoal, vitalícia, hereditária, irresponsável, com poderes ilimitados e sem divisão de poder, até monarquias bastante limitadas, apenas com as características da hereditariedade e a vitaliciedade. Entre os dois polos, há variados tipos de monarquia, desde os reinados nos quais o monarca descentraliza timidamente seu poder; monarquias em que o rei exerce apenas o Poder Executivo; e monarquias nas quais o imperador é somente o Chefe de Estado, e a chefia de governo é exercida por representantes escolhidos pelo Parlamento.⁶⁹ Na República se pensa na coisa pública, no bem comum, na comunidade. Cícero definiu *res publica* como: “coisa do povo, considerando como tal, não todos os homens de qualquer modo congregados, mas a reunião que tem seu fundamento no consentimento jurídico e na utilidade comum. Pois bem: a primeira causa dessa agregação de uns homens a outros é menos a sua debilidade do que um certo instinto de sociabilidade em todos inato; a espécie humana não nasceu para o isolamento e para a vida errante, mas com uma disposição que, mesmo na abundância de todos os bens, a leva a procurar o apoio comum”.⁷⁰

e Terra, p. 2003, p. 104-113; e SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 106-107. Rousseau divide em democracia, aristocracia e monarquia (ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social. Porto Alegre: L&PM, 2009, p. 79). Para Platão a república ideal, que tem como objetivo a realização da justiça entendida como atribuições a cada um da obrigação que lhe cabe, de acordo com as próprias aptidões, e há os governantes-filósofos, os guerreiros e os que se dedicam a trabalhos produtivos (BOBBIO, Norberto. A teoria das formas de governo, 10ª ed. Brasília: UNB, 2001, p. 45).

⁶⁸ MAQUIAVEL, Nicolau. O Príncipe. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 37. Para Bobbio já em Maquiavel há repúblicas aristocráticas e democráticas (BOBBIO, Norberto. Estado, Governo e Sociedade, 10ª ed. São Paulo: Paz e Terra, p. 2003, p. 105).

⁶⁹ Contra a Monarquia utiliza-se dos argumentos de Dalmo de Abreu Dallari, de que se o monarca não governa é uma inutilidade dispendiosa; a unidade do Estado e estabilidade das instituições não podem depender do fator pessoal, mas devem repousar na ordem jurídica; se o monarca governa é extremamente perigoso ligar o destino do Estado e da sociedade a um indivíduo e de sua família, pois podem existir monarcas sem liderança e eficiência; a monarquia é antidemocrática, na qual desaparece a supremacia da vontade popular (DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado, 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 228). Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes lembram que com exceção do Canadá, que faz parte da Comunidade Britânica, todos os países americanos são repúblicas; que muitos países europeus adotam a monarquia constitucional e que há várias monarquias absolutistas na Ásia e África (STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. Ciência Política e Teoria Geral do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 155-156). Há autores que acham que a França e o Brasil ficaram “desorientados” com o fim da monarquia (BRANCO, Elcir Castello. Teoria geral do estado. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 85).

⁷⁰ CÍCERO, Marco Túlio. Da República. Livro Primeiro, capítulo I, Site Livros Grátis: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000017.pdf>, p. 14. Ver também Livro I, capítulos XXIX e XLV, e Livro III, capítulos XXI e XXII.

Em especial nas repúblicas democráticas, as características essenciais são a eletividade (governantes devem ser eleitos), a temporiedade (governantes eleitos devem ter mandatos com prazo fixo pré-determinados), a responsabilidade (governantes podem ser responsabilizados política e juridicamente, e devem prestar contas) e a máxima de que todo o poder emana do povo, de forma direta ou indireta. Thomas Jefferson, em carta a George Washington, ao visitar vários Estados europeus monárquicos, disse que sociedades sem governos são melhores do que as monarquias, e que não haveria na Europa uma cabeça coroada com talento ou méritos a ponto de ser eleito pelo povo em qualquer paróquia da América.⁷¹

Montesquieu⁷² fala em governos republicano, monárquico e despótico. No governo republicano o povo, como um todo, ou apenas uma parcela dele, possui o poder soberano. Na monarquia um só governa, mas de acordo com leis fixas e estabelecidas, seguindo o princípio da honra. No governo despótico, que seria uma degeneração da monarquia, uma só pessoa governa, sem obedecer normas, sem freios, e pode realizar tudo como bem entender, governando sob o princípio do medo. No governo republicano com eletividade e temporiedade, Montesquieu entende que ele pode ser democrático ou aristocrático, mas sempre sob o princípio da virtude.⁷³ Se o poder estiver na mão de todos ou de muitos, será um governo republicano democrático, mas se o poder estiver sob o domínio apenas de alguns, será uma república aristocrática, com uma classe privilegiada por direitos de nascimento e conquista, o governo “dos melhores”.⁷⁴ Paulo Bonavides entende que aqui Montesquieu possivelmente se contradiz, pois esse reputa a aristocracia como mais contígua à monarquia do que à democracia.⁷⁵ Será então que um governo aristocrático realmente pode ser considerado como republicano? Hans Kelsen divide as formas de governo em democracia, na qual a vontade representada na ordem jurídica do Estado é idêntica às vontades dos sujeitos, e autocracia, na qual os

⁷¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. Obra citada.

⁷² O Espírito das Leis, Livro II, cap. I.

⁷³ Segundo Paulo Bonavides, quando analisa Montesquieu, “A virtude é o princípio donde emana a ordem republicana. Essa virtude não se confunde com a virtude cristã, com a obediência às verdades reveladas da religião. No pensamento de Montesquieu ela se apresenta bem explícita como virtude moral dirigida para o bem público, como amor da república, como sentimento de civismo, no mais humilde ou no mais poderoso dos cidadãos, como capacidade de plena renúncia e sacrifício, como amor da pátria e das leis, como sujeição do interesse privado ao interesse social” (BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 259).

⁷⁴ MALUF, Sahid. Teoria Geral do Estado, 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 177.

⁷⁵ BONAVIDES, Paulo. Obra citada, p. 260.

sujeitos são excluídos da criação da ordem jurídica, e lembra que não há modelos puros.⁷⁶

Norberto Bobbio defende estar extenuada e ser cada vez menos relevante a diferença entre monarquia e república, citando como exemplo o caso inglês de monarquia constitucional que seria um modelo misto. Cita que “Kant chama de forma republicana aquela que vigora o princípio da separação dos poderes, mesmo se o titular do poder de governo é um monarca”. Bobbio opina que república adquire um novo significado, que “é o de uma forma de governo que tem uma certa estrutura interna, compatível inclusive com a existência de um rei”. Kant qualificou como de republicano um Estado que se fundamenta na liberdade e igualdade e de consenso entre os homens, vinculados à legislação comum e com poderes executivos e legislativos separados, o que segundo Reinhold Zippelius atualmente é o Estado de Direito.⁷⁷ Mas Bobbio alerta que nos “governos mistos” o “poder religioso está separado do poder laico e o poder econômico está separado do poder político”.⁷⁸ José Afonso da Silva defende, assim, que a forma republicana implica democracia representativa, não vitaliciedade dos cargos políticos e prestação de contas da Administração Pública (arts. 30, III, 31, 34, VII, d, 35, II, e 70 a 35 da Constituição).⁷⁹

Nicola Matteucci, que como Bobbio aduz que tanto Maquiavel quanto Montesquieu estabelecem a tríade monarquia, república (aristocrática e democrática) e despotismo, diferencia os dois autores apenas nos aspectos quantitativo e qualitativo. Para Maquiavel é apenas um que governa, são poucos ou muitos. Para Montesquieu seriam qualidades que diferenciariam as três formas de governo. A república de Montesquieu seria em território pequeno, a monarquia de espaço grande e o despotismo de espaço muito maior. Na república deveria existir uma relativa igualdade, na monarquia uma desigualdade em benefício de uma nobreza e no despotismo todos são escravos. Na república as leis são expressão da vontade popular, na monarquia é expressão da vontade do rei, limitado por leis

⁷⁶ Kelsen entende ainda que “a monarquia constitucional e a república presidencial são democracias em que o elemento autocrático é relativamente forte” (KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado, 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 405-406 e 430).

⁷⁷ ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria Geral do Estado, 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 209-210.

⁷⁸ BOBBIO, Norberto. Estado, Governo e Sociedade, 10ª ed. São Paulo: Paz e Terra, p. 2003, p. 106-108 e 113.

⁷⁹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 107-108.

fundamentais, e no despotismo por decretos ocasionais e improvisados. Sobre as forças de integração social, na república é a virtude que leva ao cidadão a antepor o bem do Estado ao interesse particular, na monarquia é o senso da honra e no despotismo o medo. O autor conclui: na república democrática a ordem política nasce de baixo, na monarquia vem do alto, e no despotismo é imposta pela força.⁸⁰

Matteucci conclui que o mito da República até o século XVIII está ligado à exaltação do Estado pequeno e com democracia direta. Mas o autor informa que o modelo em que se inspirou Rousseau em seu Contrato Social é um modelo novo. E com a revolução americana o significado da palavra república mudou totalmente, não apenas como contraponto à monarquia, mas também com uma democracia representativa, com separação de poderes, em um sistema de pesos e contrapesos, com uma democracia liberal, e não uma democracia direta e popular, em grandes espaços. São instauradas as primeiras grandes repúblicas, a dos Estados Unidos da América em 1776 e a República Francesa em 1792.⁸¹

O republicano Jean-Jacques Rousseau,⁸² que influenciou de forma decisiva a Revolução Francesa, e conseqüentemente a criação do Estado de Direito e a República na França, já defendia uma República sem ditadura: “força não faz direito e que somos obrigados a obedecer apenas aos poderes legítimos”. Passando do estado de natureza ao estado civil, no contrato social “cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e recebemos, enquanto corpo, cada membro como parte indivisível do todo”. A pessoa comum formada tem o nome de República (ou corpo político), com um sujeito com instinto pela justiça e dando a suas ações a moralidade. O ser humano, que antes considerava apenas a si mesmo, vê-se forçado a seguir princípios. O cidadão perde algumas vantagens do estado de natureza (liberdade natural e um direito ilimitado), mas obtém outras grandes vantagens: “suas faculdades de exercitam e se desenvolvem, suas ideias se ampliam, seus sentimentos se enobrecem, sua alma inteira se eleva”, passando de “um animal estúpido e limitado, um ser inteligente e um homem”, com “liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui”.

⁸⁰ MATTEUCCI, Nicola. República. In BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política, 12^a ed. Volume 2. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004, p. 1107-1109.

⁸¹ Op. cit., pp. 1108-1109.

⁸² ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social. Porto Alegre: L&PM, 2009.

Na República, Rousseau ainda defende que “o Estado é senhor de todos os seus bens pelo contrato social”, “todo homem tem naturalmente direito a tudo o que lhe é necessário”, mas “estabelecida a sua parte, ele deve limitar-se a ela e não tem mais nenhum direito à comunidade”. Os homens podem “ser desiguais em força ou em gênio”, mas “eles se tornam todos iguais por convenção e direito. Conclui dizendo que “sob os maus governos, essa igualdade é apenas aparente e ilusória; não serve senão para manter o pobre em sua miséria e o rico em sua usurpação. Na prática, as leis são sempre úteis aos que possuem e prejudiciais aos que nada têm. Donde se segue que o estado social só é vantajoso aos homens à medida que todos tenham alguma coisa e ninguém possua em excesso”. Ainda diz que “a verdade não conduz à fortuna”. Defende que a liberdade não pode subsistir sem igualdade. Não defende os graus de poder e riqueza absolutamente iguais, “mas que, quanto ao poder, esteja abaixo de toda violência e nunca se exerça senão em virtude da ordem e das leis; quanto à riqueza, que nenhum cidadão seja bastante opulento para poder comprar um outro e nenhum bastante pobre para ser forçado a vender-se”. Rousseau pergunta: “querem dar ao Estado consistência? Aproximem os graus extremos tanto quanto possível: não aceitem nem pessoas opulentas nem miseráveis. Esses dois estados, naturalmente inseparáveis, são igualmente funestos ao bem comum”. Ainda diz que “o luxo ou é o efeito das riquezas, ou as torna necessárias; ele corrompe ao mesmo tempo o rico e o pobre, um pela posse e o outro pela cobiça”.

Na República rousseauiana somente a vontade geral pode dirigir as forças do Estado, segundo o bem comum: “a vontade particular tende por sua natureza às preferências, e a vontade geral tende à igualdade”. A vontade geral não é sinônimo de vontade de todos. A vontade geral considera o bem comum, enquanto a vontade de todos “prende-se ao interesse privado, não sendo senão uma soma de vontade particulares”.⁸³ Alerta que “quando vários homens reunidos consideram-se como um só corpo, eles têm uma única vontade, relacionada à preservação do bem comum e ao bem-estar geral”.

⁸³ E a mesma questão que Celso Antônio Bandeira de Mello repete sobre o interesse público e o princípio da supremacia. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 27ª ed. São Paulo, 2010. Ver também HACHEM, Daniel Wunder. Princípio constitucional da supremacia do interesse público. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

Rousseau se insurge contra monopólios/oligopólios privados e domínio muito grande da iniciativa privada, ao aduzir que “quando uma dessas associações é tão grande que sobrepuja todas as outras, não temos mais como resultado uma soma de pequenas diferenças, mas uma diferença única; então, não há mais vontade geral, e a opinião que prevalece é uma opinião particular”. O autor chama de República todo Estado regido por leis no qual “somente o interesse público governa”: “todo governo legítimo é republicano”. Informa que em geral os governos democráticos convém aos pequenos Estados, o aristocrático aos médios e o monárquico aos grandes.⁸⁴ E em uma república democrática “não convém que aquele que faz as leis as execute, nem que o corpo do povo desvie a atenção das ideias gerais para dá-la aos objetos particulares. Nada é mais perigoso do que a influência dos interesses privados nos assuntos públicos”. É pessimista ao dizer que “nunca existiu e nunca existirá verdadeira Democracia. É contra a ordem natural que a maioria governe e que a minoria seja governada”. E tem coragem de criticar a monarquia em plena vigência do império no período pré-revolucionário burguês: “Um defeito essencial e inevitável, que sempre colocará o governo monárquico **abaixo do republicano**, é que neste a voz pública quase nunca eleva às primeiras posições senão homens **esclarecidos e capazes**, que as ocupam com honra, ao passo que os escolhidos nas **monarquias** são, na maioria das vezes, pequenos **trapalhões, velhacos e intrigantes**, cujos pequenos talentos, que nas cortes têm acesso aos **grandes postos**, servem apenas para mostrar ao público sua inépcia assim que chegaram a eles.” (Grifo Nosso.)

Eneida Desiree Salgado entende que no ideal republicano há a noção de interesse público (ação coletiva comum), e da responsabilidade dos cidadãos por suas decisões políticas, e a Democracia garante o espaço de autonomia individual ao permitir que esse cidadão possa se expressar no debate político e expor suas convicções a respeito do que deve ser o conteúdo da ordem jurídica e da atuação do Estado. Segundo a autora, o cidadão republicano seria solidário, responsável pelo destino político da coletividade, participe da política, tenha interesse, espírito e virtude públicos, em decorrência do princípio republicano. E apenas com a

⁸⁴ Rousseau ainda alerta que quanto mais a distância do povo e do governo, mais tributos o povo vai pagar, e por isso na democracia o povo é menos sobrecarregado, na aristocracia o é mais, e na monarquia carrega o peso maior, e por isso a monarquia apenas poderia existir em nações opulentas, a aristocracia em estados medíocres em riqueza e tamanho, e a democracia em estados pobres e pequenos.

incorporação do ideal republicano pelos cidadãos será efetivo o controle popular da Administração Pública, no qual o cidadão é sujeito e não objeto, na Democracia representativa e direta.⁸⁵

Paulo Bonavides defende a democracia participativa e informa que a democracia representativa com os vícios eleitorais, na propaganda dirigida, na manipulação da consciência pública e opinativa do cidadão pelos poderes e veículos de informação a serviço da classe dominante desvirtuam a democracia e que o mandato perca suas características republicanas, e usa termos como “perversão representativa” e “simulacro de governo popular”. Ainda critica o neoliberalismo que muda a Constituição brasileira e receia por um golpe contra o constitucionalismo social e a República.⁸⁶

Essa manipulação⁸⁷ da consciência pública e opinativa do cidadão pelos poderes e veículos de informação a serviço da classe dominante, que desvirtuam a democracia, muito é realizada por meio da chamada velha mídia, as TVs, rádios, jornais e revistas, que recebem muito dinheiro público e somente repercutem aquilo que é benéfico para o grande capital e o mercado financeiro. Isso acaba gerando uma população que repete o discurso da classes dominante, das elites políticas e econômicas. Algo nada republicano. E por isso a necessidade da democratização da mídia.

Dalmo de Abreu Dallari chega a dizer que a república, além de se opor à monarquia, “tem um sentido muito próximo do significado de democracia, uma vez que indica a possibilidade de participação do povo no governo”.⁸⁸

Renato Janine Ribeiro diferencia República e Democracia da seguinte forma: “enquanto a *democracia* tem no seu cerne o anseio da massa por ter mais, o seu desejo de igualar-se aos que possuem mais bens do que ela, e portanto é um

⁸⁵ SALGADO, Eneida Desiree. Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral. Tese de Doutorado em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito, na Universidade Federal do Paraná, 2010, pp. 20, 23, 26-28.

⁸⁶ Teoria do Estado, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 259.

⁸⁶ BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 344-345. BONAVIDES, Paulo. Teoria constitucional da democracia participativa, São Paulo: Malheiros, 2001, cap. 1.

⁸⁷ Sobre a manipulação da mídia ver CHARAUDEAU, Patrick. Discurso das mídias, 2ª ed. São Paulo: Contexto, 2015, p. 251.

⁸⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. Obra citada, p. 228-229.

*regime do desejo, a república tem no seu âmago uma disposição ao sacrifício, proclamando a supremacia do bem comum sobre qualquer desejo particular” e que só pode haver democracia quando o povo se responsabiliza por suas decisões, o que exige um forte componente republicano.*⁸⁹

Geraldo Ataliba entende que o princípio republicano é o mais importante do ordenamento constitucional, pois a República é a síntese de todas as instituições e implica a representação do povo do exercício das funções públicas, com comprometimento do governante com as instituições e com as funções que exercem.⁹⁰ Maquiavel é explícito ao defender que “aquele que cuida dos negócios de Estado jamais deve pensar em si” e nos “negócios que se encontrem fora da esfera do Estado”.⁹¹

José Afonso da Silva defende que o termo República da Constituição brasileira de 1988 refere-se mais do que a contraposição à monarquia, mas em especial uma coletividade política com características da *res publica*, no sentido originário de coisa pública, coisa do povo e para o povo, que se opõe a tirania.⁹² Carlos Ayres Britto informa que a Democracia é o princípio estruturante, é o camisa 10 da Constituição, e a democracia com eleições e alternância de poder é República.⁹³

Para John Stuart Mill um bom governo é aquele em que a soberania está na comunidade, em que o cidadão é chamado a participar das decisões políticas e da gestão da coisa pública. Essa atuação ativa é incentivada no governo, a liberdade é fortalecida quando ninguém é tratado com privilégio e o espírito republicano é alimentado pelas oportunidades de exercício de função pública/social, pela atribuição de obrigações públicas.⁹⁴

⁸⁹ RIBEIRO, Renato Janine. Democracia versus República: a questão do desejo nas lutas sociais. In: BIGNOTTO, Newton (Org.). *Pensar a República*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2000, p. 13-25, p. 18 e 21-22.

⁹⁰ ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

⁹¹ MAQUIAVEL, Nicolau. Obra citada, p. 136.

⁹² SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 106.

⁹³ BRITTO, Carlos Ayres. Democracia. In: IV Congresso Brasileiro de Direito Eleitoral, em 29.05.2014, na Universidade Positivo, Curitiba, Paraná.

⁹⁴ MILL, John Stuart. Governo representativo. São Paulo: Ibrasa, 1964, p. 39 e 46-49.

Na República ainda é essencial que exista uma Administração Pública profissionalizada, burocrática, que respeite regras e princípios, transparente, com mecanismos de democracia deliberativa/participativa/direita, com procedimentos que atendam ao interesse público. Esse tipo de Burocracia foi idealizada por Max Weber e é contrária ao patrimonialismo (confusão entre o que é público e o que é privado, típico da Monarquia), à corrupção, ao nepotismo e ao clientelismo.⁹⁵

No Brasil a República, formalmente, foi implementada por meio de um golpe militar, em 15 de novembro de 1889. Nesse golpe não existiu participação popular, por mais que antes da proclamação da República tenham existido vários movimentos republicanos.⁹⁶

A Constituição de 1988 prevê que a República Federativa do Brasil seja Social, Desenvolvimentista e Democrática de Direito, que deve respeitar princípios como da soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e livre iniciativa, com todo o poder emanando do povo, com objetivos da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a garantia do desenvolvimento nacional, com a erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais e regionais, com a promoção do bem de todos, sem preconceitos, com função social da propriedade, dever do estado na educação e saúde, justiça social, direitos humanos, igualdade, entre diversas outras normas.

Eneida Desiree Salgado entende o substrato normativo brasileiro “está fundado em um ideal republicano” e que “é possível afirmar que o momento constituinte democrático que culmina na Constituição de 1988 promove a fundação de uma República”.⁹⁷ A autora argumenta que o ideal republicano, inclusive presente na Constituição de 1988, reflete o valor da igualdade, mas não a igualdade da visão liberal, uma igualdade formal, jurídica, mas uma igualdade substantiva, com igual voz e voto para os cidadãos, e que a defesa da liberdade não seja uma defesa

⁹⁵ Sobre Burocracia e Patrimonialismo ver VIOLIN, Tarso Cabral. Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica, 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

⁹⁶ Sobre o tema ver SALGADO, Eneida Desiree. Obra citada, p. 46; SILVA, José Afonso da. Poder Constituinte e Poder Popular. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 94. Sobre a República no Brasil ver MONTEIRO, Hamilton M. Brasil República, 3ª ed. São Paulo: Ática, 1994. PENNA, Lincoln de Abreu. República Brasileira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

⁹⁷ SALGADO, Eneida Desiree. Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral. Tese de Doutorado em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito, na Universidade Federal do Paraná, 2010, p. 46-47.

contra a igualdade. A autora defende que a liberdade, no pensamento republicano, seja uma não-dominação. Ou seja, pode existir interferência, mas não arbitrária, substancial ou procedimental. A liberdade na República pode ser condicionada, mas não limitada, mas com uma visão de justiça distributiva, para que não aja dominação, uma República com igualdade, integridade, solidariedade e uma ideia forte de liberdade, e que o Estado deve assegurar essas condições políticas e econômicas sempre sob controle efetivo dos cidadãos, com a garantia de um compromisso com o bem público, mas que cada indivíduo possa desenvolver sua vida da maneira como melhor lhe aprouver. O republicanismo defenderia a primazia do bem comum sobre os direitos individuais, o que parece ser a defesa do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.⁹⁸

Para Eneida Desiree Salgado na República do cidadão passa a ser demandado um papel de protagonista, não apenas na defesa de seus direitos, mas uma atuação efetiva no cumprimento de suas obrigações e deveres:

“O ideal **republicano** e o Estado social **exigem do cidadão**. Determinam-lhe uma postura mais ativa do que a posição liberal clássica. Cobram-lhe um sentimento de **pertencimento** e de compartilhamento de destino, uma preocupação crescente com a **coletividade** e uma **solidariedade**, ao menos objetiva e econômica.

Passa-se a exigir do indivíduo não apenas a escolha de candidatos e sua mínima vigilância. O voto periódico, que aprova ou desaprova mandatários ou adere a determinada candidatura, não basta. Uma cidadania ativa passa a ser reivindicada, uma democracia para além do momento eleitoral, uma **opinião pública** que supere o resultado das urnas e as pesquisas de opinião.”⁹⁹

Sobre a Administração Pública brasileira, desde a década de 1930 e mais especificamente a partir da Constituição de 1988 se prevê a implementação da burocracia weberiana, com características, ainda, de democracia deliberativa e

⁹⁸ Sobre esse princípio ver Celso Antônio Bandeira de Mello e Daniel Hachem. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 27ª ed. São Paulo, 2010. HACHEM, Daniel Wunder. Princípio constitucional da supremacia do interesse público. Belo Horizonte: Fórum, 2011. Ao comentar sobre Maquiavel, Carlos Estevam Martins aduz que “onde persista ou possa persistir uma relativa igualdade entre os cidadãos, o fundador de Estados deve estabelecer uma república. Ocorrendo o contrário, manda a prudência que seja constituído um principado”. MARTINS, Carlos Estevam. Vida e Obra, in MAQUIAVEL, Nicolau. Os Pensadores (O Príncipe e Os Escritos Políticos), São Paulo: Nova Cultural, p. 20.

⁹⁹ SALGADO, Eneida Desiree. Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral. Tese de Doutorado em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito, na Universidade Federal do Paraná, 2010, p. 53.

transparência. Mas no final da ditadura militar na década de 1970 e de maneira mais radical nos anos de 1990, houve um retrocesso com a tentativa da implementação do neoliberalismo-gerencial, que ao invés de aperfeiçoar a burocracia gerou um retorno ao patrimonialismo.¹⁰⁰ Sem dúvida um retrocesso para a implementação do republicanismo brasileiro.

Se não há dúvida sobre o caráter republicano da Constituição brasileira de 1988, ainda há um longo caminho a percorrer para que o Brasil deixe de ser uma República formal, no papel, para ser uma República substancial.¹⁰¹

De toda a análise doutrinária e constitucional realizada, entende-se que como formas de governo existem apenas a República e a Monarquia. No modelo puro de um Estado republicano se pensa na coisa pública, no bem comum, na vontade geral, de interesse público, bem-estar geral, o governo é de uma maioria realmente livre e igualitária, com reduzidíssimas desigualdades sociais, que atende aos interesses do povo, da coletividade, que tem poder soberano, com respeito às minorias; a cidadania é plenamente exercida, com solidariedade, apoio mútuo, sem a permeabilidade de interesses privados egoísticos ou de lógicas de mercado dominando os assuntos públicos; sem monopólios privados; com uma democracia radicalmente implementada, na qual o governo e as leis representem exatamente as vontades dos sujeitos, tanto representativa (com eleições periódicas realmente livres, sem influência do poder econômico) quanto deliberativa, com o povo controlando o Estado, a Administração Pública, deliberando muitas vezes de forma direta e com responsabilização política e jurídica dos governantes e agentes públicos, mas também dos cidadãos que devem participar da política de forma virtuosa, em um Estado Laico, sem a religião interferir nos assuntos políticos; sem a implementação de políticas neoliberais; com as mídias como TVs, rádios, jornais e internet totalmente democratizadas.

A Monarquia representa não apenas o governo de um indivíduo, mas também o governo de poucos, o que seria uma monarquia aristocrática. É claro que

¹⁰⁰ VIOLIN, Tarso Cabral. Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica, 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

¹⁰¹ Um paralelo com os termos Democracia formal e substancial de Celso Antônio Bandeira de Mello (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. In: Revista de Direito Administrativo nº 212, abr./jun./98, p. 57-70).

existem vários níveis de Monarquia, desde a absoluta/despótica/tirânica, passando pelas monarquias constitucionais, até a de governos oligárquicos e aristocráticos em democracias e estados de direito frágeis, nos quais sempre haverá algum grau de autocracia, portanto, sem Democracia. Mesmo em aristocracias com governos que pretensamente atendam ao interesse público, ainda será um Estado com um governo de poucos que governa para poucos, o que não é uma República, pois será um governo de uma classe privilegiada da população, governando outras classes com direitos minoritários. Assim, não pode existir uma República aristocrática. Pode não ser uma monarquia despótica, mas é uma monarquia aristocrática. Monarquia não é apenas o governo de um, mas também o governo de uma classe dominante, de uma elite econômica e política. Mesmo Estados desenvolvidos mas com monarquias constitucionais, ainda não são Repúblicas, pois haverá um grau de patrimonialismo inaceitável nos dias de hoje, que é a questão da hereditariedade. Lembrando que também não são Repúblicas países que permitem que governos escolham sujeitos sem condições de exercer cargos públicos.

O Brasil é apenas uma República formal desde 1889 e mesmo depois de 1988, e apenas será uma República de fato, uma República substancial, quando o Estado brasileiro realmente for Social e Democrático de Direito. Ou seja, não é possível separar República de uma Sociedade justa socialmente e quase sem desigualdades, com o Estado intervindo no social e na economia, nos termos constitucionais, Democrática substancialmente e de Direito, com Poderes realmente independentes e sem interferências indevidas entre eles, poderes que se controlam eficazmente e são controlados pelo povo. Não há como separar República de Democracia, de Estado Social e de Estado de Direito.

Um Estado republicano será realmente uma República quando os serviços públicos relacionados aos meios de radiodifusão forem utilizados para o bem comum, nos termos constitucionais, e não como instrumento para que poucas corporações possam dominar o que será divulgado para a população do país, Será uma república se o Estado fizer uma regulação para que os meios de comunicação em geral não sejam monopólios/oligopólios e, ainda, respeitem o princípio da pluralidade.

Em uma Democracia a população participa da tomada de decisões políticas, seja de forma direta ou indireta, em um governo do povo. Entretanto, uma democracia se faz não apenas com eleições livres e regulares e a participação da sociedade nas decisões de interesse público, mas também com liberdade de expressão¹⁰² e pluralidade de vozes no jogo político e comunicacional. Decisões de interesse público com relação aos direitos das pessoas, para serem legítimas, devem ser submetidas a um processo livre de decisão coletiva, com regras claras que assegurem a vontade da maioria, mas sempre respeitando, também, as minorias.¹⁰³

Em suas escolhas, seja na democracia direta ou indireta, o povo deve ter mais de uma opção e condições efetivas de escolha. Ou seja, direitos básicos devem ser garantidos para que o cidadão faça uma escolha de forma livre, se reunindo, opinando, se expressando. A discussão pública, sem censura, é um ponto fundamental para que haja uma decisão democrática. Um governo ou uma ideia

¹⁰² Fiss entende que o propósito da liberdade de expressão não é a auto-realização individual mas a preservação da democracia e do direito de um povo, uma autodeterminação coletiva: “a expressão de opiniões permite às pessoas votar inteligente e livremente, conhecendo todas as opções e possuindo toda a informação relevante”. Mas e sobre a CBS a autonomia pode ser insuficiente para assegurar um debate público rico, pode ser inclusive destruidora desse objetivo. Será que a autonomia aos indivíduos pode ser estendida às instituições? A CBS, um banco e o Partido Nazista tem essa liberdade de expressão? Em uma sociedade capitalista a proteção da autonomia produzirá, em geral, um debate público que é dominado por quem é economicamente poderoso. O mercado, ainda que opere de modo suave e eficiente, não assegura que todas as opiniões relevantes serão ouvidas, mas somente aqueles que são defendidas pelos ricos, por quem pode pedir empréstimos de outros ou por quem tem um produto que atrairá anunciantes ou subscritores para manter a empresa. O autor informa que a CBS é um monopólio e compete com algumas outras redes de emissoras e meios de comunicação menos poderosos para atrair a atenção do público. Segundo ele deveríamos aprender a ver no Estado não somente um inimigo, mas também um amigo da liberdade de expressão; como qualquer ator social tem condições em atuar em ambas as direções. Há Jurisprudência estadunidense que permite que o Estado preserve a oportunidade de falar de um indivíduo diante de uma multidão em um comício. Não se abandona a ideia de autonomia do orador, mas explica que a intervenção do Estado é necessária para fazer que a autonomia do orador seja real e efetiva. Além disso a intervenção excepcional se baseia no desejo de enriquecer o debate público. Liberdade de expressão também com regulação dos gastos e contribuições eleitorais e estabelecimento de ingresso em centros comerciais de propriedade privada para atividades políticas. A liberdade de expressão é uma liberdade preferente e opera mais como uma justificação do que como limite à atuação do Estado. FISS, Owen. Libertad de expresión y estructura social. México, D.F.: Distribuciones Fontamara, 1997, p. 10-61.

¹⁰³ "Da frustração das diretas pra cá a democracia brasileira se consolidou, mas o pior da ditadura ainda sobrevive, na alienação promovida pelo Estado e pela mídia e nos métodos brutais das polícias militares. É preciso seguir lutando!" DEMOCRACIA em preto e branco. Direção: Pedro Asbeq. Brasil: TV Zero e ESPN Brasil, 2014, 1h14, color.

pode ter o apoio da maioria da população, mas se essa maioria se deu sem qualquer debate público, democracia não há.¹⁰⁴

Celso Antônio Bandeira de Mello distingue os Estados formalmente democráticos dos Estados substancialmente democráticos, além dos Estados em transição para a democracia. Os Estados formalmente democráticos são aqueles que embora acolhem nominalmente em suas Constituições modelos institucionais, de países mais evoluídos política, econômica e socialmente, neles não aportam. Para o autor, a democracia seria “de fachada”, mesmo que seus governantes sejam investidos em decorrência de eleições; tenham os três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário); acolham, em tese, os princípios da legalidade e da independência dos órgãos jurisdicionais. São Estados onde a população, sem cultura política, é dirigida pelas classes sociais dominantes, que manipulam a comunidade, sendo que a democracia não foi um “resultado de aspirações que hajam genuinamente germinado, crescido e tempestivamente desabrochado no seio da Sociedade”. Aduz o autor que nos Estados formalmente democráticos o jogo espontâneo das forças sociais e econômicas não produz ou não o faz em prazo aceitável as transformações indispensáveis a uma real vivência democrática, e neles os ventos neoliberais de países desenvolvidos não oferecem as soluções, em “nos países que ainda não alcançaram o estágio político cultural requerido para uma prática real da democracia, o Estado tem de ser muito mais que um árbitro de conflitos de interesses individuais”. O autor alerta que atribuir ao Executivo poderes para disciplinar relações entre Administração e administrados é, nos países de democracia ainda imatura, comportamento que em nada concorreria para formação de uma consciência valorizadora da responsabilidade social de cada qual (cidadania) ou para encarecer a importância de instituições impersonalizadas como instrumento de progresso e bem-estar de todos. Mesmo com a tendência mundial de transferir poderes ao Executivo (como na França) por meio de, segundo o autor, “acrobáticas interpretações dos textos constitucionais”, nos Estados sem uma democracia sólida isso não seria compatível.¹⁰⁵ O autor assevera que estamos em

¹⁰⁴ A Plebe Rude sempre disse que “a censura, a censura, única entidade que ninguém censura”. PLEBE RUDE. Censura. 1987.

¹⁰⁵ Sobre a crise dos instrumentos clássicos da democracia, Celso Antônio Bandeira de Mello diz o seguinte: “Em suma: como decorrência do progresso tecnológico engendrou-se um novo mundo, um novo sistema de vida e de organização social, consentâneos com esta realidade superveniente. Daí que o Estado, em consequência disso, teve que disciplinar os comportamentos individuais e sociais

direção a um “despotismo esclarecido” e que “os subdesenvolvidos têm sido e são, naturalmente, meros piões no tabuleiro de xadrez da economia e, pois, da política internacional; logo, por definição, sacrificáveis para o cumprimento dos objetivos maiores dos que movem as peças”. Ele ainda aduz que as condições evolutivas para aceder aos valores substancialmente democráticos, como igualdade real e não apenas formal, segurança social, respeito à dignidade humana, valorização do trabalho, justiça social ficarão cada vez mais distantes na medida em que os governos dos países não-desenvolvidos, em troca de migalhas, se entreguem incondicionalmente à sedução do neoliberalismo e economia global, surdos ao clamor de uma população de miseráveis e desempregados. Bandeira de Mello finaliza dizendo que os idealistas das barbaridades que estão acontecendo no Brasil e no mundo usam nomenclaturas novas encobridoras de experiências velhas, destinadas a consagrar um simples movimento de retorno ao século XIX, antes do Estado social de Direito, com proposições de eliminar conquistas trabalhistas e direitos sociais adquiridos no século XX, por causa de textos como o Manifesto Comunista de 1848, de várias encíclicas papais com visões críticas e renovadoras, da Revolução Comunista na Rússia de 1917, e as Constituições do México de 1917 e Alemã de Weimar de 1919.¹⁰⁶

Não se admite mais a concepção, denominada por Dworkin como majoritarista-profilática ou mesmo neoliberal-individualista, na qual a Democracia é simplesmente a coincidência entre a vontade da maioria do povo e a decisão política. Em um Estado Social, Republicano, Desenvolvimentista e Democrático de Direito, em uma visão coparticipativa-discriminadora, a vontade da maioria é importante, desde que haja um papel do cidadão iguais como participantes dos

muito mais minuciosa e extensamente do que jamais o fizera, passando a imiscuir-se nos mais variados aspectos da vida individual e social. Este agigantamento estatal manifestou-se sobretudo como um agigantamento da Administração, tornada onipresente e beneficiária de uma concentração de poder decisório que desbalanceou, em seu proveito, os termos do anterior relacionamento entre Legislativo e Executivo. Com efeito, este último, por força de sua estrutura monolítica (chefia unipessoal e organização hierarquizada), é muito mais adaptado para responder com presteza às necessidades diuturnas de governo de uma sociedade que vive em ritmo veloz e cuja eficiência máxima depende disto. Ademais, instrumentado por uma legião de técnicos, dispõe dos meios hábeis para enfrentar questões complexas cada vez mais vinculadas a análises desta natureza e que, além disso, precisam ser formuladas com atenção a aspectos particularizados ante a diversidade dos problemas concretos ou de suas implicações polifacéticas, cujas soluções dependem de análises técnicas — e não apenas políticas”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. *Revista de Direito Administrativo*, n. 212, p. 57-70.

¹⁰⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. *Revista de Direito Administrativo*, n. 212, p. 57-70.

embates, com pretensões legítimas de influenciar a formação da opinião dos outros. Não basta mais apenas o voto, mas também a influência legítima na tomada de decisão. A Democracia ficaria comprometida se alguns grupos não tem oportunidade nenhuma, ou mesmo oportunidade reduzida por carência de recursos financeiros.¹⁰⁷

Giovani Sartori destaca que todos os meios de comunicação, por excelência, são importantes para a Democracia, pois se supõe que o demos deve ser relativamente informado e, portando, uma Democracia sem mídia com um público totalmente às escuras, em um vazio de notícias, parece quase inconcebível.¹⁰⁸

Alexandre Ditzel Faraco¹⁰⁹ entende que uma Democracia não se caracteriza apenas com eleições periódicas, mas também na participação dos cidadãos do processo de exercício e controle do poder político, com a existência de um espaço público, com a mediação pelos meios de comunicação social de massa, com uma interação entre pessoas que não se conhecem. Para ele é possível influenciar o exercício do poder político a partir do controle dos meios de comunicação e, portanto, esse controle não representa apenas o poder econômico, mas também o político, capaz de desvirtuar o funcionamento e a existência do espaço público de uma democracia. Por isso regular a concentração e o exercício do poder dos meios de comunicação em massa é um “imperativo democrático”. Mas alerta que é necessária a existência desse poder se contrapondo ao Estado, com autonomia e independência, mas com equilíbrio, “no qual a dispersão do poder possa evitar que poucas pessoas controlem o fluxo de informações no espaço público, mas sem que se imponha uma pulverização absoluta dos órgãos de comunicação ou a sua tutela estatal”. Para ele “a emergência de um pluralismo de vozes cria um ambiente mais propício ao desenvolvimento econômico e social”. Por mais que haja tendência de reduzir o papel do Estado na economia, a regulação da radiodifusão não pode ser alcançada apenas mediante a promoção da concorrência, pois não se está regulando apenas o poder econômico, mas também o exercício do poder político em

¹⁰⁷ Ronald Dworkin é quem faz a distinção entre concepção majoritária e coparticipativa. DWORKIN, Ronald. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 503-512.

¹⁰⁸ SARTORI, Giovani. Videopolítica: médios, información y democracia de sondeo. Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, 2003, p. 18.

¹⁰⁹ FARACO, Alexandre Ditzel. Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação: radio, televisão e internet. Belo Horizonte: Fórum, 2009. Do autor ver também FARACO, Alexandre Ditzel. Regulação e direito concorrencial (as telecomunicações). São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

uma democracia. Sobre democracia, cita a visão elitista de Schumpeter de que seria essencialmente a forma de escolha dos representantes, com a redução do papel político do cidadão no voto e a possibilidade de não haver equilíbrio na concorrência por cargos públicos, com distorções por circunstâncias que beneficiam determinado grupo ou indivíduo. Cita também Downs, que faz uma analogia da política com a economia, de que todos os envolvidos, sejam os partidos políticos, os governantes e os eleitores estariam racionalmente buscando promover seus interesses privados, tentando mostrar o real funcionamento da política, sem visões idealistas obscurecidas. Para Faraco as abordagens econômicas da democracia tendem a derivar propostas de reformulação dos processos eleitorais e do Poder Legislativo, mas ele defende que é possível o cidadão influir no processo político de outras formas que não apenas o voto na democracia deliberativa. Estuda Dworkin no sentido de que a maioria só pode pretender que a minoria respeite determinada decisão se todos os cidadãos puderem participar como iguais na sua formulação e convencimento, não apenas em eleições e referendos, mas a efetiva participação no processo político, interagindo para poder deliberar sobre como agir coletivamente, num discurso democrático. Dworkin entende que a igualdade de participação não quer dizer igualdade de influência, pois uns terão mais capacidade de influenciar do que outros, mas o princípio será comprometido se as desvantagens forem excessivas nas posições dos diferentes grupos de cidadãos em relação à essência de uma opinião ou acúmulo de riqueza, e defende limitar influência do poder econômico. Citando autores como Fishkin, Luskin, Jowell entende que cidadãos mudam de opinião significativamente com processos deliberativos, o que poderia ser utilizado por formuladores de políticas públicas, ao invés de meras pesquisas de opinião. Pessoas que teriam uma opinião pública informada e deveria ter mais peso no processo político do que os resultados de pesquisas de opinião. Com a difusão de parte das discussões realizadas entre os participantes pela TV, em horário nobre, o que poderia ampliar o seu impacto. Fishkin e Ackerman ainda propuseram que antes das eleições todos os eleitores se reunissem em processo deliberativo sobre os principais temas num feriado nacional.¹¹⁰ O debate democrático ideal é com um menor número de pessoas. Em comunidades maiores o contato não será direto, mas por intermédio dos meios de comunicação social (ou mídia) de massa. Informa

¹¹⁰ Cita Habermas com o processo de formação de opinião e vontade na esfera pública, e Boaventura de Souza Santos que analisa o Orçamento Participativo.

que Habermas divide em três esferas, o público eventual/episódico, que se forma nas ruas e cafés, o público ocasional, em eventos, reuniões de partidos, etc., e a esfera pública abstrata, compreendendo leitores e espectadores isolados e distribuídos por amplas áreas geográficas e reunidos apenas por meio da mídia de massa. A importância dos meios de comunicação está na abrangência, credibilidade e função de verificação e filtragem, mas pode ser utilizada para manipular e alienar. A filtragem é importante, para não ocorrer o que acontece com a Voz do Brasil ou mesmo internet.

2.2. A EXIGÊNCIA DA DEMOCRATIZAÇÃO DA MÍDIA

Para o atendimento dos preceitos constitucionais brasileiros em face à realidade existente com relação aos meios de comunicação no país, é premente a democratização dos meios de comunicação no Brasil. Niklas Luhmann alerta que “aquilo que sabemos sobre a sociedade, ou mesmo sobre o mundo no qual vivemos, o sabemos pelos meios de comunicação” e questiona se realmente as emissões dos meios de comunicação são públicas, já que não há qualquer controle sobre quem deles toma conhecimento.¹¹¹ Marco Aurélio Garcia reconhece o poder da mídia como força normatizadora, indutora e integradora, mas entende que ela não dobra a sociedade inteira, pois há indivíduos soltos que não se comportam como manadas mansas e obedientes.¹¹²

Nesse debate a palavra “liberdade” vem sendo utilizada seja por quem defende a democratização da mídia, seja por quem a questiona. Nelson Mandela já dizia que “Não queremos liberdade sem pão, nem queremos pão sem liberdade. Temos de proporcionar todos os direitos e liberdades fundamentais associadas a uma sociedade democrática”;¹¹³ Proudhon já alertava que “a liberdade é igualdade”,¹¹⁴ e Norberto Bobbio entendia que “todos irão concordar que a Liberdade

¹¹¹ LUHMANN, Niklas. A realidade dos meios de comunicação. São Paulo: Paulus, 2005, p. 01, 168.

¹¹² NOGUEIRA, Marco Aurélio. Mídia, democracia e hipermodernidade periférica, p. 11-22. In: GOULART, Jefferson O. (Org.). Mídia e democracia. São Paulo: Annablume, 2006, p. 17.

¹¹³ MANDELA, Nelson. Discurso, 1993. www.citador.pt. Acesso em 22.05.2017.

¹¹⁴ PROUDHON, Pierre-Joseph. A propriedade é um roubo. Porto Alegre: L&PM, 2011, p. 29.

é o bem supremo, porém sua concordância não passará disso” e “com relação aos segmentos a ser atingidos ou não pela Liberdade social, haverá sempre opiniões divergentes, de acordo com o valor atribuído a outras finalidades sociais, quais sejam a igualdade, a justiça ou o bem-estar, que podem competir com a finalidade da Liberdade”.¹¹⁵ Liberdade é uma palavra perigosa, como lembram Jean Rivero e Hugues Moutouh, e citam a definição clássica de Littré como “condição do homem que não pertence a nenhum senhor” e “poder agir ou não agir”.¹¹⁶ O art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) dispõe que:

Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

Com o Estado de Direito e em face ao princípio da legalidade, o que não é proibido é permitido, nos termos do que já dizia Thomas Hobbes em *Leviatã*, de que “um homem livre é aquele que, naquelas coisas que graças a sua força e engenho é capaz de fazer, não é impedido de fazer o que tem vontade de fazer”, “em todas as espécies de ações não previstas pelas leis os homens têm a liberdade de fazer o que a razão de cada um sugerir, como o mais favorável a seu interesse” e “a liberdade dos súditos está apenas naquelas coisas que, ao regular suas ações, o soberano permitiu”.¹¹⁷

O também contratualista John Locke ainda alerta que a liberdade do homem na sociedade deve estar edificada apenas sob o poder legislativo estabelecido por consentimento na comunidade civil, apenas sob o domínio da vontade ou constrangimento de lei do legislativo, de acordo com a confiança nele depositada. Para ele a liberdade não é uma liberdade para cada um fazer o que quer, sem ser contido por nenhuma lei. Deve existir uma regra comum e permanente elaborada pelo legislativo à qual deve ser obedecida. Com liberdade de seguir a própria vontade em todas as coisas não prescritas pela lei, sem estar sujeito à vontade inconstante, incerta, desconhecida e arbitrária de outro homem.¹¹⁸

¹¹⁵ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. Brasília: Universidade de Brasília, 12ª, 2004, p. 712.

¹¹⁶ RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. Liberdades públicas. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 8.

¹¹⁷ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 171-179.

¹¹⁸ LOCKE, John. Segundo Tratado Sobre o governo Civil. Editora Vozes, p. 41.

É o que Robert Alexy chama de uma **liberdade jurídica não-protegida**, pois há permissão jurídica da pessoa fazer algo ou não fazer. A negação da liberdade não-protegida seria a **não-liberdade**, sendo que o sujeito não é juridicamente livre se a abstenção ou a realização de uma ação lhe é juridicamente obrigatória. Se uma liberdade está associada a um direito ou norma garantidores de liberdade ao titular do direito fundamental a possibilidade de realizar a ação permitida, um direito ao não embaraço pelo Estado, então ela é uma **liberdade jurídica protegida**.¹¹⁹

Alexy ainda informa que o direito constitucional alemão não garante apenas direitos a determinadas liberdades (por exemplo liberdade de expressão), mas também um direito geral de liberdade, e cita o Tribunal Constitucional Federal: “a Constituição alemã não concebe essa liberdade como uma liberdade de um indivíduo isolado e autocrático, mas como um indivíduo relacionado a uma comunidade e a ela vinculado”.¹²⁰

No mesmo sentido Hans Kelsen: “a liberdade do indivíduo, a qual, em última análise, se revela irrealizável, acaba por ficar em segundo plano, enquanto a liberdade da coletividade passa a ocupar o primeiro plano”. E como os cidadãos do Estado são livres apenas em seu conjunto, no Estado, quem é livre não é cada um dos cidadãos (a liberdade do indivíduo é substituída pela soberania popular), mas a pessoa do Estado, e seria livre apenas o cidadão de um Estado livre.¹²¹ Kelsen se baseia em Jean-Jacques Rousseau, autor que dizia que “o cidadão consente todas as leis, mesmo as aprovadas contra sua vontade e até aquelas que o punem quando ousa violar uma delas. A vontade constante de todos os membros do Estado é a vontade geral: por ela é que são cidadãos e livres”.¹²² Rousseau ainda defendia que a liberdade não pode subsistir sem igualdade.¹²³

¹¹⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 218-235.

¹²⁰ O autor faz uma análise e cita decisões do Tribunal Constitucional Federal sobre o art. 2º da Constituição Alemã (Lei Fundamental da República Federal da Alemanha), que trata dos direitos de liberdade, em seus parágrafos 1º e 2º, determina: “(1) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral. (2) Todos têm o direito à vida e à integridade física. A liberdade da pessoa é inviolável. Estes direitos só podem ser restringidos em virtude de lei”. ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 341-392.

¹²¹ KELSEN, Hans. A Democracia, 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 33-34.

¹²² ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. São Paulo: Nova Cultura, 1999, p. 205. Por sua vez a ideia de “vontade geral” e de atuações estatais que vão contra os interesses individuais dos cidadãos de Rousseau é a base da teoria do princípio da supremacia do interesse público sobre o

Norberto Bobbio ainda entende que “os que não têm capacidade para obter aquilo que a sociedade deveria torná-los capazes de alcançar, porém são livres para fazê-lo com relação ao Governo, carecem de ‘verdadeira Liberdade’”. Ao citar Frank Delano Roosevelt, que teria dito que “os homens necessitados não são homens livres”, Bobbio aduz que esses homens necessitados “têm pouca Liberdade de escolha e são socialmente não-livres com relação aos poderosos, do ponto de vista econômico”.¹²⁴

Para John Stuart Mill um bom governo é aquele em que a soberania está na comunidade, em que o cidadão é chamado a participar das decisões políticas e da gestão da coisa pública. Essa atuação ativa é incentivada no governo, a liberdade é fortalecida quando ninguém é tratado com privilégio e o espírito republicano é alimentado pelas oportunidades de exercício de função pública/social, pela atribuição de obrigações públicas.¹²⁵

Conforme citação já realizada, Eneida Desiree Salgado entende que o ideal republicano reflete o valor da igualdade substantiva, com igual voz e voto para os cidadãos; que a defesa da liberdade não seja uma defesa contra a igualdade; que a liberdade seja uma não-dominação; que a liberdade na República pode ser condicionada, mas não limitada, mas com uma visão de justiça distributiva, para que não aja dominação, uma República com igualdade, integridade, solidariedade e uma ideia forte de liberdade; e que o Estado assegure essas condições sob controle efetivo dos cidadãos, mas que cada indivíduo desenvolva sua vida da maneira como melhor lhe aprouver.¹²⁶

Pierre-Joseph Proudhon tratou de liberdade e igualdade com uma visão anarquista e contra o individualismo egoísta, e conclamou os jovens:

Jovem, que a corrupção do século indigna e que o zelo da justiça devora, se a pátria vos é querida, e se o interesse da humanidade vos toca, ousai

privado e a ideia da existência de interesse público, tão bem tratadas no Brasil por Celso Antônio Bandeira de Mello. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 53-90.

¹²³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social. Porto Alegre: L&PM, 2009.

¹²⁴ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. Brasília: Universidade de Brasília, 12ª, 2004, p. 711

¹²⁵ MILL, John Stuart. Governo representativo. São Paulo: Ibrasa, 1964, p. 39 e 46-49.

¹²⁶ SALGADO, Eneida Desiree. Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral. Tese de Doutorado em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito, na Universidade Federal do Paraná, 2010, p. 46-47.

abraçar a causa da liberdade. Renunciad a vosso velho egoísmo, mergulhai na onda popular da igualdade nascente; lá (...) vosso coração talvez já enfraquecido, rejuvenescerá.¹²⁷

Na justiça distributiva de John Rawls o autor defende não a liberdade liberal clássica individualista e egoísta, mas a liberdade no sentido da igualdade, da liberdade da cidadania igual constitucionalmente garantida.¹²⁸

Robert Nozick vai contra a teoria da justiça distributiva de Rawls e defende a teoria libertária, com a liberdade do indivíduo em um Estado Mínimo que deve existir apenas para garantir a convivência pacífica, a propriedade, e os contratos, sem interferir na esfera privada dos sujeitos. Para ele não deveria existir uma distribuição central por um grupo de pessoas que tenha o direito de controlar todos os recursos a serem distribuídos, o que seria uma negação da própria condição de igualdade. Defende a propriedade como condição de liberdade individual, liberdade em adquirir e transferir propriedade individual, e não como no caso da justiça distributiva, na qual o direito de propriedade é exercido por quem a possui. Critica que para se buscar igualdade se busque a piora da condição dos mais favorecidos ou a busca da melhora dos menos favorecidos, o que seria arbitrário e desconsidera o uso individual dos recursos de propriedade, e defende apenas a igualdade de oportunidades.¹²⁹

Milton Friedman entende que não é possível separar a liberdade individual como problema político e o bem-estar material como um problema econômico, e que nem toda organização política pode ser combinada com qualquer tipo de organização econômica. Defende que existe uma relação íntima entre economia e política, e que uma sociedade socialista não poderia garantir liberdade individual.¹³⁰

Isaiah Berlin diferencia o sentido negativo e o sentido positivo de liberdade. O sentido **negativo** pretende responder sobre qual a área que um indivíduo deve ter para fazer o que bem entender, sem interferência de outros. Há liberdade política na área em que a pessoa pode agir, e coação na área em que ele não pode agir por

¹²⁷ PROUDHON, Pierre-Joseph. A propriedade é um roubo. Porto Alegre: L&PM, 2011, p. 30.

¹²⁸ RAWLS, John. Uma teoria da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 1997, 2ª tiragem em 2000, p. 285-367.

¹²⁹ NOZICK, Robert. Anarquia, Estado e Utopia. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991, p. 17-167 e 201-255. Sobre libertarismo ver ainda SOUZA, Claudia Beeck Moreira de; COSTA, Tailane. Libertarismo, Felicidade e Justiça. In: GABARDO, EMERSON; SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). Direito, Felicidade e Justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 133-154.

¹³⁰ FRIEDMAN, Milton. Capitalismo e Liberdade, 2ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985, p. 17.

alguma condição criada (não é inabilidade como pode ocorrer na liberdade econômica). Um sentido mais libertário de liberdade. Em sentido **positivo** tenta responder sobre o que é fonte de controle que pode determinar que alguém faça algo, e deriva do desejo de parte do indivíduo de ser seu próprio mestre, mas aceita uma certa concentração de poder para atendimento de objetivos da sociedade, pois o indivíduo ao escolher seus governantes acabam perdendo parte de sua liberdade.¹³¹

Cass R. Sunstein informa que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América tem dificuldade considerável em definir liberdade e propriedade, pois os benefícios/"privilégios" criados pelo governo como emprego, assistência e previdência sociais poderiam ser retirados ao bel-prazer do poder público, enquanto que a liberdade e a propriedade teriam proteção constitucional, o que se devia à neutralidade do *status quo* no estilo pré-*New Deal*. Posição que começa a ser atacada a partir dos anos 1960, pois deixaria os cidadãos perigosamente vulneráveis ao arbítrio do governo, o que geraria dependência e insegurança, contra as quais a instituição da propriedade privada deveria originalmente militar. Portanto, os benefícios também seriam considerados liberdade e propriedade, se houvesse uma prerrogativa legal, uma limitação legal à discricionariedade administrativa em conceder esses benefícios.¹³²

Entende-se que a liberdade a ser defendida em pleno século XXI, para que se garanta o mínimo de desenvolvimento e democracia substancial republicana, não deve ser mais a mesma liberdade do período das revoluções burguesas liberais, que tinha o intuito apenas de barrar o poder estatal e garantir as liberdades individuais-egoísticas como a propriedade privada e a liberdade de imprensa.

Na sociedade atual a liberdade deve vir junto com igualdade substancial, justiça social bem-estar coletivos e interesse público/vontade geral; liberdade com relação ao Estado e ao mercado; liberdade para a escolha de representantes políticos mas também para participação cidadã nos assuntos políticos e das políticas públicas; liberdade financeira; e liberdade para que a comunidade mais ampla possa

¹³¹ BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. Tradução: Aline Mesquita (UFABC).

¹³² SUNSTEIN, Cass R. A Constituição Parcial. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 103-106.

se expressar e não apenas que uma pessoa física ou jurídica tenha garantida a sua manifestação.

Entre as liberdades existe a liberdade de expressão, e em uma Democracia a população participa da tomada de decisões políticas, seja de forma direta ou indireta, em um governo do povo. Entretanto, uma democracia se faz não apenas com eleições livres e regulares e a participação da sociedade nas decisões de interesse público, mas também com liberdade de expressão e pluralidade de vozes no jogo político e comunicacional.¹³³

¹³³ Sobre a missão democrática da imprensa, Fiss diz que “Democracia é um exercício de autogovernança coletiva, requerendo que oficiais governamentais sejam escolhidos pelo povo e que o Estado seja responsivo aos desejos e interesses do povo.” E para o exercício da Democracia os cidadãos dependem de várias instituições para informá-los sobre as posições dos candidatos nas eleições e sobre as políticas de governo. E na sociedade moderna, a imprensa organizada, incluindo a TV, talvez seja a principal instituição que desenvolve essa função, e para cumprir essa responsabilidade democrática a imprensa necessita de um certo grau de autonomia com relação ao Estado. Uma das autonomias é a econômica, como ocorre nos EUA. A segunda forma de autonomia é a jurídica, que reforça a econômica. A Suprema Corte (NYT v. Sullivan) já decidiu que a imprensa não pode ser criminalmente processada por difamar o Estado como entidade abstrata; e limitou indenizações para servidores públicos por informações falsas publicadas, apenas quando comprovado dolo por parte do comunicador. As ideologias do capitalismo ortodoxo (intervenção mínimo do Estado na economia) e o liberalismo clássico (Estado inimigo da liberdade e limitação da intervenção estatal na vida das pessoas) há muito têm produzido uma poderosa e cativante atração na alma estadunidense, e reveste a autonomia econômica e jurídica da imprensa como uma mística. Mas nos anos 1960 advogados começaram a imaginar em voz alta que a democracia exige algo mais, no sentido de que o Estado poderia ter um papel na promoção da missão democrática na imprensa. Há formas no mercado que constroem a imprensa na cobertura das questões públicas e podem causar o seu fracasso no cumprimento do dever de manter o público informado. Uma imprensa controlada por entidades privadas é livre de controles econômicos pelo Estado, o que é bom, mas ela é constrangida pela estrutura econômica na qual está inserida. Os empresários da comunicação, como outros empreendedores, procuram maximizar receitas e minimizar custos, querem obter lucros, e suas decisões sobre o que informar e como informar são largamente determinadas por esse desejo. O mercado, pressionando a imprensa, pode fazer com que ela seja tímida na crítica ao governo ou a certos candidatos, quando as políticas governamentais e posições dos candidatos favorecem interesses econômicos da imprensa. Um simples desejo de maximizar os lucros pode levar a imprensa a desdenhar questões que deveriam ser veiculadas mas que não serão porque não gerarão a receita desejada. Para contrapor os efeitos do mercado e libertar a imprensa dessas limitações, vários teóricos voltaram-se para o Estado. Alguns que defendem um papel mais amplo do Estado falam em poder de monopólio, pois há um número de cidades nos EUA “chocantemente” alto sem jornais ou com apenas um jornal; e há posição privilegiada das três maiores redes de televisão na captura de atenção dos usuários (como mostra Bagdikian em *The Media Monopoly*). Fiss entende que essa forma de analisar a questão não é convincente, não pela existência da TV a cabo e internet no horizonte, pois os que colocam seus argumentos em termos de monopólio concebem o mercado de forma muito restrita. Segundo o autor o mercado relevante, para os propósitos constitucionais, é o informacional, o domínio a partir do qual o público descobre o mundo além de sua experiência imediata; e esse mercado relevante não deve ser definido de acordo com cada meio de comunicação, mas deve abraçar jornais, rádio, TV, revistas, livros e filmes como um todo unitário e, nesse mercado, há forças dominantes que moldam a opinião pública, mas não há monopólio. Enquanto alguns querem o Estado restringindo os monopólios, para aperfeiçoamento do mercado, outros têm o propósito mais amplo de preencher as condições de autogoverno democrático. Para ele há os populistas e os perfeccionistas, sendo que para os populistas há um distanciamento entre o discurso do mercado e o democrático, no qual a cobertura/reportagem seria escolhida pelo povo reunido em alguma convenção democrática. A competição e a busca pelo lucro levam os meios

Com relação ao termo “Comunicação Social”, que é o capítulo V da Constituição brasileira (arts. 220 a 224), alguns podem entender que uma palestra, uma aula, uma peça teatral, um culto religioso seja o exercício da liberdade de expressão, mas que comunicação social seria essa liberdade sendo realizada pelos meios de comunicação (TV, rádio, jornais e revistas), de forma pública e unilateral, com a utilização de meios técnicos de difusão, influenciado uma quantidade maior de pessoas. Atualmente, com a existência da internet,¹³⁴ essa diferenciação não faz mais sentido. Portais, redes sociais, sites, blogs, muitas vezes sem a demanda de meios complexos de utilização pelo usuário, podem levar ideias a uma gama ainda maior do que leitores da imprensa escrita ou até de determinadas redes de TV e rádio. E com possibilidade de não ser mais algo unilateral, mas dialógico. E a própria

de comunicação a terem produtos mais atraentes, mas o mercado é uma inflexão imperfeita do que as pessoas desejam. Maximização de receitas e minimização de custos levam ao corte de atividades de reportagem de alto custo, com reapresentações de *I Love Lucy* (aqui no Brasil foi possível lembrar das reapresentações do programa Chaves no SBT ou do Vale a Pena Ver de Novo na Globo). Outra distorção é a criação de programas que aumentem, e não diminuam, a venda dos produtos que são anunciados. Nos parece que se um telejornal é mantido, basicamente, pela publicidade de bancos, não haverá reportagens sobre os altos lucros dos banqueiros, os do não pagamento de impostos pelos banqueiros, ou sobre filas e altos juros cobrados pelos bancos, ou mesmo o desrespeito à legislação trabalhista dos bancos com relação aos bancários. A dependência de anúncios levam as TVs a buscarem nichos de audiências particulares, devido ao poder de compra e suscetibilidade aos anúncios, “muito diferente da norma democrática de uma pessoa, um voto”. Por fim, os populistas condenam a ausência de deliberação coletiva no sistema de mercado, pois as pessoas registram as suas preferências em um mercado por meio de transações altamente individualizadas (compra de um jornal na banca, escolha de um canal de TV), sendo que “as escolhas que elas fazem nesses contextos poderiam ser diferentes daquelas que seriam feitas após uma discussão coletiva e um debate de todas as opiniões”. Os perfeccionistas, preocupados com a adequação constitucional do mercado, aceitam a crítica populista ao mercado, mas veem a intervenção estatal em termos mais abstratos, sem buscar assembleias democráticas, mas sim atingir um ideal mais objetivo: tornar as pessoas conscientes com a promoção de informações necessárias e apresentação das posições conflitantes, com “a mais ampla disseminação de informações a partir de fontes diversas e antagônicas” (Suprema Corte, *Associated Press v. United States*, 326 U.S. 1, 20 (1944)). Podem não desejar esse tipo de cobertura, podem preferir sexo e violência à análise de questões públicas, mas a imprensa deve ser encorajada, induzida, ou até mesmo forçada a produzir informações necessárias para que as pessoas exerçam sua prerrogativa soberana. Para os perfeccionistas, “mesmo se o mercado desse às pessoas o que elas desejavam, ele pode não produzir o que elas *necessitam*”. São comprometidos com a democracia, pois o povo deve decidir em última instância sobre o mérito de políticas públicas substantivas, mas não basta que o povo tenha informação. A linha entre populismo e perfeccionismo não é clara, mas as duas ideologias não querem acabar com o mercado, mas querem a imprensa para além dos limites do mercado, sendo o Estado um poder importante para isso, com poder alocatório e regulatório. FISS, Owen M. A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, 148 p.

¹³⁴ Sobre a internet e as mídias sociais, ver GUARESCHI, Pedrinho A. O direito humano à comunicação. Petrópolis, Vozes, 2013, p. 172-181. Gregorio Badeni diz com relação à internet que é a primeira vez que um meio de comunicação gestado pela inteligência dos indivíduos não pode ser controlado pelos Estados. BADENI, Gregorio. Manual de Derecho constitucional. Buenos Aires: La Ley, 2011, p. 403. Sobre internet ver, ainda, ASSANGE, Julian. Quando o Google encontrou o WikiLeaks. São Paulo: Boitempo, 2015; GREENWALD, Glenn. Sem lugar para se esconder. Rio de Janeiro: Sextante, 2014; e WU, Tim. Império da Comunicação: do telefone à internet, da AT&T ao Google. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

TV e rádio estão cada vez menos unilaterais, com a possibilidade de participação dos espectadores na programação.

De qualquer forma, essa liberdade de expressão não quer dizer apenas a liberdade que o cidadão tem de expressão perante o Estado, inclusive contra o Estado, com um simples dever de abstenção do Estado. Essa ideia é incompleta e ultrapassada desde pelo menos o início do século XX. A liberdade de expressão também se garante por meio de uma atuação positiva do Estado, inclusive em países com constituições mais liberais na área econômica como a estadunidense.

Celso Antônio Bandeira de Mello entende que a pequena imprensa, com os chamados veículos alternativos, tem poucos recursos pra crescer, enquanto a mídia comercial discursa pela liberdade de imprensa, e pergunta: que liberdade de imprensa eu tenho? Nenhuma, segundo ele, pois quem tem essa liberdade é um círculo pequeno de empresas, que querem a liberdade de empresa, querem continuar controlando sozinhos os meios de comunicação do Brasil.¹³⁵ Cláudio Camargo alerta que mesmo com a mídia *on-line*, que ajudou a globalizar os meios de comunicação, ao mesmo tempo manteve sua estrutura concentrada, ainda mais no Brasil, ao contrário dos EUA e países europeus que limitaram a concentração no século XX.¹³⁶

John Rawls entende que um regime democrático pressupõe liberdade de expressão, instituição exigida, nos termos de Mill, pela necessidade que os negócios políticos sejam conduzidos de maneira racional. E ainda analisa:

Todos os cidadãos devem ter meios de informar-se sobre questões políticas. Deveriam ter condições de avaliar como certas propostas afetam seu bem-estar e quais políticas promovem sua concepção do bem público.

¹³⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O poder público é o grande atravancador do poder Judiciário. Entrevista em 24.06.2011 para o Correio da Cidadania (Gabriel Brito e Valéria Nader). <http://www.correiodacidade.com.br>. Acesso em 22.05.2017. Celso Antônio Bandeira de Mello, também critica a mídia brasileira e diz que não há liberdade de expressão no Brasil. Defende o fim da propriedade cruzada dos meios de comunicação, a regulamentação da mídia e o direito de resposta. Informa que foi ingênuo durante a Constituinte da Constituição de 1988 ao enviar para o então senador Fernando Henrique Cardoso um projeto de extinção das concessões de rádio e TV. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Entrevista para Luis Nassif no Programa Brasilianas na TV Brasil em 12.01.2015. Acessado em 18 de janeiro de 2015. <https://youtu.be/eHa6Bpt-7XQ>. Outra crítica à mídia brasileira, ver ARBEZ JR., José. O jornalismo canalha. São Paulo: Casa Amarela, 2003.

¹³⁶ CAMARGO, Cláudio. O meio é a mensagem: a globalização da mídia, p. 269-284. In: MARTINS, Ana Luiza; LUCA, Tania Regina de (Org.). História da Imprensa no Brasil. São Paulo: Contexto, 2015, p. 271.

Além disso, deveriam ter uma oportunidade equitativa de acrescentar à pauta propostas alternativas para a discussão política. As liberdades protegidas pelo princípio da participação perdem muito de seu valor sempre que os detentores de maiores recursos privados têm permissão de usar suas vantagens para controlar o curso do debate público. Pois, no fim, essas desigualdades possibilitarão que aqueles que estão em melhores condições exerçam uma influência maior sobre a evolução da legislação. Com o tempo, eles tendem a conquistar um peso preponderante na decisão de questões sociais, pelo menos no que se refere àqueles assuntos sobre os quais normalmente concordam, isto é, em relação àquilo que favorece suas circunstâncias privilegiadas.

Para Rawls devem existir medidas compensatórias para a preservação do valor equitativo para todas as liberdades políticas iguais, com a propriedade e a riqueza amplamente distribuídas e verbas públicas destinadas regularmente a encorajar a livre discussão pública.¹³⁷

Com as revoluções burguesas e a implementação do liberalismo, a tendência foi também a existência de liberdade de expressão, com, inicialmente, uma imprensa de opinião, para depois, como é algo natural no capitalismo-liberal, o início da existência de concentração de mercado, com oligopólios e monopólios, e um sistema de censura privado. O que gerou a necessidade da existência de uma regulação dos meios de comunicação.

Países que chegaram ou pretendem chegar a um nível civilizatório mínimo já evoluíram e saíram da figura do Estado Mínimo do século XIX e avançam para um tipo de Estado Social, Republicano, Desenvolvimentista e Democrático de Direito dos séculos XX e XXI. E isso não é diferente na relação Estado e Sociedade nos meios de comunicação. Não se espera mais do Estado apenas uma abstenção no sentido de garantir a voz para a pessoa que distribui um panfleto ou que possa montar em um caixote na esquina e falar o que bem entender, inclusive contra o próprio Estado (direito de defesa). O constitucionalismo dos séculos XX e XXI também deve garantir que a população não veja, escute ou leia apenas os grandes meios de comunicação de TV, rádio, jornais, revistas e portais de internet, mas deve determinar que o Estado garanta a distribuição de megafones para a população que pretender se expressar, para assegurar o direito positivo da comunicação e da liberdade de expressão substancial.¹³⁸

¹³⁷ RAWLS, John. Uma teoria da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 1997, 2ª tiragem em 2000, p. 245-246.

¹³⁸ Pedro Serrano não acredita em mecanismos de controle estatal/burocrático sobre a imprensa, que deve ser feito pelos próprios jornalistas, com a participação da sociedade, e o que é mais necessária

Renato Monteiro de Rezende diz que “os grupos privados que detêm o controle dos meios de comunicação podem restringir a liberdade de expressão tanto ou mais do que o próprio Estado, simplesmente impedindo que determinadas notícias e ideias sejam publicadas”. O autor alerta que não há liberdade de expressão mesmo quando há uma pluralidade de meios de comunicação, quando a linha editorial desses meios é “coincidente ou semelhante”.¹³⁹

Vital Moreira alerta que “hoje em dia, os meios de comunicação de massa já não são expressão da liberdade e autonomia individual dos cidadãos, antes relevam dos interesses comerciais ou ideológicos de grandes organizações empresariais, institucionais ou de grupos de interesse”.¹⁴⁰

Pierre Bourdieu ainda alerta que atualmente todos os campos de produção cultural estão sujeitos às limitações estruturais do campo jornalístico, e esse campo age sobre os outros campos, um campo dominado pela lógica comercial, impondo cada vez mais suas limitações aos outros universos, e a pressão pelos índices de audiência faz com que o peso da economia se exerça sobre a televisão, havendo um peso da televisão sobre o jornalismo, que se exerce sobre outros jornais (mesmo os mais “puros”), e sobre os jornalistas que paulatinamente deixam que problemas da televisão se imponham a eles.¹⁴¹

Erich Fromm entende que há fatores que cooperam ativamente para confundir o que possa restar da capacidade do adulto comum para pensar com originalidade, e um deles é a afirmação de que problemas básicos da vida individual, social, psicológicos, econômicos, políticos e morais são por demais complicados para o indivíduo comum entendê-los. Fazer parecer que apenas um especialista pode compreendê-los, e desanimar as pessoas de confiarem nas suas próprias capacidades para pensar nos problemas importantes. Os indivíduos se sentem

é a mudança de cultura, e não da lei. SERRANO, Pedro. Por uma mídia mais democrática, p. 299-302. In: SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. A Justiça na sociedade do espetáculo: reflexões públicas sobre direito, política e cidadania. São Paulo: Alameda, 2015, p. 302. Em sentido contrário, em defesa do Estado fazer a regulação, ver ALMEIDA, Beto. O papel do Estado e o jornalismo de integração, p. 21-31. In: MIELLI, Renata (Org.). Comunicação pública no Brasil: uma exigência democrática. São Paulo: Coleção Vermelho / Anita Garibaldi, 2009, p. 30.

¹³⁹ REZENDE, Renato Monteiro de. Direitos prestacionais da comunicação. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 54.

¹⁴⁰ MOREIRA, Vital. O direito de resposta na comunicação social. Coimbra: Coimbra Editora; 1994, p. 9.

¹⁴¹ BOURDIEU, Pierre. Sobre a televisão. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 80 e 81.

presos, sem saída, em uma caótica massa de dados e aguarda, com paciência, que o especialista diga o que fazer e para onde ir. O que gera um ceticismo/cinismo face a tudo o que é dito ou impresso, e a crença infantil em tudo o que é afirmado por fonte autorizada, o que desanima o indivíduo a pensar e decidir por si mesmo. Fromm diz que o que faz paralisar a capacidade de pensar criticamente é a destruição de qualquer tipo de imagem estruturada do mundo, e o rádio, cinema e jornais têm um efeito devastador a esse respeito, com notícias trágicas ou importantes imprudentemente seguidas ou interrompidas por um anúncio de sabonete e, assim, deixamos de nos relacionar genuinamente com o que ouvimos. Deixamos de ficar alvoroçados, nossas emoções e nosso juízo crítico se atrofiam, e nossa atitude fica prosaica e indiferente: “em nome da ‘liberdade’, a vida perde toda a sua estrutura; ela se compõe de muitas peças pequenas separadas umas das outras e desprovidas de qualquer ideia de conjunto”.¹⁴²

Robert Dahl entende que em uma democracia ideal deve existir uma participação efetiva, uma igualdade de votos, um eleitorado informado, controle social, inclusão e direitos fundamentais; e nas democracias representativas com agentes eleitos pelo povo, em eleições livres, limpas e periódicas, com **liberdade de expressão**, com **fontes de informação independentes** (sem qualquer monopólio do governo ou de qualquer outro grupo) e liberdade de associação.¹⁴³ Ou seja, não basta liberdade de expressão sem que haja fontes de informação plurais para a garantia de que o receptor das mensagens tenha condições legítimas de escolher seus representantes, deliberar e participar da vida política e das instituições e das decisões de interesse público.

A liberdade de expressão se apresenta em diversos tratados internacionais, entre os quais a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 da Organização das Nações Unidas (art. 19): “Todo o 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 ideias por quaisquer meios, independentemente de fronteiras.”; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 (art. 19) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de

¹⁴² FROMM, Erich. O medo à Liberdade, 14ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1983, p. 198-200.

¹⁴³ DAHL, Robert. La democracia. PostData 10, Diciembre-2004, p. 45 e 46.

1969, chamada de Pacto de San José da Costa Rica, no art. 13 que trata da liberdade de pensamento e expressão:¹⁴⁴

1. **Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão.** Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.
2. O exercício do direito previsto no inciso precedente **não** pode estar sujeito a **censura prévia**, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:
 - a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
 - b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.
3. **Não** se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios **indiretos**, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.
4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.
5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda **apologia ao ódio nacional, racial ou religioso** que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência. (Grifos nossos.)

Sobre a liberdade de expressão analisaremos um dos marcos teóricos do presente estudo, o jurista Owen M. Fiss.¹⁴⁵ Em sua obra “A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública”,¹⁴⁶ Fiss entende que a

¹⁴⁴ Os pactos de 1966 e 1969 foram ratificados pelo Brasil em 1992, razão pela qual são direitos constitucionalmente garantidos, conforme art. 5º, § 2º, da Constituição Federal.

¹⁴⁵ Do autor ver também FISS, Owen. Democracia y disenso. Una teoría de la libertad de expresión. Ad-hoc, 2010.

¹⁴⁶ FISS, Owen M. A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, 148 p. Fiss informa que segundo a teoria libertária, a Primeira Emenda é uma proteção da auto-expressão, faz um apelo para o *ethos* individualista que tanto domina nossa cultura popular e política, mas não consegue explicar por que os interesses daqueles que produzem o discurso deveriam ter prioridade sobre os interesses dos indivíduos objeto do discurso, ou dos indivíduos que devem escutar o discurso, quando esses se conflitam; e também não consegue explicar por que o direito de liberdade de expressão deveria ser estendido para várias instituições e organizações como CBS e Turner, que são rotineiramente protegidas pela Primeira Emenda, apesar de não representarem o interesse individual de auto-expressão. A Primeira Emenda, frequentemente tida como apoteose do liberalismo, não é vista pela Suprema Corte dos EUA como uma vedação absoluta à regulação estatal do discurso, e a fronteira em torno da autoridade estatal tem variado de tempos em tempos, com a ponderação entre liberdade de expressão *versus* os interesses promovidos pelo Estado para sustentar a regulação, podendo o Estado, por exemplo, regular as palavras de incitação à luta e suprimir o discurso que gere um perigo iminente e manifesto, mas não a defesa genérica de ideias. Até Harry Kalven Jr., o mais importante doutrinador da primeira Emenda do período moderno, mesmo sendo um liberal, argumentou que liberdade de expressão não

liberdade de expressão está entre os nossos mais estimados direitos e nós estamos sendo convidados e intimados a reexaminar a natureza do Estado moderno e verificar se ele possui algum papel na preservação das nossas liberdades mais básicas. Se no passado a visão era de que o Estado era inimigo natural da liberdade e procurava silenciar o orador individual, e que era o Estado que deveria ser controlado, hoje verifica-se que “o Estado pode ser um opressor, mas ele pode ser também uma fonte de liberdade” e “a tradicional presunção contra o Estado é enganosa e como o Estado poderia se tornar o amigo, ao invés do inimigo, da liberdade”. Uma das premissas é o impacto que a concentração de poder privado tem sobre a nossa liberdade, e o Estado algumas vezes é necessário apenas para contrapor essas forças, visão predicada em uma teoria da própria Primeira Emenda¹⁴⁷ da Constituição dos Estados Unidos da América que enfatiza valores sociais ao invés de valores individualistas. O Estado pode ser chamado a promover a liberdade pública, e a Primeira Emenda, apesar da visão de alguns, não é proteção ao interesse individual de auto-expressão, mas uma proteção da soberania popular. A intenção da lei é ampliar os termos da discussão pública para que o cidadão comum tome conhecimento das questões e dos argumentos de todos os lados, para que então persigam seus objetivos com liberdade e plenitude, sendo distintas a teoria democrática da teoria libertária de liberdade de expressão.

Para Fiss “uma política verdadeiramente democrática não será alcançada até que condições de igualdade tenham sido inteiramente satisfeitas”, sem necessariamente priorizar/favorecer a igualdade. Se na supressão do Partido Comunista para “salvar os EUA do stalinismo” os liberais responderam que o remédio era mais discurso e não regulação estatal, no caso de pornografia, incitação ao ódio e regulação das campanhas, a ameaça à liberdade é mais direta e imediata,

é uma liberdade civil de luxo e que deveriam ser honrados os contravalores. O liberalismo do século XIX reivindicou a liberdade individual e um governo limitado, mas hoje acolhe o valor da igualdade e reconhece o papel do Estado nesse sentido. Na década de 1970 para frente enquanto que a Suprema Corte e a Presidência se moveram para a direita, o Congresso se voltou para a igualdade, mesmo nos governos Reagan e Bush. Hoje as políticas de bem-estar social do Estado da década de 1960 passam longe e somos mais tolerantes com as desigualdades econômicas, mas há algumas políticas de bem-estar acolhidas pelo liberalismo contemporâneo. As questões da incitação ao ódio, pornografia e financiamento de campanhas eleitorais (prevenir corrupção e fortalecer poder dos pobres) dominam a discussão sobre liberdade de expressão, e vários liberais escolhem os contravalores ameaçados ao invés da liberdade de expressão.

¹⁴⁷ "O congresso não deverá fazer qualquer lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas".

e o remédio de mais discurso soa vazio, aqueles que supostamente responderiam não podem fazê-lo. O discurso de incitação ao ódio e pornografia tende a diminuir a autoestima das vítimas, e mesmo quando elas falam, falta autoridade às suas palavras, e gastos ilimitados na política perpetuam distribuição de riqueza, colocam os pobres em desvantagem e pode silenciá-los. Nesses casos a agência que ameaça o discurso não é o próprio Estado. A sociedade é mais do que um encontro em praça pública e o Estado mais que um mediador. A Corte deve se perguntar se a regulação melhorará a qualidade do debate. Segundo o autor “não devemos nunca nos esquecer do potencial opressivo do Estado”, mas ao mesmo tempo “devemos contemplar a possibilidade de que o Estado usará seus consideráveis poderes para promover objetivos que se situam no coração de uma sociedade democrática” a “igualdade e talvez a própria liberdade de expressão.”¹⁴⁸

¹⁴⁸ FISS, Owen M. A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 60. Fiss informa que além da forma regulatória, o Estado tem outra esfera de atuação, que cresceu em importância ao longo do século XX, que é o Estado alocador, quando concede licenças, constrói apartamentos, contrata pessoas, compra livros, financia e coordena universidades e provê dinheiro para as artes, e muitas dessas atividades tem conexão com a liberdade de expressão, seja porque subsídios são destinados a agentes discursivos (*speakers*), seja porque a obtenção de benefícios está ligada a certas questões afetas ao discurso. A maior parte dos estudiosos da Primeira Emenda se concentram na função regulatória do Estado e a Constituição como um escudo em volta do manifestante de rua realizando seu discurso, o protegendo do policial, sendo a Primeira Emenda uma arma do liberalismo clássico. E os liberais clássicos não aceitam que o Estado financie agentes discursivos em hipótese alguma, visão com apelo superficial para “atividades supérfluas” como os fundos públicos para artes e radiodifusão, mas insustentável para bibliotecas e educação públicas, que ficariam a mercê das vicissitudes do mercado ou dos caprichos dos detentores da riqueza. O Estado alocador (no discurso) deveria estar sujeito ao mesmo controle rígido do Estado regulador? Sim, para Fiss. Estado não teria obrigação de providenciar um megafone para todos, mas ao decidir fazê-lo, não pode promover apenas um lado (conservadores, por exemplo). Suprema Corte não, libertou todas as locações estatais, de forma opcional e discricionária (liberalismo clássico). As ideologias do capitalismo ortodoxo (intervenção mínimo do Estado na economia) e o liberalismo clássico (Estado inimigo da liberdade e limitação da intervenção estatal na vida das pessoas) há muito têm produzido uma poderosa e cativante atração na alma estadunidense, e reveste a autonomia econômica e jurídica da imprensa como uma mística. Mas nos anos 1960 advogados começaram a imaginar em voz alta que a democracia exige algo mais, no sentido de que o Estado poderia ter um papel na promoção da missão democrática na imprensa. Para contrapor os efeitos do mercado e libertar a imprensa dessas limitações, vários teóricos voltaram-se para o Estado. Alguns que defendem um papel mais amplo do Estado falam em poder de monopólio, pois há um número de cidades nos EUA “chocantemente” alto sem jornais ou com apenas um jornal; e há posição privilegiada das três maiores redes de televisão na captura de atenção dos usuários (como mostra BAGDIKIAN, Ben H. *The media monopoly*, third edition. Boston: Beacon Press, p. 21.). Fiss diz que na tendência de o Estado alocador ser trazido para o mesmo regime do Estado regulador, a liberdade de imprensa será reduzida a liberdade de iniciativa, e o destino da nossa democracia será colocado inteiramente nas mãos do mercado. Informa, por fim, que a Suprema Corte se afastou da teoria democrática da Primeira Emenda com movimento para a teoria libertária, com hostilidade com relação ao Estado e recusa em reconhecer o papel do Estado na promoção da liberdade de expressão.

Em outra importante obra, “Libertad de expresión y estrutura social”,¹⁴⁹ Fiss informa que nos Estados Unidos da América, durante os anos setenta e oitenta, ocorreram esforços para regular a imprensa, não para restringir sua cobertura, mas para aumentar a diversidade dos pontos de vista que se ofereciam e a sua disponibilidade pública. Os ativistas políticos reclamaram um direito de acesso aos meios de comunicação, quase todos de propriedade privada, e insistiram que o Estado regulasse as transmissões para permitir a apresentação de pontos de vistas opostos. A Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América determina, entre outras questões, que "O congresso não deverá fazer qualquer lei (...) restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa". Fiss informa que os liberais consideram a 1ª Emenda como uma couraça ao redor do cidadão individual, que a protege da interferência do Estado, mas essa expressão da liberdade de expressão se volta cada vez mais insustentável quando o Estado atua de uma maneira mais distributiva do que regulativa. Os programas de alocação de recursos contemplam uma interação contínua entre o Estado e o cidadão, e alguns liberais insistem que o Estado deve se retirar completamente deste âmbito e deixar de subsidiar a expressão de opiniões. Alerta que nos anos oitenta é um dos poucos períodos em que os EUA se perguntaram em voz alta se capitalismo e democracia eram compatíveis, e nas decisões da década de 70 nos EUA sobre liberdade de expressão o capitalismo quase sempre ganhou, e há exemplos de Jurisprudência sobre tentativa de regulação da mídia na questão do conteúdo (contraditório de ideias). A Corte decidiu que uma lei que concedia o ingresso aos meios de comunicação escritos a quem desejava apresentar diferentes pontos de vista era inválida. Essas decisões empobreceram o debate político e puseram em perigo uma das pré-condicionantes essenciais para uma democracia efetiva. Inicialmente Fiss entendia que era um conflito entre a igualdade e a liberdade. Não se queria conferir poderes aos pobres ou menos avantajados se isso significasse sacrificar a liberdade de outra pessoa. Mas na verdade era um conflito entre liberdade e liberdade, uma batalha dentro da Primeira Emenda. A Corte não estava substituindo a liberdade

¹⁴⁹ FISS, Owen. Libertad de expresión y estrutura social. México, D.F.: Distribuciones Fontamara, 1997, 204 p.

empresarial (ou a propriedade) pela liberdade política. “O dinheiro constitui uma expressão de opinião, tanto como o é formar parte de um piquete em greve”.¹⁵⁰

Fiss conclui que em outro mundo, as coisas podem ser diferentes, mas neste, necessitamos do Estado. Nos recorremos do Estado porque é a mais pública das nossas instituições e porque é a única que tem o poder que necessitamos para resistir das pressões do mercado e, assim, ampliar e dar vigor a nossa democracia.¹⁵¹

¹⁵⁰ FISS, Owen. *Libertad de expresión y estructura social*. México, D.F.: Distribuciones Fontamara, 1997, 204 p, p. 10, 11 e 19-21. Para Fiss a liberdade de expressão deve proteger o orador de uma esquina de uma rua de uma grande cidade, que sobe em uma caixa e começa a criticar as medidas políticas do governo e é detido por quebrar a paz. A Primeira Emenda é uma couraça para proteger o orador individual da possibilidade de ser silenciado pelo Estado. A polícia não pode calar o orador apenas porque não gosta do que ele diz, mas apenas se ele estiver incitando um crime. A regulação não pode barrar o conteúdo da opinião, e nem favorecer uma ideia em prejuízo da outra. O propósito da liberdade de expressão não é a auto-realização individual mas a preservação da democracia e do direito de um povo, uma auto-determinação coletiva: “a expressão de opiniões permite às pessoas votar inteligente e livremente, conhecendo todas as opções e possuindo toda a informação relevante”. Mas e sobre a CBS a autonomia pode ser insuficiente para assegurar um debate público rico, pode ser inclusive destruidora desse objetivo. Será que a autonomia aos indivíduos pode ser estendida às instituições? A CBS, um banco e o Partido Nazista tem essa liberdade de expressão? Em uma sociedade capitalista a proteção da autonomia produzirá, em geral, um debate público que é dominado por quem é economicamente poderoso. O mercado, ainda que opere de modo suave e eficiente, não assegura que todas as opiniões relevantes serão ouvidas, mas somente aquelas que são defendidas pelos ricos, por quem pode pedir empréstimos de outros ou por quem tem um produto que atrairá anunciantes ou subscritores para manter a empresa. A CBS é um monopólio e compete com algumas outras redes de emissoras e meios de comunicação menos poderosos para atrair a atenção do público. Deveríamos aprender a ver no Estado não somente um inimigo, mas também um amigo da liberdade de expressão; como qualquer ator social tem condições em atuar em ambas as direções. Há Jurisprudência estadunidense que permite que o Estado preserve a oportunidade de falar de um indivíduo diante de uma multidão em um comício. Não se abandona a ideia de autonomia do orador, mas explica que a intervenção do Estado é necessária para fazer que a autonomia do orador seja real e efetiva. Além disso a intervenção excepcional se baseia no desejo de enriquecer o debate público. FISS, Owen. *Libertad de expresión y estructura social*. México, D.F.: Distribuciones Fontamara, 1997, 204 p, p. 21-14 e 27-33.

¹⁵¹ Fiss entende que a liberdade de expressão deve ser vista também com regulação dos gastos e contribuições eleitorais e estabelecimento de ingresso em centros comerciais de propriedade privada para atividades políticas. A liberdade de expressão é uma liberdade preferente e opera mais como uma justificação do que como limite à atuação do Estado. A doutrina da equidade busca obrigar o debate público obrigando as emissoras a cobrir os acontecimentos públicos e apresentar todos os aspectos de uma questão, mas simultaneamente restringe o debate impedindo aos meios de comunicação dizer o que de outra maneira poderiam dizer (em resposta às pressões do mercado ou para apoiar as opiniões políticas de seus administradores ou patrocinadores financeiros, etc.). A esperança é que se enriquecerá o debate público, mas se teme que poderia funcionar na direção oposta. Fiss parece ser contrário a essa doutrina da equidade, assim como contrário à limitação dos gastos dos ricos e das empresas nas campanhas eleitorais. Quando se trata de subsídios, a Corte permite ao Estado atuar, mas quando enfrenta medidas regulamentadoras, tais como limites a gastos políticos, a Corte vê como uma ameaça à autonomia como definida pela tradição e pelos princípios do liberalismo clássico, com hostilidade ao Estado ativista e à doutrina da equidade, o que Fiss lamenta. Para ele a tradição pressupõe um mundo que não existe mais, o mundo do banquinho na esquina. As vezes é necessário restringir a liberdade de expressão de alguns elementos da nossa sociedade com o objetivo de realçar a voz relativa de outros, e a menos que a Corte permita ou exija que o Estado assim haja, nós como povo nunca seremos verdadeiramente livres. Fiss defende começar com o direito da intervenção do Estado em questões econômicas e usar essa experiência

A liberdade defendida pela maioria dos autores estudados parece estar além da liberdade formal, jurídica, liberal e individual, de liberdade como possibilidade de se fazer tudo o que não estiver proibido pela lei. A liberdade cada vez mais vem sendo entendida como uma liberdade substantiva, relacionada a uma comunidade, a uma vontade geral, que não pode existir sem igualdade social e com privilégios de parte da sociedade.

Ao mesmo tempo em que a liberdade de expressão, que a partir das revoluções burguesas era apenas um direito de defesa que determina a abstenção do Estado, em uma democracia que garanta a liberdade substancial, passa a ser um direito prestacional, que também obriga que o próprio Estado fomente e regule as atividades comunicacionais, de forma democrática e participativa.

A liberdade de expressão não é apenas a de um cidadão se expressar individualmente ou das grandes corporações se manifestarem, mas também o direito à informação do público receptor, e para isso necessita de uma atuação positiva do Estado. É necessária uma discussão pública, dialógica, e não apenas que a expressão de grandes corporações privadas seja garantida de forma unilateral, monopolística/oligopolística e pouco plural.

histórica para entender porque o Estado pode ter um papel que julgar na promoção dos valores da liberdade de expressão. Apenas a teoria das falhas do mercado não é suficiente, pois mesmo se o mercado funcionar perfeitamente competitivo, com uma diversidade de programas, ainda poderá ser uma diversidade de uma turma que essencialmente vai em uma única direção. Primeiro: o mercado privilegia grupos seletos, com uma mídia receptiva a suas necessidades e desejos. Um grupo é o que tem capital para possuir uma grande empresa de comunicação, outro grupo que controla a publicidade de várias empresas, e outro grupo dos que são mais capazes e têm mais probabilidade de responder entusiasticamente a publicidade, um grupo grande mas não coextensivo com o eleitorado: “ser um consumidor, inclusive um soberano, não é ser um cidadão“. Segundo: o mercado introduz nas decisões editoriais e de programação fatores que podem estar relacionados com a rentabilidade e eficiência, mas que têm pouco a ver com as necessidades democráticas do eleitorado. Determinados programas são rentáveis e constituem um uso eficiente de recursos, mas não há uma relação necessária entre criar um benefício e oferecer aos eleitores a informação que necessitam para fazer uma eleição livre e inteligente sobre os programas de governo, a estrutura de governo ou a natureza da sociedade: “este ponto foi bem compreendido quando liberamos nossos sistemas educativos e nossas universidades do controle do mercado e vale com igual força para os meios de comunicação“. O mercado pode ser esplêndido para algumas coisas, mas não para outras, não para produzir o tipo de debate que renova constantemente a capacidade de um povo para se autodeterminar. O Estado tem que atuar como poder de contrapeso para compensar a distorção do debate público atribuído ao mercado e preservar as condições essenciais da democracia, sem suplantá-lo, corrigir o mercado: “O Estado deve introduzir na agenda os temas que são sistematicamente ignorados e subestimados, e permitir-nos ouvir as vozes e opiniões que de outra maneira seriam silenciadas ou apagadas“. A qualidade moral e personalidade das pessoas no governo não são diferentes dos que controlam os meios de comunicação privados, pois o Estado não tem monopólio sobre a virtude. FISS, Owen. Libertad de expresión y estructura social. México, D.F.: Distribuciones Fontamara, 1997, p. 34-37, 42-47, 53-55 e 63.

Liberdade de expressão, liberdade de imprensa, liberdade de comunicação, liberdade de informação, liberdade de manifestação de pensamento, direito de comunicação, direito de informar, direito de ser informado, direito à expressão e à comunicação, etc. Entendemos que o termo “liberdade de expressão” engloba todos os demais.

Por mais que alguns possam entender que liberdade de expressão (manifestação de ideias, opiniões e juízos de valor) é uma coisa e liberdade de comunicação (divulgação de fatos e notícias) é outro, na verdade a liberdade de expressão engloba a liberdade de comunicação.¹⁵²

A liberdade de expressão é um direito constitucionalmente assegurado a partir das revoluções liberais burguesas do século XVIII e tradicionalmente é classificada como um direito de defesa, que determina uma abstenção do Estado. Mas esse mesmo direito não é apenas defensivo com relação ao Estado, ainda mais após o século XX, quando a liberdade de expressão também passou a ser considerado um direito prestacional. Para uma sociedade mais plural, é essencial que a liberdade de expressão, ao mesmo tempo que limita o poder do Estado, também obriga que o próprio Estado fomente os serviços comunicacionais e regule essas atividades.

A liberdade de expressão não é apenas dos detentores dos meios de comunicação, uma vez que também deve ser assegurado o direito à informação do público receptor. Note-se que um monopólio não obrigatoriamente é de pensamento único, assim como a existência de uma quantidade grande de meios de comunicação não garante a pluralidade de ideias.¹⁵³

¹⁵² REZENDE, Renato Monteiro de. Direitos prestacionais da comunicação. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 70.

¹⁵³ Para Faraco a produção dos conteúdos a serem transmitidos tem um custo marginal que tende a zero, um movimento de concentração amplia possíveis fontes de receitas com o mesmo produto, ainda mais com a internacionalização das mídias. E há estudos clássicos que mostram que estruturas concentradas atenderiam melhor o interesse dos usuários, e a mera pluralidade de fontes e concorrência não se traduz, necessariamente, em pluralidade de conteúdo. Pelo contrário, pluralidade de fontes promoveria a uniformidade de conteúdo, enquanto estruturas concentradas poderiam melhor garantir uma pluralidade de oferta. Em 1952, estudo de Steiner tentou mostrar que se um tipo de programa dá muita audiência, mesmo existindo mais de uma emissora, elas mostrariam o mesmo tipo de programa, o que poderia levar ao entendimento que um monopólio não afetaria, necessariamente, o pluralismo. Para Faraco são apenas suposições. Já Beebe tentou mostrar que a concorrência entre estações distintas só levaria a uma audiência mais segmentada se houvesse uma pluralidade significativa, o que também é simplista e abstrato para Faraco. Um dos principais críticos contemporâneos à necessidade de regulação da mídia constrói seus argumentos a partir dessa

Caso haja um monopólio estatal em determinado meio de comunicação, mas que garanta amplo controle social na gestão da entidade, com pluralidade na representação da sociedade civil, mercado e governo, é possível uma mídia democrática. Assim como a existência de um amplo rol de meios de comunicação, mas com todos eles retratando apenas a posição de uma determinada camada da sociedade, não será uma realidade democrática. Ainda mais importante do que uma quantidade de falas, é a quantidade de ideias que farão com que a decisão política seja ainda mais democrática. Não há notícia imparcial e muito menos neutra. Toda notícia expõe uma ideia, uma opinião, um juízo de valor. Por mais que o jornalista ou mesmo o meio de comunicação possa tentar praticar essa imparcialidade, ela não é possível.

complexidade entre concentração e pluralismo que os trabalhos de Steiner e Beebe enfatizam. Admitir que alguns dos fatores destacados nos modelos de Steiner e Beebe podem ser encontrados na radiodifusão não conduziria a uma defesa suficiente da concentração, pois eles focam apenas na diversidade de programas ofertados, num pluralismo de conteúdo que leva apenas ao formato do programa, mas sem nenhuma preocupação com as pluralidades de pontos de vista gerados a partir desses programas. O controlador de uma rede pode fazer com que o conteúdo de vários programas que oferece evite questões polêmicas ou reproduza uma determinada visão de mundo uniforme. Por mais que defenda restringir o aproveitamento da economia de escala e eficiências econômicas em vista da garantia do processo político, Faraco entende que deve existir uma escala mínima, sob pena de ser muito limitado o papel dos meios de comunicação social, e os limites não podem ser pensados em abstrato e sob a ilusão de que uma dispersão absoluta da propriedade dos meios de comunicação seria o cenário que melhor beneficiaria a democracia. Para ele é preciso reconhecer que algum nível de concentração é importante, pois limitaria a programação, limitaria o controle da ação governamental e comprometeria a independência financeira das empresas, que se voltariam às verbas governamentais (como publicidade) de forma significativa, o que concentra o poder do governante e esvazia o espaço público: “num ponto extremo, portanto, a desconcentração da mídia produziria mais (e não menos) concentração do poder”. Dificilmente um meio de comunicação pequeno teria condição de fazer um noticiário nacional. Por isso algum nível de concentração de propriedade pode ser necessário para aproveitar a economia de escala, mas quando excessivamente concentrada a propriedade limitará significativamente os pontos de vista de destaque. No Brasil as verbas de publicidade governamental representam uma parcela significativa do montante total dispendido em publicidade no país, o que pode limitar a independência de determinados meios de comunicação excessivamente dependentes desses recursos, em especial nas rádios. Em 2002 13,1% das receitas das rádios eram da Administração Pública federal direta e indireta, e TVs 6,8%. Jornalismo investigativo e programas mais elaborados exigem investimentos e são as mídias nacionais mais atuantes nesse sentido e a proibição de estruturas empresariais aptas a viabilizá-los impedirá a ação, mesmo daqueles dispostos a promovê-los. Numa segmentação total, grande parte da população teria apenas jornalismo local e variações infundáveis de programas de auditório. Katz defende que um monopólio público seria importante para a formação de uma identidade nacional, mas parece que há pouca evidência empírica. Mesmo com independência ao governo, ainda as redes estatais são dependentes dos recursos orçamentários. Nem monopólio público, nem apenas mídia comercial (independentes do governo mas dependentes de anúncios publicitários), o ideal é o que é feito na maioria dos países (EUA e Europa), uma combinação entre privadas comerciais e públicas e comunitárias, fixando algum nível de restrição à concentração das primeiras é a forma mais coerente de beneficiar aspectos positivos e controlar os negativos de cada modelo, concordando com o sistema misto defendido por Baker. Acertada a posição, mas pode haver divergência no nível de restrição às privadas e de incentivo às pequenas mídias, assim como o tamanho quantitativo das estatais e públicas. FARACO, Alexandre Ditzel. Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação: rádio, televisão e internet. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

A escolha da manchete de um jornal, dos destaques de notícias no início do telejornal, dos especialistas que vão expor posições divergentes, do tempo que será dado à cobrança de governos municipais, estaduais e federais, da citação ou não de determinados nomes, da foto de uma matéria ou da expressão do apresentador depois de uma notícia. Não são escolhas neutras, não são escolhas imparciais, sempre será levado em conta, mesmo que inconscientemente, a posição política, a formação cultural, a ideologia e os gostos pessoais da pessoa que fará a escolha. Seja ela o jornalista, blogueiros,¹⁵⁴ o diretor da revista, o dono da TV ou o patrocinador do meio de comunicação.¹⁵⁵

Por isso, não há diferença entre a notícia aparentemente imparcial do Jornal Nacional da Rede Globo sobre problemas em um hospital no Rio de Janeiro ou uma coluna de um blogueiros no Acre criticando as posições políticas ou a gestão de um prefeito que é seu desafeto. Os dois estão se utilizando da liberdade de expressão, por mais que no caso do Jornal Nacional pareça que está apenas divulgando um fato ou uma notícia, sem a manifestação de uma ideia, de uma opinião ou de um juízo de valor.

De qualquer forma, essa liberdade de expressão não quer dizer apenas a liberdade que o cidadão tem de se expressar perante o Estado, inclusive contra o Estado, com um simples dever de abstenção do Estado. Essa ideia é incompleta e ultrapassada desde pelo menos o início do século XX. A liberdade de expressão também se garante por meio de uma atuação positiva do Estado, inclusive em países com constituições mais liberais na área econômica como a estadunidense.

Cass R. Sustein é claro ao defender, nos termos da Primeira Emenda e de posições da Suprema Corte dos Estados Unidos, que o Estado faça a defesa a integridade de uma pessoa que faça um discurso para um público hostil, com um controle da multidão: “O direito de se expressar, portanto, inclui o direito positivo de contar com a salvaguarda governamental contra uma multidão de particulares que lhe seja hostil”.¹⁵⁶

¹⁵⁴ Sobre os blogueiros ver BIANCHI, Felipe; BORGES, Altamiro. *Blogueir@s, uni-vos!: (mas nem tanto...)*. São Paulo: Centro de Estudos da Mídia Alternativa Barão de Itararé, 2014.

¹⁵⁵ Umberto Eco já dizia que “os jornais ensinam como se deve pensar”. ECO, Umberto. *Número Zero*. Rio de Janeiro: Record, 2015, p. 95.

¹⁵⁶ SUNSTEIN, Cass R. *A Constituição parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 272 e 273.

Outra questão interessante é com relação ao termo “Comunicação Social”, que é o capítulo V da Constituição brasileira (arts. 220 a 224). Alguns podem entender que uma palestra, uma aula, uma peça teatral, um culto religioso seja o exercício da liberdade de expressão, mas que comunicação social seria essa liberdade sendo realizada pelos meios de comunicação (TV, rádio, jornais e revistas), de forma pública e unilateral, com a utilização de meios técnicos de difusão, influenciando uma quantidade maior de pessoas. Ora, atualmente, com a existência da internet, essa diferenciação não faz mais sentido. Portais, redes sociais, sites, blogs, muitas vezes sem a demanda de meios complexos de utilização pelo usuário, podem levar ideias a uma gama ainda maior do que leitores da imprensa escrita ou até de determinadas redes de TV e rádio. E com possibilidade de não ser mais algo unilateral, mas dialógico. E a própria TV e rádio estão cada vez menos unilaterais, com a possibilidade de participação dos espectadores na programação. Por isso, quem pratica a liberdade de expressão na internet, seja postando uma aula no Youtube, um comentário no Facebook ou uma notícia no blog, também está se utilizando de um meio de comunicação social.

Seguindo a definição de Robert Alexy, os direitos comunicacionais podem ser **direitos de defesa** (feição negativa, uma exigência de abstenção) e **direitos a prestações positivas**.¹⁵⁷ Os liberais clássicos e os neoliberais são contrários a qualquer tipo de prestação estatal positiva na área de comunicação, defendendo apenas os direitos de defesa contra possíveis desmandos estatais. O que nos parece bastante antigo e ultrapassado. Os juristas e demais estudiosos do tema entendem que para garantir a democracia substancial, a pluralidade e o fim dos monopólios e oligopólios da mídia, é não apenas necessária mas obrigatório que o estado atue positivamente, de forma democrática e republicana.

Já a concentração de propriedade dos meios de comunicação pode assumir a forma horizontal, a vertical e a cruzada. Será **horizontal** quando uma empresa, ou um proprietário de várias empresas, dominar o mercado de determinada mídia em certo local. Será **vertical** quando alguém tem o controle das diversas etapas de uma

¹⁵⁷ Alexy entende existir um conceito de organização em sentido estrito que diz respeito às exigências que os direitos fundamentais impõem a áreas jurídicas como o direito do ensino superior, o direito da radiodifusão e o direito de co-gestão, que regulam a ação conjunta de diversas pessoas na persecução de determinadas finalidades. Se dividem em direitos de organização em face do legislador e dos direitos dos indivíduos em face das organizações. ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 194-248 e 490-498.

cadeia produtiva. Será **cruzada** quando uma pessoa controle diferentes tipos de mídia.¹⁵⁸ As Organizações Globo praticam os três tipos de concentração. Pratica a horizontal quando a TV Globo do Rio de Janeiro domina um percentual alto da audiência no estado ou na cidade; a vertical quando produz e veicula um programa; a cruzada quando atua via TV, rádio, TV a cabo, jornal, revista e internet.¹⁵⁹

¹⁵⁸ REZENDE, Renato Monteiro de. Direitos prestacionais da comunicação. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 164-165.

¹⁵⁹ Faraco entende que a dispersão e o controle do poder dos meios de comunicação e a promoção do pluralismo de ideias e visões de mundo do que é difundido podem ser almeçados por normas em duas categorias: (a) **estrutura: restrições** ou **incentivos** a determinadas formas de organização dessas atividades (no âmbito das empresas ou ambiente econômico), como por exemplo no limite da concentração da propriedade. (b) **conteúdo**: regras de conduta com relação ao conteúdo, por exemplo no número de horas de programação educativa ou imparcialidade nas eleições. **Restrições** de estrutura: Regras **estruturais**: limites de estações ou empresas de mídia que uma mesma entidade pode controlar. Limites podem ser de forma **horizontal**, **vertical** ou **cruzada** (atividades que afetam), em âmbitos nacional, regional e locais (abrangência geográfica) ou baseadas em número de licenças/estações de cada entidade ou sua audiência (potencial ou atual). a) **Horizontais**: abrangem um mesmo tipo de atividade (número de estações controladas por mesma pessoa). Pode ser local (área servida pela estação), regional (região de um país) ou nacional (propriedade de várias estações em um país). Ex: proibição de uma mesma pessoa controlar mais de uma estação de TV no mesmo local, ou determinado número no país como um todo. Limites quantitativos podem ser *numéricos* (estações), com base na *audiência* (efetiva, como é tendência na Europa como no Reino Unido e Alemanha, ou potencial, nos EUA), ou com base nas *receitas* de publicidade (como na Itália, com a Lei 223/1990, criticada por difícil aplicação prática por ser difícil mensurar essas receitas). Limites horizontais em termos nacionais/regionais é mais coerente quando baseado na audiência, pois é o que melhor avalia o poder que de fato a mídia detém, mas a implantação desse parâmetro oferece uma maior complexidade, pois exige uma sistemática mensuração dos índices de audiência, que não são estáticos. b) **Cruzada**: os limites cruzados consideram o controle concomitante de meios diferentes, seja no âmbito da própria radiodifusão, seja no âmbito de outros meios como TV e jornais, TV aberta e à cabo. A *Radio/TV Cross-Ownership Rule* formulada pela FCC vedava a propriedade cruzada entre estações de rádio e televisão na mesma área de atuação, assim como a combinação entre radiodifusão com jornais impressos diários pela *Newspaper/Broadcast Cross-Ownership Rule*. No Reino Unido, o *Broadcasting Act* de 1990 (alterado em 1996), no âmbito nacional, proíbe a propriedade de emissoras de TV, ainda que locais, quando a mesma pessoa controlasse outra mídia com forte presença nacional: proprietário que detenha mais de 20% do mercado não pode ser proprietário de uma televisão, mantida no *Communications Act* de 2003. Em 1996 a Comissão Europeia, visando garantir o pluralismo na mídia, apresentou proposta de Diretiva que não foi implementada, na qual se adotaria como parâmetro de limite à propriedade um percentual de 30% no âmbito de cada mídia (horizontal) e de 10% para todos os meios combinados (TV, rádio e jornal). Para Faraco o melhor é procurar, a partir de regras mais simples e diretas, restringir a possibilidade de um poder significativo concomitante em meios diversos, regras que não precisem ser derivadas de complexa construção de índices que pouco refletem a realidade e que são arbitrárias (índices multimídia, FCC, inspiração antitruste) e nem do outro lado concentrações cruzadas que também são arbitrárias. Não tem sentido proibir que o proprietário de um jornal diário secundário em determinado local, com circulação inexpressiva frente ao principal jornal local, não possa explorar uma TV em mercado onde várias outras já estão em funcionamento. Na França a Lei 94-88 de 1994 fixou em 49% a participação que cada indivíduo/entidade poderia ter no capital votante de uma sociedade licenciada para operar serviço de televisão em nível nacional, fazendo com que o poder seja disperso, impedindo um único sócio controlar as principais decisões. c) **Verticais**: relação entre quem produz e quem transmite/distribui, buscando algum grau de desconcentração entre essas duas atividades, com regras que vedem/limitem a participação de radiodifusores em empresas produtoras de conteúdo ou exijam que parte do conteúdo seja adquirido de produtoras independentes. Há políticas que procuram estimular o desenvolvimento de produção de conteúdo em âmbito nacional ou dentro de determinada região do país, como no Reino Unido, que visa o desenvolvimento de programas fora da área de Londres (segundo seções 286 a 288 cabe à Ofcom definir percentuais de

Analisando a história dos meios de comunicação e sua democratização, a imprensa surgiu durante a Idade Moderna (1453-1789), em uma época de disseminação de outras religiões cristãs, além da Católica, e o processo de diferenciação entre o sistema religioso e outros subsistemas, como o político, econômico, científico e artístico.¹⁶⁰ Jürgen Habermas informa que nesse período a troca de informação se desenvolve na trilha da troca de mercadorias, e que a partir do século XIV a troca antiga de cartas comerciais foi transformada em um sistema corporativo de correspondência, com a organização por associações comerciais dos primeiros correios partindo em determinados dias. Para o autor o surgimento dos correios e da imprensa, mais ou menos na mesma época das bolsas, “institucionalizam contatos permanentes de comunicação”.¹⁶¹

Os Estados absolutistas, com o intuito de controlar o fluxo de informações para concentrar poder, começam a restringir a comunicação pública, com a exigência de autorizações para a criação de jornais, a censura prévia e a incidência de pesados tributos sobre os bens usados para a impressão. Com as revoluções burguesas e a implementação do liberalismo, a tendência foi também a existência de liberdade de expressão, com, inicialmente, uma imprensa de opinião, para depois, como é algo natural no capitalismo-liberal, o início da existência de concentração de mercado, com oligopólios e monopólios, e um sistema de censura privado. O que gerou a necessidade da existência de uma regulação dos meios de comunicação. Passou-se a não se preocupar apenas em garantir voz para a pessoa que distribui um panfleto ou sobe em um banquinho na esquina, mas também garantir que a população não veja, escute ou leia apenas os grandes meios de comunicação de TV, rádio, jornais e revistas, com a distribuição de megafones. Renato Monteiro de

regionalização). A cabeça-de-rede costuma ter um poder nacional maior do que o decorrente da simples propriedade de suas estações, por ter o poder de determinar a maior parte da programação de suas afiliadas independentes, que ou não têm interesse ou contratualmente estão impedidas de recusar a transmissão de um conteúdo gerada por aquela. Justificada a fixação de limites ao volume de programação originada em rede que cada emissora pode transmitir, o que diluirá em parte o poder de quem controla a rede (nesse caso difícil diferenciar se é regra relacionada a estrutura ou conteúdo, mas parece ser mais de estrutura, pois trata de forma de organizar a empresa e não impõem exigências específicas quanto à matéria ou conteúdo). FARACO, Alexandre Ditzel. Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação: rádio, televisão e internet. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

¹⁶⁰ REZENDE, Renato Monteiro de. Direitos prestacionais da comunicação. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 45. Ver ainda GONTIJO, Silvana. O livro de outro da comunicação. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004; e PARRY, Roger. A ascensão da mídia: a história dos meios de comunicação de Gilgamesh ao Google. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

¹⁶¹ HABERMAS, Jürgen. Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003, p. 29.

Rezende diz que “os grupos privados que detêm o controle dos meios de comunicação podem restringir a liberdade de expressão tanto ou mais do que o próprio Estado, simplesmente impedindo que determinadas notícias e ideias sejam publicadas”.¹⁶² As rádios surgiram nos anos 1920 e as TVs nos anos 1930, na maioria dos países europeus por meio de monopólio estatal.

Os meios de comunicação que dominam as TVs, rádios, jornais, revistas e até sites, blogs e portais na internet, afirmam que não há monopólio ou oligopólio na mídia pelo número grande de meios de comunicação. Isso não é verdade, por exemplo, na TV aberta. Mas mesmo se fosse uma informação verdadeira, a simples quantidade de meios de comunicação não garante uma pluralidade e uma democratização da mídia. Renato Monteiro de Rezende alerta que não há liberdade de expressão mesmo quando há uma pluralidade de meios de comunicação, quando a linha editorial desses meios é “coincidente ou semelhante”.¹⁶³ E é o que ocorre no Brasil, por exemplo, com a ideologia semelhante das TVs Globo, Record, SBT e Band, líderes de audiência na TV aberta, ou mesmo as revistas semanais de notícias mais vendidas ou distribuídas Veja, Época e Istoé, ou os jornais Folha de S. Paulo, O Estado de S. Paulo, O Globo e o jornal paranaense Gazeta do Povo.

Alguns serviços de comunicação são considerados serviços públicos, como por exemplo, no Brasil, a Televisão e o rádio. Transformada determinada atividade em serviço público, essa deve ser prestada atendendo aos princípios do serviço público, em regime de direito público, como universalidade, continuidade, gratuidade ou modicidade de tarifas, de forma democrática, com transparência, com participação popular, etc.

Entretanto, em regimes autoritários ou não republicanos esses meios de comunicação acabam sendo utilizados para propaganda dos governos de plantão, com distribuição de concessões e permissões para parentes e amigos dos poderosos, e defesa de interesses privados nem sempre legítimos, dos patrocinadores desses meios de comunicação, como bancos, empresas transnacionais e até de governos estrangeiros.

¹⁶² REZENDE, Renato Monteiro de. Direitos prestacionais da comunicação. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 46 e 54.

¹⁶³ REZENDE, Renato Monteiro de. Direitos prestacionais da comunicação. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 54.

O Estado deve intervir nos serviços de radiodifusão, sempre de forma democrática, assim como intervém em várias outras atividades. Isso é uma das características do Estado Social e Democrático de Direito. Se os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário são controlados, se o Ministério Público é fiscalizado, se os Tribunais de Contas são regulados, entre esses Poderes e pelo povo, nada mais natural do que os meios de comunicação, que praticamente é um Poder com a mesma força dos demais, se não com força maior, seja controlado, regulado, fiscalizado.

Nos dias atuais, assim como a imprensa escrita e as rádios já tiveram, a TV e os meios de comunicação na internet são muito fortes e praticamente decidem o que a população saberá ou deixará de saber, o que a sociedade vai consumir, cobrar de suas autoridades, etc. Se o Poder é tão grande, nada mais natural que ele seja regulado, para o bem da Democracia. Se um monopólio estatal, em alguns momentos, pode ser questionado, o monopólio ou o oligopólio privados é algo que não pode se relevado por uma sociedade. Se esses meios têm uma relevância social, cultural e política tão grande, qualquer domínio que alguém tiver nessa área deve ser limitado.

Além disso, são altos os custos para a implementação de rádios, TVs, e até de meios impressos ou virtuais. É essencial, assim, que o Estado fomente que pequenos meios de comunicação surjam e se mantenham. Uma democracia não se faz com apenas um, dois, três ou quatro grandes conglomerados de meios de comunicação. É essencial que centenas, milhares de TVs, rádios, jornais, revistas e portais na internet existam, com visitação semelhante, para que além da pluralidade, a diversidade de posições e opiniões seja garantida.

Deve-se levar em consideração, também, que se há uma limitação no número de meios de comunicação existente em determinada área, como por exemplo, na TV aberta brasileira, o Estado deverá regular para que sejam distribuídas as concessões/permisões da forma mais democrática e plural possível.

O poder que a Disney, o Google ou a Globo têm de informar e até de instruir a maioria da população é maior do que o de qualquer escola ou universidade no mundo.¹⁶⁴

Outra função essencial da mídia é o controle do Estado. Em um estado Democrático de Direito, não basta que os Poderes públicos constituídos se controlem. É essencial que a população, com a ajuda de uma imprensa plural e heterogênea, realize esse controle popular sobre o Estado e a Administração Pública.

Em determinados países a ingerência estatal foi mitigada com o atingimento de determinada autonomia dos meios de comunicação, como por exemplo no caso da BBC – *British Broadcasting Corporation* de Londres.¹⁶⁵ Em outras nações há uma

¹⁶⁴ Cláudio de Moura Castro diz que “Walt Disney foi o maior educador do mundo de todos os tempos”. CASTRO, Cláudio de Moura. A Prática da Sala de Aula. Curso ministrado na Universidade Positivo entre 07 e 11.02.2011.

¹⁶⁵ Sobre a radiodifusão pública, Faraco diz que não há porque confiar excessivamente num modelo exclusivo de radiodifusão pública: influência do governo, mesmo se limitada, interesses da burocracia, investimentos ineficientes em programas de pouco interesse, o que pode limitar a diversidade. Há na Europa (com audiência) e EUA. Ele é contra distribuir entre partidos de governo e oposição (Alemanha) e contra nomeações pela sociedade ou eleição direta, ou pela burocracia concursada, pois agravaria a politização e prevaleceria a agenda da burocracia. Não há solução ideal. Dispersar poder de escolha e distribuir em colegiados. Escolha do chefe do governo com aprovação do legislativo, para alguns cargos uma lista da burocracia, parte por instituições não ligadas ao governo. Não concentrar escolhas em um único momento político, com mandatos não coincidentes. Faraco diz que na TV Cultura há representantes do governo, do Ministério Público e empregados, que nas emissoras só podem associações e não sociedades e fala em “qualquer atividade econômica”. Mas sabe-se que a atividade é serviço público. Administração com diretor presidente, diretor de programação, diretor financeiro, órgão colegiado para programação, com pessoas experientes e sem vínculos políticos; o que é uma proposta questionável ao se “demonizar” a política partidária. Independência financeira: tributos para fundo específico. Brasil: Decreto 52.795/63, art. 7º: privado excepcional. Lei 4.117/62: preferência as de direito público interno. Entende que não há ilegalidade no fato de a maior parte das emissoras existentes ser comercial. Apenas se o uso do espectro pelos privados fosse tão extenso que limitasse novas emissoras públicas. Educativas: não propaganda (DL 236/67). Na prática pode apoio institucional, pois flexibilizado pelo art. 19 da Lei 9.637/98 (Organizações Sociais - OS), admite patrocínio, sendo vedada a veiculação remunerada de anúncios. Também afastada a vedação pela Lei Rouanet 8.313/91. Lei 8.977/95: TV a cabo obriga canais básicos. TV Cultura como pública e independente (conselho curador). Lei 9.612/98: rádios comunitárias, com potencial de democratização do acesso aos meios de comunicação. EBC: MP 398/2007. Pública, mas meramente estatal, conselho curador escolhido pelo presidente. Sem independência financeira. Sem discussão com a sociedade. Proposta para TV pública: criação de fundo para financiamento da infraestrutura das emissoras e da produção de conteúdos, para reduzir dependência a orçamentos públicos, sem adotar o modelo centralizador como da BBC, o fundo gerido em nível federal mas aplicado de forma descentralizada, sem criação de autarquia. Para programação de emissoras já existentes, com limitação de programação, como documentários regionais, programas infantis, jornalismo econômico, cultural e político. Com um banco de conteúdo aberto na internet. Emissoras com pouca capacidade de investimento teriam programação diversificada, com uso não comercial livre e citando a fonte, mas se para uso comercial, pago. Conselho curador com representantes dos Poderes, MP, entidades da sociedade civil, das profissões de comunicação social e das emissoras não comerciais. Representantes escolhidos pelo

regulação da mídia que assegura o pluralismo com a participação dos diferentes grupos sociais e políticos na programação, como na Alemanha.¹⁶⁶

E como a mídia coloniza a política? Thomas Meyer é professor de ciência política da Universidade de Dortmund e publicou em 2002 o livro *Media Democracy: how the media colonize politics*. Com Lew Hinchman, informam que há três dimensões da relação entre a mídia e a política estudadas por cientistas sociais e estudiosos da mídia: o papel decisivo desempenhado pela mídia e comunicação de massa no processo de formação da esfera pública, com a ressalva de que é um grande erro identificar o público diretamente atingido pela mídia com a opinião pública em geral, pois a opinião pública só vem a tona depois de passar por uma série de processos muito mais complexos de informação e interação discursiva entre os cidadãos; a mídia de massa não apenas reflete a realidade política, mas também cria uma “realidade” política feita sob medida para atender seus interesses, na seleção e na apresentação de suas matérias, com o objetivo de atingir o maior número de pessoas; e como essas construções de realidade tem influído na orientação política daqueles a quem elas são direcionadas, mas com dados confusos, contraditórios e imprecisos. O livro basicamente trata da emergência de um novo fenômeno político em nossos dias que é o da democracia midiática, o modo como a mídia de massa influencia o sistema político, a escolha e o tipo de políticas públicas: a repercussão da mídia na própria essência da política. Nessa democracia midiática os atores políticos não contam com a ampla variedade das

presidente e Congresso não maioria, nem ter poder de bloquear. Diretor escolhida pelo conselho, com ocupantes com experiência no setor, mandatos fixos e sem vínculos partidários. Seria pública, e estatais deveria ter legislação que restringisse o uso no interesse dos próprios governantes. Lei 4.117/62, art. 47: deveria ser melhor explicitada, com proibição de imagem e de voz dos ocupantes do governo de Executivo e Legislativo, com a divulgação das políticas sendo difundidas pelos próprios jornalistas, quando necessário alguém do governo, que fosse servidores concursado; o que é uma proposta questionável. Faraco propõe partidos de oposição com o mesmo espaço, mas sem aparecer seus líderes ou ocupantes de cargo público. Defende-se o contrário no presente estudo, no sentido de obrigar pluralidade e não limitar para “iluminados” e “técnicos” com déficit democrático. Receita de contribuição de intervenção no domínio econômico (CIDE) sobre anúncios e venda de aparelhos de TV e rádio. Lei 4.117/62: serviços noticiosos de 5% na grade, 5 h semanais para programas educacionais (DL 236/67 e Decreto 52.795/63), Voz do Brasil, propaganda eleitoral e comunicado da justiça eleitoral, publicidade não pode ser mais de 25%. Programas educacionais deveriam ser supervisionados por profissional de ensino. Por fim, Faraco entende que nas notícias não deveria ter comentários, o que se questiona se essa seria a saída. E entende que não deve ter foco específico e não veicular propaganda fora dos intervalos. FARACO, Alexandre Ditzel. Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação: rádio, televisão e internet. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

¹⁶⁶ Sobre o tema ver HABERMAS, Jürgen. Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003, p. 220.

diferentes interpretações dos textos produzidos pela mídia hegemônica feitas por diferentes parcelas de público, mas sim os atores políticos têm que adaptar suas próprias ações e discussões direcionadas para a mídia o mais fielmente possível aos códigos adotados pela própria mídia hegemônica.

Para Meyer e Hinchman, por mais que haja indícios de que o hábito de assistir televisão em excesso gere alienação política, com desconfiança do povo em relação aos políticos e ao governo e ausência de engajamento cívico, haveria pouca comprovação empírica. Mas o hábito de assistir televisão não faz com que os conhecimentos relevantes sobre política sejam adquiridos uniformemente por todos os segmentos sociais, pelo contrário, vem aumentando as diferenças entre os segmentos sociais e “o mesmo ocorreu com a oportunidade de se garantir a igualdade na participação no processo democrático por meio da disseminação e da intensificação da comunicação e da mídia de massa, que acabou se tornando ainda menor”. A mídia é responsável pelo início do processo de disseminação da informação, mas os indivíduos do público-alvo trazem consigo determinados conhecimentos, hábitos, interesses e critérios de utilização da informação recebida que têm um papel decisivo no modo como a programação da mídia os afeta. A mídia dá a informação mas é apenas um dos fatores que influenciam o poder de julgamento dos cidadãos. Os cidadãos das sociedades dominadas pela televisão podem estar perdendo rapidamente sua capacidade de fazer julgamentos políticos devido à hegemonia de uma apresentação dos eventos pautada pelo entretenimento e encenação, com a edição ou omissão de alguns problemas sociais e políticos, e oferecimento aos políticos e suas assessorias de encenação de acontecimentos políticos simbólicos capazes de cooptar a adesão de cidadãos. Por mais que a tendência seja a dissolução das fronteiras entre jornalismo, entretenimento, relações públicas e publicidade, seria ilusório e contraproducente simplesmente condenar essa nova realidade de cultura da mídia.

Segundo os autores a democracia só é democracia se existir o mínimo de simetria nos canais de comunicação das lideranças políticas com suas bases, em uma esfera pública suficientemente desenvolvida para que pudesse haver um fluxo de informação e de argumentação, ou uma atmosfera de comunicação reinante entre os diversos membros da sociedade que promovesse tentativas de deliberar e atingir um consenso. O cidadão deve monitorar cuidadosamente os desdobramentos

nas comunicações de ordem pública para que eles possam ser capazes de intervir no processo político se desejarem.¹⁶⁷ E alertam: “Não é possível haver democracia sem a presença de uma esfera pública política funcional que confira ao indivíduo o direito de tomar suas próprias decisões e de agir com autonomia”. Mas quais seriam as exigências mínimas dessa autonomia? Se a esfera pública política apresenta como dimensões as instituições da mídia, a representação da mídia, as estruturas sociais e a interação sociocultural, nas atuais sociedades midiáticas a televisão desempenha o papel dominante e paradigmático no domínio institucional, por mais que não possamos subestimar outros tipos de mídia, inclusive do setor intermediário e da sociedade civil. As democracias pluralistas baseadas no estado de direito têm como características as garantias dos direitos fundamentais e da soberania popular, pluripartidarismo, procedimentos parlamentares, Judiciário independente, liberdade de imprensa e de outras mídias e tolerância da participação cívica ativa, com os organismos intermediários fazendo a interação entre a sociedade e o sistema político. Como na Alemanha há concessões públicas de radiodifusão, “idealmente, a mídia de massa contribuiria para a comunicação democrática de várias maneiras: reportagens equilibradas e abrangentes, objetividade e respeito pelas pessoas, fidelidade à verdade na forma, no conteúdo e no estilo da cobertura, bem como uma maneira de apresentar os acontecimentos que encoraje os cidadãos a participar do processo de comunicação na esfera pública”.

Segundo Meyer e Hinchman, entre os modelos básicos de democracia existem três paradigmas teóricos: (a) a democracia de mercado: seus defensores chamam de “teoria realista da democracia”, influenciado pela teoria econômica clássica, que pressupõe a existência de um mercado de bens e serviços no qual decisões individuais e egoístas se harmonizam automaticamente para alcançar o bem comum, e qualquer participação democrática além desse modelo seria utópica e irreal. Nos termos de Schumpeter e Downs, o sistema político é legítimo democraticamente se observar um requisito mínimo: o indivíduo que vota deve ter acesso à informação e o direito de escolher pelo menos duas elites políticas que competem pelo poder. Para os autores isso não é suficiente para cumprir a promessa da democracia; (b) a democracia participativa: valoriza a participação

¹⁶⁷ MEYER, Thomas; HINCHMAN, Lew. Democracia Midiática: como a mídia coloniza a política. São Paulo: Edições Loyola, 2008, p. 9-20.

sustentável e significativa no processo de tomada de decisões de um grande número de cidadãos ativos em todos os níveis do sistema político, especialmente no nível intermediário dos partidos políticos, associações e iniciativas populares emanadas da sociedade civil. Seria pré-requisito para a legitimação de uma sociedade democrática que os próprios cidadãos não apenas participassem das eleições, mas também formassem e defendessem seus próprios interesses por intermédio de organizações, partidos políticos e comitês, o que é feito em países como Alemanha, França e Suécia; e (c) o modelo da sociedade civil democrática ou democracia popular: se diferencia da democracia participativa ao não alimentar muitas esperanças na democracia baseada em instituições ou em grandes organizações.

A participação democrática e a tomada de decisões devem se restringir, em última instância, aos domínios da sociedade civil e do mundo vivido, uma rede horizontal, com os processos de informação, formação de julgamentos e deliberações para se chegar em consensos se deslocam para pequenos círculos de cidadãos engajados.

Todos esses modelos exigem que os cidadãos tenham acesso à informações completas e sem distorções sobre as principais questões políticas, mas a democracia participativa e a democracia popular pressupõem, respectivamente, que deveria haver um sistema mais amplo de oportunidades oferecidas aos participantes para se comunicar e para tentar chegar a um consenso, e que eles deveriam ter um papel na formulação de decisões relativas às questões políticas que os afetam. E a comunicação pública deve cumprir três funções para a existência de uma esfera pública realmente democrática: transparência (cada cidadão deve ter uma chance de saber e de entender o que está acontecendo na política e nos processos sociais cruciais, a informação deve ser abrangente, precisa e confiável); validação (o cidadão tendencioso poderiam ser capazes de avaliar a validade de suas próprias posições levando em conta opiniões, temas e informações diferentes, mas relevantes); e orientar (diferentes fontes de informação e de argumentação). Os autores alertam que “para satisfazer aos padrões exigidos pela política democrática, a mídia de massa deve transmitir informações sobre acontecimentos políticos sem desvirtuar suas formas, para que todos os aspectos característicos de cada acontecimento por ela relatado possam ser apresentados”. Os autores fazem uma

crítica ao bipartidarismo estadunidense, a falta de participação das organizações fora do período eleitoral nos EUA e o poder do dinheiro nas eleições norte-americanas. E também fazem uma análise dos partidos políticos, interessante, mas sem relação com o tema aqui estudado.¹⁶⁸ Nos dias de hoje há uma ameaça de uma concentração¹⁶⁹ e de uma competição cada vez maiores na mídia, e esse objetivo está totalmente fora de controle. Fusões para a eliminação de concorrentes atuais e futuros e a consolidação da propriedade e do controle de todo o conjunto de diferentes gêneros de mídia nas mesmas mãos (citam várias empresas gigantes e seus faturamentos). As operações realizadas por todas essas empresas gigantes da mídia, com faturamento na ordem de bilhões, transcendem as fronteiras nacionais e culturais e, pouco a pouco, elas estão solapando as últimas resistências da lealdade regional, cultural, ideológica e política ao eliminar de seus negócios tudo o que possa prejudicar as vendas e os lucros. A regra principal é meramente a da lucratividade e do poder dos acionistas, que se tornou absoluta e se libertou de todas as amarras sociais e culturais, e reconhecem que os produtos do jornalismo se transformaram em mercadoria “sem que haja qualquer preocupação com a observância dos padrões democráticos e com as culturas de comunicação”.¹⁷⁰

¹⁶⁸ MEYER, Thomas; HINCHMAN, Lew. *Democracia Midiática: como a mídia coloniza a política*. São Paulo: Edições Loyola, 2008, p. 22-34 e 34-52.

¹⁶⁹ Faraco diz que no Brasil há forte tendência à concentração cruzada/multimídia sem qualquer limitação estrutural, sendo que alguns limites deveriam ser fixados para dispersão do poder político, sem regras absolutas ou copiadas de outros países. Não deve ser preocupante a propriedade conjunta de dois meios quando existirem alternativas relevantes em ambos os casos. Propostas: Controlador de uma TV aberta não poderia, dentro do mesmo âmbito geográfico, controlar estações de rádio ou jornais diários se as seguintes condições não estiverem presentes: (a) existirem pelo menos três outros canais de TV aberta comercial, integrados a redes nacionais; (b) não controlar mais do que 10% do número de estações de rádio existentes; (c) existirem pelo menos dois outros jornais diários que sejam distribuídos em toda a localidade, com equipe própria de jornalistas, ou o jornal que controla não ter uma participação superior a 50% da circulação local. Controle conjunto de estações de rádio e TV implicaria a redução em 25% do limite horizontal nacional de estações de rádio/TV que uma mesma entidade poderia controlar. Controle conjunto de estações de televisão/rádio e mais de um jornal com circulação relevante nacional implicaria redução de 25% do limite horizontal nacional. Controlador de uma emissora de TV aberta não poderia controlar redes de TV por assinatura que abrangesse a mesma área geográfica de seu sinal. Controlador de uma rede de TV por assinatura não poderia controlar outra rede de TV por assinatura que abrangesse a mesma área geográfica. Em local onde não houver pessoa interessada em investir em rádio/TV, poderia a propriedade cruzada ser permitida, sem possibilidade de renovação, com a realização de nova licitação. Faraco ainda propõe que nas concessões vigentes, quando implementados os limites cruzados, estivessem fora dos novos parâmetros, quando do final do prazo, ao invés de renovação, deveriam ser realizadas novas licitações. Não seria violação ao art. 223, que atribui apenas ao Congresso obstar uma renovação, porque a restrição viria de lei aprovada pelo próprio Congresso, entre outros motivos (Entende-se que talvez seja possível apenas por Emenda Constitucional). FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação: rádio, televisão e internet*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

¹⁷⁰ Segundo Meyer e Hinchman “existe um certo tipo de jornalista que tem se beneficiado dessa cultura de exploração comercial, usando-a para conseguir chegar ao topo da carreira nas redes de

O processo que está transformando a democracia partidária em democracia midiática se origina na contradição entre os horizontes temporais da política e da mídia. Ao contrário do que do que é apregoado pelos preconceitos da direita populista, a maioria das questões sobre políticas públicas leva muito tempo para ser resolvida, exceto em situações emergenciais. Mas a política requer que as posições sejam articuladas, mediadas, conduzidas para um consenso, transformadas e integradas, em um processo que não implica simplesmente na adoção de soluções técnicas para problemas objetivamente definidos. A política necessita de diversos autores para gradualmente em uma ação conjunta e de auto-identificação dos objetivos e resultados, enquanto a solução de problemas técnicos quase sempre podem ser criadas e implementadas por especialistas. E a mídia tem um tempo diferente da mídia. Na midiocracia atingimos o apogeu do potencial da tomada de decisões democráticas, mas ao mesmo tempo, os cidadãos comuns se sentem desligados e alienados da política. Quando a política é subordinada à lógica da mídia de massa, surgem barreiras que dificultam o acesso à esfera pública, devido às pressões para que a própria mídia possa gerar suas encenações. Os problemas que deveriam ou poderiam ser resolvidos por meio de um consenso estão sendo resolvidos cada vez mais pelo poder e pelo dinheiro, havendo também uma rendição da política à lógica do sistema da mídia. Nas democracias ocidentais, se alguém não tiver uma cotação bastante elevada e aproveitável na hierarquia de quem a mídia favorece, não haverá nenhuma chance realista de ser bem sucedido na política. Segundo os autores a mídia nunca poderá substituir inteiramente ou absorver a lógica da política, e os atores políticos e seus respectivos recursos de poder ainda dominam o processo como um todo.¹⁷¹ Questiona-se se em democracias ainda em

radiodifusão de propriedade privada e nos tabloides. Sua principal qualificação para esse tipo de trabalho parece ser sua prontidão em fazer uma informação parcialmente digerido se passar por um produto de mídia de excelente qualidade, independentemente da precisão de sua abordagem sobre o próprio assunto e se os padrões inerentes a esse assunto foram respeitados ou não. Afinal, para todos os efeitos, o sucesso no mundo dos negócios se avalia por meio da audiência e não pelo grau de fidelidade da descrição de um determinado tópico por alguém. Nos casos em que o interesse dos negócios pelos lucros pode ser conciliado com os objetivos jornalísticos ou políticos, ou quando uma empresa de mídia tem uma esperança real de influenciar o ambiente político no qual se desenrolam suas atividades econômicas, as regras adotadas pela mídia nunca chegam a desaparecer por completo, mas elas podem, em certas circunstâncias, se transformar em instrumentos para a transmissão de mensagens explicitamente políticas. MEYER, Thomas; HINCHMAN, Lew. Democracia Midiática: como a mídia coloniza a política. São Paulo: Edições Loyola, 2008, p. 67-68.

¹⁷¹ MEYER, Thomas; HINCHMAN, Lew. Democracia Midiática: como a mídia coloniza a política. São Paulo: Edições Loyola, 2008, p. 65-79, 90-92, 98 e 113-116.

construção, como a brasileira, se a mídia e o capital já não substituem e têm até mais poder do que os próprios políticos e o poder público.

A comunicação só poderá satisfazer sua função política de legitimação democrática se conservar um núcleo de racionalidade, de discussão e de informação confiável, pois se esse núcleo desaparecer, isso não será política: “quando a democracia é reduzida a mero espetáculo de entretenimento, ela deixa de ser uma democracia”. Mesmo as redes públicas de radiodifusão acabam por sucumbir aos efeitos da guerra pela audiência e à mediocridade por se tornar o imperativo categórico em todos os lugares. A internet oferece novas possibilidades de democratizar as comunicações, disponibilizando uma forma de deliberação política não-hierarquizada e compensar as deficiências da democracia midiática dominada pela TV. Pode, por exemplo, ser usada para a criação de iniciativas por grupos independentes ou como um ponto de partida para a participação na política de um modo mais tradicional. Mas há um importante *déficit* democrático que a internet pode acentuar ainda mais, relacionado ao papel do diálogo e da deliberação voltados para a construção de um consenso como elementos da vida pública. Os críticos acusam a internet de ter uma grande tendência a privatizar a esfera pública. Tende a valorizar a encenação despida de conteúdo e cancelar as preferências momentâneas de cidadãos isolados. É necessário que a sociedade supervisione e controle o sistema da mídia e o modo como ele transmite informações políticas. Os autores recomendam que a definição do que é ou não apropriado deveria ser o objetivo mais importante a ser alcançado pela regulamentação em todos os níveis e em todos os produtos da mídia. O conceito do que é ou não apropriado deveria passar por uma redefinição para que se pudesse levar em conta o modo como é feita a produção de imagens na política e na mídia a que as modernas sociedades de comunicação deram origem. Devemos confiar em um processo da sociedade que incluísse um grande número de participantes e garantidores: “essa tarefa de democratizar as regras de seleção e de apresentação da mídia poderá ser o maior desafio que a política democrática terá de enfrentar no futuro. O caráter e a qualidade da democracia dependem do sucesso da execução dessa tarefa”. A cobertura de acontecimentos políticos deve apresentar temas que sejam relevantes para os acontecimentos reais e um conteúdo que seja suficiente para satisfazer à lógica interna das questões que estão sendo noticiadas. Os autores entendem que

se houvesse conselhos de cidadãos com a função de criticar e supervisionar a mídia, haveria uma qualidade muito maior de material considerado apropriado.¹⁷²

Sobre a regulação e o controle social, mesmo os neoliberais defendem que o Estado pelo menos regule as atividades que estejam nas mãos da iniciativa privada. Seria uma espécie de “contrapartida”, quando o Estado deixa de explorar diretamente atividades econômicas e prestar serviços públicos, mas pelo menos regula essas atividades. Assim, mesmo os neoliberais da contemporaneidade repelem o liberalismo do século XIX que não previa a regulação por parte do Estado e preferia a autorregulação do próprio mercado.

Marçal Justen Filho entende regulação como:

Um conjunto ordenado de políticas públicas que busca a realização de valores econômicos e não econômicos, reputados como essenciais para determinados grupos ou para a coletividade em seu conjunto. Essas políticas envolvem a adoção de medidas de cunho legislativo e de natureza administrativa, destinadas a incentivar práticas privadas desejáveis e a reprimir tendências individuais e coletivas incompatíveis com a realização dos valores prezados. As políticas regulatórias envolvem inclusive a aplicação jurisdicional do Direito.¹⁷³

Cláudio Smirne Diniz alerta que as profecias liberais smithianas não se concretizaram, de que “as desigualdades sociais seriam superadas a partir do momento em que houvesse igualdade perante a lei”, com a priorização da “igualdade de oportunidades e, daí para frente, cada um seria individualmente responsável pelo seu destino”. Para o autor, “ao contrário do pensamento de Adam Smith, nem todas as pessoas poderiam, por suas próprias forças, ter seu lugar ao sol, em um mercado de livre competição”. Para os neoliberais, mesmo quando o Estado não é o executor de determinada atividade, “como os agentes econômicos agem de forma predatória, surge a necessidade de regulá-los”: “o sucesso de qualquer modelo depende de estrutura regulatória”.¹⁷⁴

Vital Moreira aduz que a auto-regulação na economia é uma utopia, assim como seria utópico “o regresso às origens de uma economia automaticamente

¹⁷² MEYER, Thomas; HINCHMAN, Lew. Democracia Midiática: como a mídia coloniza a política. São Paulo: Edições Loyola, 2008, p. 122, 125, 175-201.

¹⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002, p. 40.

¹⁷⁴ DINIZ, Cláudio Smirne. Estado e desenvolvimento econômico. In: MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Direito Concorrencial e Regulação Econômica. Belo Horizonte: Fórum, 2010, pp. 241-257, p. 243 a 249 e 254.

regulada pelo mercado ou a realização de uma economia inteiramente planejada pelo Estado”.¹⁷⁵ Egon Bockmann Moreira alerta que “a perfeição concorrencial só pode existir no mercado ideal estabelecido em termos teóricos pelos economistas”.¹⁷⁶ Alexandre Wagner Nester também informa que quando o Estado não faz a gestão “há o aumento da intervenção regulatória (ou normativa).¹⁷⁷ Diogo de Figueiredo Moreira Neto alerta que com a ausência de Estado na prestação de serviços, “termina sendo uma publicização de sua regulamentação e controle”.¹⁷⁸

Para Carlos Ari Sundfeld regulação estatal é o instrumento de política econômica que tem objetivos econômicos como o controle de concentrações empresariais, repressão de infrações à ordem econômica, controle de preços e tarifas, admissão de novos agentes no mercado, assim como de cunho coletivo, atingindo tanto atividades econômicas em sentido estrito quanto serviços públicos.¹⁷⁹

Alexandre Wagner Nester alerta que com o neoliberalismo “reapareceu o risco de concentração de poder econômico”, “e de modo a evitar que se retornasse a um liberalismo indesejável”, “intensificou-se a atuação regulatória”, “com a criação de entidades reguladoras setoriais independentes”. O autor informa que não se deve negar as conquistas do Welfare State, não deve haver retrocesso ao liberalismo: “não se nega que o Estado intervencionista também exercia regulação sob a forma de intervenção, fomento ou polícia”, mas que “a tônica atualmente é outra: a promoção da concorrência entre os agentes de mercado”.¹⁸⁰

Diogo de Figueiredo Moreira Neto diz que uma das formas de atuação do Estado na economia é o “fomento público, que estimule a atuação privada e

¹⁷⁵ MOREIRA, Vital. Auto-regulação profissional e Administração Pública. Coimbra: Coimbra editora, 1997, p. 19.

¹⁷⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. O direito administrativo da economia, a ponderação de interesses e o paradigma da intervenção sensata”. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. Estudos de direito econômico. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 96-97.

¹⁷⁷ NESTER, Alexandre Wagner. Regulação e planejamento: a criação do Pro-Reg. In: MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Direito Concorrencial e Regulação Econômica. Belo Horizonte: Fórum, 2010, pp. 467-480, p. 468.

¹⁷⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 12.

¹⁷⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços públicos e regulação estatal. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). Direito Administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 23.

¹⁸⁰ NESTER, Alexandre Wagner. Regulação e planejamento: a criação do Pro-Reg. In: MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Direito Concorrencial e Regulação Econômica. Belo Horizonte: Fórum, 2010, pp. 467-480, p. 470 a 472.

incentive o interesse individual em desempenhar atividades econômicas coincidentes com algum peculiar aspecto de interesse público”.¹⁸¹

Joelma Sílvia Santos Pinto aduz que “desde que o Estado adquiriu o monopólio da produção jurídica, o que se passou no final da Idade Média, poderia reconhecer-se a existência do Estado ‘Regulador’”.¹⁸²

Egon Bockmann Moreira informa que com a desestatização “o país não desenvolveu um nível de desenvolvimento adequado (nem privado, nem público) que porventura autorizasse uma concepção puramente regulatória como paradigma da intervenção econômica estatal”. Para ele, “como sói acontecer com países subdesenvolvidos, o Estado brasileiro não dispõe e condições estruturais mínimas as quais permitissem a sua imersão no mundo dos ‘Estados Mínimos’ ou ‘Estados Reguladores’. A *american style regulation*, em sua concepção unitária pura, ainda não pode ter abrigo no contexto econômico brasileiro”.¹⁸³ Ou seja, o autor nega radicalismo nessa ideia de Estado apenas Regulador.

Uma das únicas atividades não reguladas no mundo é o tráfico de drogas. Quase tudo no mundo é controlado de alguma forma, sejam os três poderes, que se controlam e são controlados pelo povo, sejam os políticos, que são controlados, no mínimo, durante as eleições, os cidadãos são controlados por meio de câmeras nas ruas, para fins de segurança pública e segurança no trânsito, as fronteiras são controladas para que sejam evitados contrabando, as propriedades privadas são controladas para que se evite o desmatamento ou para que se garanta a função social. Tudo nos termos da Constituição Social, Republicana, Desenvolvimentista e Democrática de Direito de 1988.

A palavra controle vem do “rôle”, papel em francês, pergaminho onde eram escritos os títulos e registros. “Contre-rôle” seria o confronto com a relação oficial para a verificação dos dados. Hoje há vários sentidos: Dominação: controle de um

¹⁸¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A atuação do Estado no domínio econômico. Genesis – Revista de Direito Administrativo Aplicado, Curitiba, p. 681-701, dez. 1994.

¹⁸² PINTO, Joelma Sílvia Santos. A regulação do Estado no campo econômico: breve introdução ao Direito da Concorrência. In: MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Direito Concorrencial e Regulação Econômica. Belo Horizonte: Fórum, 2010, pp. 259-275, p. 261.

¹⁸³ MOREIRA, Egon Bockmann. O direito administrativo da economia, a ponderação de interesses e o paradigma da intervenção sensata”. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. Estudos de direito econômico. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 53-54.

partido político; comando (direção efetiva com influência determinante); controle de produção; limitação: controle das importações; fiscalização: controlar os atos de alguém; registro (sentido originário): registro do que foi confrontado com outro registro.

A Administração Pública sofre controle interno e externo. O controle externo o controle dos Três Poderes, do Ministério Público e dos Tribunais de Contas, ou pode ser o controle popular. O controle popular pode ser exercido por meio de partidos políticos, o Terceiro Setor, o povo, a sociedade civil, a velha mídia (jornais, TV, rádio e revistas) ou pela internet. Entre os tipos de controle popular estão as eleições, as audiências públicas, as consultas públicas, o exame de contas, o orçamento participativo, os conselhos populares, o direito de petição e recursos administrativos, o controle popular indireto e o pedido de informação.¹⁸⁴

Os conselhos com participação popular são uma das principais bandeiras da Constituição de 1988. São órgãos de co-gestão, e podem ser conselhos colegiados bipartites (sociedade civil e governo), tripartites (empregados, empresários e governo), entre outros modelos. Podem ser participativos ou deliberativos, cabendo nesses aos seus membros a tomada de decisões, de assuntos de sua competência, controlando e fiscalizando, devendo a Administração Pública acatar suas decisões. Podem gerir fundos e normalmente não são remunerados (a não ser os Conselhos Tutelares), sendo um serviço relevante prestado ao estado.

A Constituição prevê originalmente o Conselho da República (arts. 89 e 90, e Lei nº 8.041/90), o Conselho de Comunicação Social¹⁸⁵ e por emendas foram incluídos o Conselho do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza, Conselho de Saúde, Conselho de política cultural e o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público contam com 15 membros cada, sendo que dois da OAB e dois cidadãos com notório saber jurídico, escolhidos pelo Congresso Nacional.

¹⁸⁴ Sobre o tema ver MEDAUAR, Odete. Controle da Administração Pública, 3ª ed. São Paulo: RT, 2014.

¹⁸⁵ Ver CONSELHO DE COMUNICAÇÃO SOCIAL. Os desafios da comunicação social no Brasil. Brasília: Congresso Nacional, 2006.

Se quaisquer atividades econômicas e serviços públicos devem ser regulados, se todos os Poderes estatais são controlados entre si e controlados também pelo povo, não há qualquer justificativa para que os meios de comunicação não o sejam.

Mas cotidianamente verificamos argumentos contrários à democratização da mídia, à regulação dos meios de comunicação ou qualquer interferência do Estado ou da sociedade em temas relativos à comunicação social. As críticas à democratização da mídia veem principalmente das grandes corporações de meios de comunicação e associações que as representam, assim como profissionais de perfil neoliberal, defensores de um Estado Mínimo. As críticas são as seguintes: 1. Não se deve dar poderes ao Estado sobre os meios de comunicação, pois são as empresas que devem controlar e fiscalizar o Estado; 2. Regulação ou controle social dos meios de comunicação, políticas de democratização da mídia, são censura; 3. Democratização da mídia fere a liberdade de expressão e de imprensa; 4. Não há monopólios e oligopólios dos meios de comunicação no Brasil, uma vez que há um grande número de TVs, rádios, jornais, revistas e portais/sites na internet; 5. Os monopólios e oligopólios existentes são devidos à eficiências desses meios de comunicação; 6. Quem tem mais tiragem ou audiência deve receber mais verbas publicitárias estatais; 7. O Estado fomentar financeiramente os pequenos meios de comunicação seria uma interferência no livro jogo concorrencial de Mercado; 8. Qualquer regulação de conteúdo é uma censura inconstitucional; 9. As empresas privadas de comunicação são propriedades privadas e não podem sofrer qualquer tipo de intervenção do Estado; 10. A programação da mídia não deve sofrer regulação pois as empresas apenas transmitem o que o “consumidor” deseja.¹⁸⁶

¹⁸⁶ Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto, analisando o Brasil, entendem que a censura nos tempos da ditadura gerou uma enorme desconfiança em relação a interferência do Estado no debate público e na produção cultural, e que mesmo com o Estado regulador da década de 1990, a atuação do Estado na cultura, na mídia e no jornalismo seria muito mais complexa que em outros campos da atividade econômica, e o que prevaleceu nos EUA na década de 1970 gerou, para os tradutores, uma percepção de que “a atuação estatal no campo da expressão tornou-se um grande tabu para a sociedade brasileira”. Lembram que Fiss entende que o Estado pode atuar como defensor da liberdade de expressão e entes privados como os conglomerados de comunicação podem restringir a liberdade de expressão tanto quanto o Estado. Uma atuação do Estado pode ser essencial para garantir a voz de grupos minoritários na sociedade seja ouvida, ampliando a diversidade e o pluralismo no debate público em prol da democracia, o a regulação é algo distinto da censura. Entende-se que não “pode ser”, mas deve ser. Informam que uma das contribuições de Fiss é sobre o efeito silenciador do discurso, que é o acesso diferenciado aos meios de comunicação de massa por determinados grupos hegemônicos, a influência de governos sobre mídias ou preconceitos difundidos na sociedade contra determinadas categorias de pessoas, geralmente minorias, o que

São argumentos frágeis e não são verídicos, ainda mais no sistema jurídico brasileiro. Sobre o argumento de que não se deve dar poderes ao Estado sobre os meios de comunicação, pois são as empresas de mídia que devem controlar e fiscalizar o Estado, pois tanto este quanto o mercado podem representar ameaça à liberdade de expressão. Um Estado autoritário, sem uma Democracia substancial, não republicano, realmente pode gerar uma ameaça à liberdade de expressão. Assim como empresas privadas responsáveis por meios de comunicação, sem a existência de um controle social da mídia, sem uma regulação democrática e com muitas desigualdades sociais e regionais, podem gerar limitação à liberdade de expressão.

Além disso, uma regulação estatal pode ser melhor ou pior dependendo da instituição que fará a regulação, do seu grau de maturidade democrática e transparência. Um Chefe do Poder Executivo pode ser um péssimo regulador, mas uma instituição estatal democrática, especializada, transparente, independente com

abafa os menos favorecidos, que acabam condenados à invisibilidade e ao silêncio do grande debate público. Para o autor isso distorce o processo de formação da razão pública e as ideias dos grupos desfavorecidos não chegam em igualdade de condições, ao conhecimento do público, e por isso advoga pelo equilíbrio da regulação estatal, na qual o Estado seria uma espécie de mediador responsável por coordenar as discussões e assegurar a participação de todos em igualdade de condições. Apontam que isso tem relevo no Brasil, por exemplo, na compra de uma grande rede de TV aberta, de alcance nacional, por uma Igreja, poderia ter efeito silenciador sobre outros grupos religiosos. Ou no caso Castan julgado pelo STF, no qual se discutiu se um editor gaúcho poderia fazer publicações racistas, antissemitas e com discurso de ódio contra judeus. Enfim, uma regulação a favor e não contra a liberdade de expressão. Ainda, para Fiss, o fomento público não pode ser uma opção, mas uma obrigação para a promoção da abertura, do pluralismo e robustez do discurso público, um Estado alocador e regulador. Como na escassez isso pode privilegiar uns em detrimento de outros, a voz de alguns pode ser amplificada e de outros não ouvida, deve existir critérios como grau relativo de exclusão, grau da necessidade de financiamento, e o potencial silenciador do discurso público sobre determinadas manifestações artísticas e culturais. Fiss critica a Suprema Corte (*Rust versus Sullivan*) no fomento para grandes. Os tradutores criticam no incentivo a cultura que empresas reforcem algumas manifestações e negligencia várias outras e defendem a transparência e maior debate sobre o tema da distribuição de recursos. Como há uma função democrática na imprensa, essa deve ter uma certa autonomia com relação ao Estado, mas a liberdade absoluta não garante o pluralismo e Fiss argumenta que a ação estatal pode ser essencial para impedir que entidades privadas distorçam o debate democrático e incentivos do mercado podem levar a uma redução de diversidade. Alertam que essa discussão é especialmente relevante no Brasil, onde há elevada concentração dos meios de comunicação de massa, com alguns poucos grupos exercendo influência decisiva sobre a opinião dos cidadãos, o que na prática pode levar a exclusão de certas visões, valores ou posições do debate público, limitando sua diversidade e afetando negativamente o ideal pluralista da democracia. Essa atuação estatal essencial não é simples, como por exemplo no horário eleitoral gratuito, que interfere na liberdade editorial, mas garante a liberdade de expressão de partidos e candidatos banidos da grande mídia. O Estado tem o dever, e não a possibilidade, de promover a diversidade na esfera pública. BINENBOJM, Gustavo; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. Prefácio, p. 01-24. In: FISS, Owen M. A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, 148 p.

relação a interesses privados ilegítimos, com participação popular em seus conselhos e direção pode ser uma ótima reguladora da mídia.

Sobre qualquer regulação de conteúdo ser uma censura inconstitucional, regulação prévia de conteúdo pode ser censura prévia, como o que ocorria durante a ditadura militar no Brasil; mas também pode ser uma forma de aplicar a própria Constituição e a legislação regulamentadora, como por exemplo na proibição de propaganda de bebidas alcoólicas para crianças e adolescentes, a hora do Brasil, a propaganda eleitoral, exigência de programação nacional ou regional ou o próprio direito de resposta.

Octávio Penna Pieranti entende que na regulação democrática de conteúdo, o ator protegido de ação dos meios é a sociedade; a ação do estado se dá por delineamento de diretrizes; o cenário político é de democracia; e é algo explicitamente previsto na Constituição brasileira. Diferente da censura, cujos atores protegidos de ação dos meios é o Estado ou a iniciativa privada; as ações do estado são vetos prévios, o cenário político de regime autoritário é inconstitucional. Na censura há a proibição explícita e prévia, com coerção a posteriori; com dinheiro para amigos e supressão para opositores; há a censura interna, com ausência de cláusula de consciência; falta de cultural nacional e regional, regionalização da produção cultural, artística e jornalística; sem nada fazerem a Anatel e Ancine. Seria necessário o oferecimento de canais obrigatórios aos cidadãos para que eles exponham livremente seus pensamentos e tenham-nos difundidos. Ao contrário do que ocorria em séculos anteriores, expressar-se, em suma, não basta; é preciso garantir mecanismos para ser ouvido. Pluralismo de vozes da contemporaneidade.

Sobre as empresas privadas de comunicação serem propriedades privadas e não podem sofrer qualquer tipo de intervenção do Estado, é uma visão atrasada que reflete posição do século XIX. O direito de propriedade não é mais um princípio supremo. A propriedade deve atender sua função social, assim como existe o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. O Estado pode e deve intervir na propriedade privada, nos termos constitucionais e legais, de forma democrática.

Além disso as TVs e rádios são serviços públicos, ou seja, não são atividades econômicas. Devem sofrer uma intervenção ainda maior do Estado, pois é o Estado o titular do serviço, e as empresas privadas são simplesmente concessionárias ou permissionárias de serviços públicos, regime no qual não há liberdade de iniciativa.

Sobre a programação da mídia não poder sofrer regulação pois as empresas apenas transmitem o que o “consumidor” deseja, entende-se que para que funcione bem a Democracia, é essencial que o cidadão se interesse por política e pelas questões públicas. A despolitização da sociedade, o que é um perigo para a Democracia, advém de uma educação deficitária, em especial de disciplinas como sociologia, filosofia, ciência política e história; insuficiência de informações de interesse público a disposição nos meios de comunicação como TV e rádio, em especial em países com menor grau de leitura de seu povo; e claro, em sociedades com alto grau de desigualdade social e regional.

Para que tenhamos mais informação e até formação, é essencial que as TVs e rádios, que hoje ainda são os meios de comunicação que atingem um número maior de pessoas, tenham programação educativa, artística, cultural e informativa.¹⁸⁷

A FCC, com amplo apoio dos grandes meios de comunicação estadunidense, é contrária a *Fairness Doctrine* por entender que ela vai contra a Primeira Emenda: restrições subjetivas do governo à autonomia editorial das empresas; se concessionárias não podem ser obrigadas a divulgar notícias de terceiros, emissoras de rádio e TV também não poderiam ser obrigadas; diminuição do fluxo de ideias com a produção de um efeito dissuasório do discurso (*chilling effect*) (não há comprovação empírica); proliferação de veículos de comunicação (mais do mesmo sem pluralidade, com produtos muito similares); escassez é característica da economia, sem haver justificativa para que haja intervenção na radiodifusão; radiodifusão, mídia impressa e novas mídias eletrônicas fariam parte de um mesmo mercado livre (redução de programas de interesse público, não são

¹⁸⁷ Uma pessoa que nunca teve contato com Beethoven, Chico Buarque, Luiz Gonzaga ou Cartola nunca vai buscar essa nova cultura, o que lhe gerará um *deficit* cultural que deve ser preenchido pelos meios de comunicação, já que sua escola ou família podem deixar lacunas.

caixas de ressonância mas são alinhados a determinadas posições, penetração e público da TV com mídia impressa não são comparáveis).¹⁸⁸

Max Paskin Neto, autor do livro “O direito de ser rude: liberdade de expressão e imprensa”,¹⁸⁹ é contrário à Fairness Doctrine, que fundamentou a regulação da mídia no século XX nos EUA; é contrário ao direito de resposta, pois põe em xeque a liberdade individual e os direitos e garantias fundamentais; critica governos de esquerda que defendem um novo marco regulatório das comunicações e regulamentação social; defende apenas uma regulamentação branda; é contrário a qualquer tipo de controle de conteúdo; defende a revogação do art. 223 da Constituição, pois para ele não seria cláusula pétrea; defende a criação de uma comissão multidisciplinar especial para reformulação normativa e propõe um novo texto para o art. 223, no sentido que a União editaria lei nacional, delegando normas técnicas com força de lei para agência reguladora ou para o Conselho de Comunicação Social; haveria complementariedade apenas entre o sistema privado e público (não haveria mais estatal); delegação de competência para estados e municípios; manutenção da proteção contra monopólios/oligopólios, mas transformando a radiodifusão em atividades econômicas, e não mais serviços públicos, com abertura total para mercado estrangeiro, apenas sendo levada em conta o espectro eletromagnético; e a defesa de princípios liberais como propriedade privada, entre outras opiniões.

2.3. O DIREITO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO NO BRASIL

Roberto Marinho é uma espécie de Stalin das comunicações em nosso país, quem não concorda com ele, ele manda para a Sibéria, a Sibéria do gelo, a Sibéria do esquecimento.

Leonel Brizola¹⁹⁰

¹⁸⁸ REZENDE, Renato Monteiro de. Direitos prestacionais da comunicação. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 148.

¹⁸⁹ PASKIN NETO, Max. O direito de ser rude: liberdade de expressão e imprensa. Curitiba: Bonijuris, 2015.

¹⁹⁰ BEYOND Citizen Kane. Direção: Simon Hartog. Londres: BBC, 1992. Disponível no Youtube <<https://youtu.be/ZEP4bNYxKZk>> acessado em 18.02.2016.

Os jornais mentem, os historiadores mentem, a televisão hoje mente.¹⁹¹

Umberto Eco

Sobre a questão da mídia na Constituição de 1988 Social, Republicana, Desenvolvimentista e Democrática de Direito, serão analisado primeiro dispositivos gerais que influenciam nas questões sobre os meios de comunicação para, após, especificar os estudos nas normas específicas. O Capítulo V do Título VIII trata da “Comunicação Social”, nos arts. 220 a 224, mas em vários outros tópicos a lei maior fixa regras e princípios relativos aos meios de comunicação. Se o art. 1º prevê que o país tem como fundamento a **cidadania**, entende-se que esta será exercida apenas em uma sociedade plural e democrática, com os poderes estatais, populares, econômicos e midiáticos devidamente equilibrados. Se cidadania (*civitas* do latim) nada mais é do que política (*pólis* grega), e como política cada vez mais é diálogo e liberdade de expressão, se opondo à ditadura, cidadania e política nos tempos atuais só pode ocorrer em uma Democracia.¹⁹² O mesmo art. 1º, assim como o art. 3º, 4º e 170, inc. I, ao preverem o **desenvolvimento, a independência e a soberania nacional**, obriga que nossa mídia reflita esses ideais, no sentido de não permitirmos que interesses estrangeiros ilegítimos se sobreponham aos interesses da sociedade brasileira.

Outro fundamento é a **dignidade da pessoa humana** e, ao ser desrespeitado por algum meio de comunicação no Brasil, esse poderá ser sancionado. O último fundamento da República no art. 1º é o **pluralismo político**, que será garantido apenas quando houver um pluralismo nos meios de comunicação. Ao prever a **redução das desigualdades regionais e sociais** nos arts. 3º, III, e 170, VII, as camadas sociais e regionais em situação prejudicada poderão exigir que existam meios de comunicação que representem seus interesses, e não apenas os interesses dos patrocinadores ou das elites políticas ou

¹⁹¹ ECO, Umberto. Número Zero. Rio de Janeiro: Record, 2015, p. 43. A obra ainda mostra como atua a mídia na manipulação da informação: quando inclui duas opiniões, mostra a opinião de alguém mais convincente para defender o ponto de vista da empresa de comunicação; união de notícias de tema semelhante para que uma mensagem seja mostrada nas entrelinhas; o contra-ataque por meio da deslegitimação do acusador; o encobrimento de notícias; a pauta baseada no que quer o dono da empresa, etc. (pp. 56-59, 95, 123, 125, 143, 162 e 207).

¹⁹² Sobre política e cidadania ver CORTELLA, Mario Sergio; JANINE RIBEIRO, Renato. Política para não ser idiota, 9ª ed. Campinas: Papyrus 7 Mares, 2012, p. 8 e 60.

econômicas.

O princípio da **igualdade** previsto no art. 5º também garante igualdade de voz e de expressão para todos os brasileiros, e não apenas para quem detém o capital e a propriedade de meios de comunicação. A **função social da propriedade** garantida no art. 5º, XXIII, e art. 170, inc. III, demonstra que mesmo os meios de comunicação privados podem sofrer algum tipo de intervenção do Estado, caso não cumpram a função social. Um importante dispositivo constitucional é o art. 170, IX, que prevê **favorecimento às empresas de pequeno porte**. As pequenas empresas de mídia, como rádios e TVs comunitárias, jornais de pequenas categorias, sites e blogs podem e devem ser fomentados pelo Estado.

Por mais que os meios de comunicação não sejam citados expressamente, toda a sociedade, inclusive a mídia, deve **respeitar as crianças e adolescentes**, nos termos do art. 227, inclusive com restrições na liberdade de expressão desses meios. Com prioridade absoluta é dever de toda a sociedade, civil e política, assegurar às crianças, aos adolescente e aos jovens uma gama extensa de direitos, inclusive a educação, a cultura, a dignidade, o respeito, “além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Como regra na Administração Pública, qualquer contrato administrativo que o Poder Público celebre com os particulares, deverá ser realizada **licitação** prévia, nos termos do art. 37, XXI, da Constituição, a não ser nos casos ressalvados em lei, como dispensa ou inexigibilidade. Especificamente com relação os serviços público, o art. 175 ainda define que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. Portanto, a licitação também é obrigatória para a celebração de contratos de concessão ou permissão na área da radiodifusão. A Lei que regulamenta o art. 175 é a Lei 8.987/95, mas ela não se aplica à radiodifusão, nos termos do seu art. 41.

Sobre o art. 175 e o serviço público de radiodifusão, Celso Antônio Bandeira de Mello entende que, por mais que a Constituição mande realizar licitação para as concessões e permissões, no Brasil essa regra é ignorada com relação à

radiodifusão, com favoritismos a congressistas. O que segundo ele é um descalabro em um país de iletrados, com pouca leitura e muita audiência das rádios e TVs, que são os meios de comunicação que verdadeiramente informam e formam a opinião pública, com um poder gigantesco dos seus proprietários, sem resistência, e **“penetram como faca quente na manteiga”**, sem rebate, sem ajustes, e sem coragem para o enfrentamento desse poderio.¹⁹³

Sobre a opinião pública e o papel da mídia, Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes afirmam que a opinião pública tem um caráter constitutivo do ponto de vista da sociedade acerca dos temas de interesse geral, e são “vínculos estritos que unem a opinião pública à sociedade de massas, em particular à sociedade midiática, uma sociedade dominada por meios de comunicação que reproduzem, e com isso forjam, uma cultura global pasteurizada, propondo e atingindo a moldagem de uma opinião pública sob medida, controlada, domesticada, infantilizada, incapaz, muitas vezes, de contrapor interesses próprios a interesses

¹⁹³ “Este dispositivo refere que tanto a permissão quanto a concessão de serviços públicos far-se-ão ‘sempre através de licitação’. Contudo, entre nós, quando se trata de concessão ou permissão de rádio ou de televisão, tal regra é inteiramente **ignorada**, seguindo-se, quando muito disfarçadamente, a **velha tradição do mero favoritismo**. Como se sabe, é grande o número de congressistas que desfruta de tal benesse. Neste setor reina – e não por acaso – autêntico **descalabro**. A questão é particularmente grave porque, em País de alto contingente de iletrados e no qual a parcela de alfabetização que leem, mesmo jornal, é irrisória, o rádio e a televisão são os meios de comunicação que verdadeiramente informam e, de outro lado, **formam**, a seu sabor, a opinião pública, de tal sorte que os **senhores de tais veículos dispõem de um poder gigantesco**. Deveras, como a esmagadora maioria dos brasileiros não acede, ou só episódica e restritamente o faz, a outras fontes de informação ou cultura (livros, periódicos, cinema, teatro), as ‘mensagens’ radiofônicas ou televisivas **não encontram resistência alguma**; antes, com o perdão da imagem prosaica, **‘penetram como faca quente na manteiga’**. Em suma: nada as rebate; nada obriga o emissor a ajustar-se a concepções do público-alvo, pois estas serão as que lhes queria inculcar. Dado que as emissões não se chocam com uma **base cultural e ideológica** medianamente consistente, o que só ocorreria se a população estivesse abeberada e subsidiada por outras fontes de informação ou cultura (capazes de, em sua mescla, engendrar um substrato de opinião dotado de alguma densidade), as mensagens do rádio e da televisão modelam livremente o ‘pensamento’ dos brasileiros. Para servimo-os, ainda uma vez, da linguagem popular, ao gosto dos protagonistas destes meios de comunicação, eles ‘fazem a cabeça’ da Sociedade, sem quaisquer peias, modelando, a seu talante, tanto o brasileiro de hoje como o de amanhã, pois encontram um material quase informal, pronto para ser trabalhado. Não é de estranhar a eficiência dos resultados. Trata-se de uma tecnologia do Primeiro Mundo – e muitas vezes com uma modernidade e sofisticação só ali encontráveis -, operando sobre massas do Terceiro Mundo. O **sucesso eleitoral de locutores, comentaristas ou ‘artistas’** de rádio ou televisão comprova o envolvente poder destes meios de comunicações. Acresce que, para completar o quadro confrangedor, **uma única estação de televisão detém índices de audiência nacional esmagadores**, ensejados pelo sistema de cadeias ou repetidoras de imagem – sistema que, aliás, constitui-se em manifesta burla ao espírito da legislação de telecomunicações. O pior é que não há fundamento para alimentar-se esperanças sérias de saneamento da atual situação. Pelo contrário. O tratamento escandaloso que a Constituição dispensou ao assunto revela que **inexiste coragem** para enfrentar ou sequer incomodar as forças tão poderosas – as maiores existentes no País”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 703-705.

alheios patrocinados como se próprios fossem”. Os autores alertam que há mil versões, com um homem fragmentado fruto da era da técnica, em que a imprensa se considera uma espécie de superego da sociedade. Se utilizando de Habermas, vivemos em uma sociedade em que o poder da sintetização da consciência cotidiana é roubada do cidadão, bombardeado com informações, mas com conhecimento difuso e difícil de ser empregado de maneiras críticas. Os meios de comunicação tentam, a todo custo, impingir-nos um ambiente em que o simulacro vale mais que o real, o que vale é a imagem. Temos uma das piores ensinos e distribuição de renda do mundo, mas a melhor televisão do mundo, mas os meios de comunicação reforçam o preconceito contra a mulher, os pobres e os negros.¹⁹⁴

O art. 223 da Constituição prevê 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”, e “o Congresso Nacional apreciará o ato”, “o prazo da concessão ou permissão será de dez anos para as emissoras de rádio e de quinze para as de televisão” sendo que “a não renovação da concessão ou permissão dependerá de aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal”. O mais absurdo é que “o cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial”, o que vai contra a regra geral que permite ao Poder Público concedente rescindir os contratos de concessão de serviços públicos.

Foi excluída a regra da licitação e congelou um sistema com uma concentração econômica elevada, com o argumento de reduzir a possibilidade de retaliação do poder político sobre as emissoras, contra os princípios da igualdade e pluralismo essa praticamente concessão perpétua de um bem público escasso.¹⁹⁵

O art. 23, inc. V, determina que é de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação. E o art. 215 estabelece que o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e

¹⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 181-186.

¹⁹⁵ Nesse sentido REZENDE, Renato Monteiro de. *Direitos prestacionais da comunicação*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 288.

acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. E 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 defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; produção, promoção e difusão de bens culturais; formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; democratização do acesso aos bens de cultura; e valorização da diversidade étnica e regional. Regulamentando o art. 215, a Lei 12.343/2010 institui o Plano Nacional de Cultura (PNC) e criou o Sistema Nacional de Informações (SNIIC). O Plano Nacional de Cultura já prevê a democratização da cultura, a defesa da cultura nacional e regional e a diversidade,¹⁹⁶ tudo aplicável aos meios de comunicação, e que poderiam, se houvesse vontade política, serem estendidas por meio de lei e atos administrativos para a mídia em geral, em especial na questão da imprensa. O

¹⁹⁶ Regras como “1.4.8 Ampliar as linhas de financiamento e fomento à produção independente de conteúdos para rádio, televisão, internet e outras mídias, com vistas na democratização dos meios de comunicação e na valorização da diversidade cultural.”; “1.7.5 Contribuir para a definição dos marcos legais e organizacionais que ordenarão o desenvolvimento tecnológico, a sustentabilidade e a democratização da mídia audiovisual e digital.”; “1.7.6 Estimular a participação dos órgãos gestores da política pública de cultura no debate sobre a atualização das leis de comunicação social, abrangendo os meios impressos, eletrônicos e de internet, bem como os serviços de infraestrutura de telecomunicações e redes digitais.”; “1.9.4 Adequar a regulação dos direitos autorais, suas limitações e exceções, ao uso das novas tecnologias de informação e comunicação.”; “1.10.3 Estabelecer um sistema articulado de ações entre as diversas instâncias de governo e os meios de comunicação públicos, de modo a garantir a transversalidade de efeitos dos recursos aplicados no fomento à difusão cultural.”; “2.7.1 Ampliar os programas voltados à realização de seminários, à publicação de livros, revistas, jornais e outros impressos culturais, ao uso da mídia eletrônica e da internet, para a produção e a difusão da crítica artística e cultural, privilegiando as iniciativas que contribuam para a regionalização e a promoção da diversidade.”; “3.1.11 Instalar espaços de exibição audiovisual nos centros culturais, educativos e comunitários de todo o País, especialmente aqueles localizados em áreas de vulnerabilidade social ou de baixos índices de acesso à cultura, disponibilizando aparelhos multimídia e digitais e promovendo a expansão dos circuitos de exibição.”; “3.1.16 Implantar, ampliar e atualizar espaços multimídia em instituições e equipamentos culturais, conectando-os em rede para ampliar a experimentação, criação, fruição e difusão da cultura por meio da tecnologia digital, democratizando as capacidades técnicas de produção, os dispositivos de consumo e a recepção das obras e trabalhos, principalmente aqueles desenvolvidos em suportes digitais.”; “3.4.10 Instituir programas de aquisição governamental de bens culturais em diversas mídias que contemplem o desenvolvimento das pequenas editoras, produtoras, autores e artistas independentes ou consorciados.”; “3.4.11 Fomentar os processos criativos dos segmentos de audiovisual, arte digital, jogos eletrônicos, videoarte, documentários, animações, internet e outros conteúdos para as novas mídias.”; “3.5.6 Incentivar e fomentar a difusão cultural nas diversas mídias e ampliar a recepção pública e o reconhecimento das produções artísticas e culturais não inseridas na indústria cultural.”; “3.5.11 Integrar as políticas nacionais, estaduais e municipais dedicadas a elevar a inserção de conteúdos regionais, populares e independentes nas redes de televisão, rádio, internet, cinema e outras mídias.”; “4.3.8 Fomentar a associação entre produtores independentes e emissoras e a implantação de polos regionais de produção e de difusão de documentários e de obras de ficção para rádio, televisão, cinema, internet e outras mídias.”.

art. 221, inc. II, será tratado posteriormente.

A Carta dos Superiores Provinciais da Companhia de Jesus da América Latina publicou "o neoliberalismo na América Latina": "mediante o processo de globalização da economia, esse modo de compreender a pessoa humana penetra nos nossos países, transmitindo conteúdos simbólicos de grande capacidade de sedução. Graças ao **domínio sobre os meios de comunicação social, destroem-se as raízes da identidade das culturas locais, que não contam com força suficiente para comunicar a sua própria mensagem.** (...) nos últimos anos, esta situação se fundamenta numa forma particular de fazer economia, chamada neoliberalismo, que penetra a política e invade toda a vida social. (...) fazer oposição ao neoliberalismo significa, antes de tudo, afirmar que não existem instituições absolutas, capazes de explicar ou conduzir a história humana em toda a sua complexidade. (...) Significa, finalmente, denunciar as ideologias totalitárias, pois elas, quando conseguiram se impor, só apresentaram como resultado, injustiça, exclusão e violência".¹⁹⁷

Um dos direitos assegurados na Constituição de 1988 é o direito de acesso aos meios de comunicação, como no art. 220, § 5º, que determina que "os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio".¹⁹⁸ O direito de acesso não é uma restrição à liberdade de expressão, mas sim, quando limitada a estrutura da emissora, ao direito de propriedade e à liberdade de gestão dos meios de comunicação, mesmo porque, segundo o art. 5º, inc. XXIII, da Constituição Brasileira, a propriedade deve cumprir sua função social.¹⁹⁹

Sobre o direito de resposta, ele é previsto no art. 5º, inc. V, da Constituição da República, e já havia sido previsto no Decreto 4.743/1923, consolidado na

¹⁹⁷ O neoliberalismo na América Latina. Carta dos Superiores Provinciais da Companhia de Jesus da América Latina - documento de trabalho. São Paulo, Edições Loyola, 1996, pp. 13, 18 e 19. Citado por STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 78.

¹⁹⁸ A Lei 9.612/96, que institui o **Serviço de Radiodifusão Comunitária**, em seu art. 4º, § 3º, que "qualquer cidadão da comunidade beneficiada terá direito a emitir opiniões sobre quaisquer assuntos abordados na programação da emissora, bem como manifestar idéias, propostas, sugestões, reclamações ou reivindicações, devendo observar apenas o momento adequado da programação para fazê-lo, mediante pedido encaminhado à Direção responsável pela Rádio Comunitária".

¹⁹⁹ Segundo REZENDE, Renato Monteiro de. *Direitos prestacionais da comunicação*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 231-232.

Constituição de 1934 e mantido na de 1946. É um direito prestacional e de acesso e deve a legislação desincentivar a conduta irregular dos meios de comunicação, para o bem da Democracia.²⁰⁰ O art. 58 da Lei 9.504/97 também regula o direito de resposta, mas no processo eleitoral. A Lei 13.188/2015 passou a regular o direito de resposta no Brasil, cujo o tema será adiante mais analisado.

O art. 5º, inc. IX, dispõe que “**é livre a expressão** da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, **independentemente de censura ou licença**”. O dispositivo garante a liberdade de expressão no país, assim como a proibição da censura. Ainda cria a regra de que as atividades intelectuais, artísticas, científicas e de comunicação não demandam licença, concessão ou permissão do Poder Público. Entretanto, excepcionalmente, as atividades de comunicação nas rádios e TVs são consideradas serviços públicos pela própria Constituição, o que demanda a concessão ou permissão prévias, como veremos adiante. O art. 220, sobre o tema, ainda prevê que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo **não sofrerão qualquer restrição**” observado o disposto na Constituição, 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, IV, V, X, XIII e XIV”, veda “toda e qualquer **censura** de natureza política, ideológica e artística”, e ainda determina que “a publicação de veículo impresso de comunicação **independe de licença** de autoridade”. O inc. IV do art. 5º ainda garante que “**é livre a manifestação do pensamento**, sendo **vedado o anonimato**”.

São normas de defesa do indivíduo contra interferências estatais em sua liberdade de expressão, mas ao tratar de liberdade “implica o reconhecimento de um dever do Estado de eliminar constrangimentos a essa liberdade”. Quando o constrangimento parte do Estado, há um dever estatal de abstenção. Mas quando o autor do constrangimento é outro particular, a liberdade de expressão deve ser garantida pelo Estado, normativamente e materialmente, como proteção policial para jornalistas. Ou contra condutas anticoncorrenciais no mercado de comunicação, como quando o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência proibiu que

²⁰⁰ Ministro Menezes Direito do STF (ADPF 130 DJ 06.11.2009) disse que “a democracia, para subsistir, depende de informação e não apenas do voto”.

editora utilizasse do seu poder monopolístico para inviabilizar a distribuição de publicações de editoras concorrentes, o que ofenderia o art. 5º, IX. O CADE analisou caso de aquisição de uma empresa distribuidora (35% da distribuição) por outra integrante do Grupo Abril e controladora da DINAP - Distribuidora Nacional de Publicações (com 55% da distribuição de revistas em pontos de venda), e somadas dominariam 90% do mercado de distribuição. Pareceres da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda e da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça recomendaram a não aprovação. Em 2009 o CADE aprovou a operação, mas condicionou com a celebração de termo de compromisso de desempenho, com medidas dirigidas a garantir a existência de uma distribuição autônoma à do Grupo Abril, entre as quais: vedação de que a Abril estabelecesse exclusividade no mercado de distribuição por 10 anos; a obrigação de manter com as editoras usuárias e outros as mesmas condições por até três anos (Ato de Concentração nº 08012.013152/2007-20).²⁰¹

O art. 220, § 5º, da Constituição, determina que “os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio”. Note-se que esse dispositivo não se aplica apenas à radiodifusão, mas a todos os meios de comunicação, seja jornais e revistas impressos, portais na internet, redes sociais, blogs, TVs e rádios. O Brasil nunca teve uma legislação específica contra a concentração de poder da mídia. Joaquim Barbosa entende que não basta a imprensa ser inteiramente livre, pois é preciso que ela seja diversa e plural, sem o que acontece com o Brasil onde grupos hegemônicos dominam quase inteiramente, o que não é nada positivo, sendo a concentração da mídia algo extremamente nocivo para a democracia.²⁰²

O inc. XIV do art. 5º disciplina que “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”, o que segundo o STF inova com relação às Constituições anteriores, “a liberdade de expressão do pensamento. Portanto, completa-se no direito à informação, livre e plural, que constitui um valor indissociável da ideia de democracia no mundo contemporâneo”, e que trata-se de direito tão importante para a cidadania

²⁰¹ Conforme REZENDE, Renato Monteiro de. Direitos prestacionais da comunicação. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 201-203.

²⁰² ADPF 130, DJ de 06.11.2009.

que somente pode ser suspensa na vigência do Estado de Sítio.²⁰³ Caracterizado o direito de defesa mas também a demanda de uma ação positiva do Estado e dos meios de comunicação (direito a prestação): “protege tanto o acesso primário à informação, por parte do profissional de comunicação (ou de qualquer pessoa), quanto o secundário, da informação coletada que vem a ser divulgada (..) ele se dirige contra todos que ordinariamente realizam a atividade comunicativa”.²⁰⁴ Em paralelo a esse dispositivo constitucional do art. 5º, o inc. XXXIII ainda reforça o dever de informação da Administração: “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral”.²⁰⁵

Por mais que no Brasil não exista a previsão expressa, como há na Constituição espanhola, do direito à informação veraz, o direito a ser informado da Constituição brasileira já é suficiente para obrigar que os meios de comunicação, caso não sejam imparciais (eles não são), que pelo menos cheguem perto da verdade, com mais investigação, mais boa-fé e mais consulta às posições antagônicas. Mantida a mentira, de qualquer forma ainda haverá o direito constitucional de resposta.

José Afonso da Silva diz que a liberdade de comunicação compreende as formas de criação, expressão e manifestação do pensamento e de informação e a organização dos meios de comunicação. Para ele “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 autor entende que o dono da empresa e o jornalista têm o direito fundamental de exercer sua atividade, mas especialmente tem um dever de informar sem mentiras, sem deformação, por ser a mídia um poderoso instrumento de formação da opinião

²⁰³ ADI 3.741-2 DF, Ministro Relator Ricardo Lewandowski, de 2006, publicado no DJ de 23.02.2007.

²⁰⁴ REZENDE, Renato Monteiro de. Direitos prestacionais da comunicação. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 205-206.

²⁰⁵ Regulamentado pela Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011). Sobre o tema ver SALGADO, Eneida Desiree. Lei de Acesso à Informação (LAI): comentários à lei nº 12.527/2011 e ao decreto nº 7.724/2012. São Paulo: Atlas, 2015.

pública, um quarto poder.²⁰⁶ Ignacio Ramonet não concorda com o termo “quarto poder” para a mídia, pois as outras três não existem e, na realidade, o primeiro poder é a economia e o segundo, muito imbricado com o primeiro, é o midiático, um instrumento de influência, de ação e de decisão incontestável, de modo que o poder político só vem em terceiro lugar.²⁰⁷

Nesse sentido o então Ministro Eros Grau disse que a liberdade de imprensa, “na verdade, não é da imprensa, é do povo. O direito de expressão não é do dono do jornal, nem do acionista, mas do povo, pertence a ele, que merece ser informado adequadamente”. O então Ministro Joaquim Barbosa aduziu que a liberdade de imprensa “deve também ser examinada sob a ótica dos destinatários da informação e não apenas à luz dos interesses dos produtores da informação”, o que foi reforçado pelo Ministro Celso de Mello, que entendeu existir o direito à informação correta, precisa e exata; e o Superior Tribunal de Justiça também entendeu que há um dever de veracidade por parte da imprensa, sendo importante o procedimento de busca da verdade, mesmo se depois de publicado se verificar que os fatos não eram exatamente aqueles.²⁰⁸

Serge Tchakhotine entende que devemos desconfiar de ideias preconcebidas sobre a chamada liberdade de imprensa e propaganda, uma vez que deve-se lembrar que nessa liberdade concedida a Hitler pelas leis da Alemanha é que ele conseguiu aniquilar essa liberdade. Para ele pode haver situações em que as grandes massas, inclusive por meio do voto, determinam tudo em um Estado Democrático, mas podem sucumbir de uma verdadeira intoxicação psíquica. Defende que se tente neutralizar o envenenamento, o “estupro psíquico”, como único meio para que não se golpeie a liberdade de palavra tão importante nas democracias sinceras, é a garantia da existência de aparelhos de imunização psíquica, por órgãos de propaganda, que devem cuidar/proteger das violações da alma coletiva.²⁰⁹

²⁰⁶ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 245-250.

²⁰⁷ RAMONET, Ignacio. A tirania da comunicação, 5ª ed. Petrópolis, Vozes, 2010, p. 40.

²⁰⁸ Ver, respectivamente, RE 447.584 DJ de 16.03.2007, ADPF 130, DJ de 06.11.2009 e Recurso Especial 984.803 DJ 19.08.2009.

²⁰⁹ TCHAKHOTINE, Serge. Le Viol des foules par la propagande politique. Paris: Gallimard, 1952, capítulo IV (O simbolismo e a propaganda política), p. 211.

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho entende que segundo o princípio da verdade, “toda e qualquer informação tem o dever de verdade, de transparência”, o que seria a diferença entre informação, que deve ser demonstrável, real, e sofrer um processo informativo, e qualquer outra forma de expressão humana, não demonstrável obrigatoriamente, pode ser emocional, lógica, espiritual e até irreal.²¹⁰

Pouco antes de falecer, Umberto Eco escreveu o livro “Número Zero”,²¹¹ no qual faz uma crítica à imprensa, com frases como “os jornais mentem, os historiadores mentem, a televisão hoje mente”; “não são as notícias que fazem o jornal, e sim o jornal que faz as notícias”, “De uma ‘não-notícia’ cavamos uma notícia”, “A questão é que os jornais não são feitos para divulgar, mas para encobrir notícias”.²¹²

É comum que a imprensa proteja seus interesses, seja os próprios proprietários e amigos, políticos aliados, financiadores via publicidade como bancos, etc. Assim como atacar, de forma seletiva, seus adversários, não apenas no editorial, mas com manipulação, distorção, omissão ou mesmo com mentiras no noticiário ou mesmo nos demais programas da grade. E a relação entre poder e mídia acaba gerando o que ocorre no Brasil, um grande número de políticos donos de jornais, TVs e rádios.

No Jornal Nacional da Rede Globo de Televisão, durante o mês de abril de 2017, em reportagens sobre políticos citados em lista do Ministro Luiz Edson Fachin, do Supremo Tribunal Federal, a diferença de tempo despendido com políticos como Lula e Dilma, e os demais, é bastante grande, conforme o quadro abaixo.

²¹⁰ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Direito de informação e liberdade de expressão. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 158-159.

²¹¹ ECO, Umberto. Número Zero. Rio de Janeiro: Record, 2015, p. 43. A obra ainda mostra como atua a mídia na manipulação da informação: quando inclui duas opiniões, mostra a opinião de alguém mais convincente para defender o ponto de vista da empresa de comunicação; união de notícias de tema semelhante para que uma mensagem seja mostrada nas entrelinhas; o contra-ataque por meio da deslegitimação do acusador; o encobrimento de notícias; a pauta baseada no que quer o dono da empresa, etc. (pp. 56-59, 95, 123, 125, 143, 162 e 207).

²¹² ECO, Umberto. Número Zero. Rio de Janeiro: Record, 2015, p. 57, 125 e 162.

JN: reportagens sobre políticos citados na lista de Fachin

| Político | Cargo | Partido | Tempo |
|---------------------------|---------------------|---------|------------|
| Luiz Inácio Lula da Silva | ex-presidente | PT | 33min32seg |
| Dilma Rousseff | ex-presidente | PT | 18min07seg |
| Aécio Neves | senador (MG) | PSDB | 16min27seg |
| José Serra | senador (SP) | PSDB | 9min03seg |
| Jaques Wagner | ex-ministro | PT | 7min57seg |
| Aldemir Bendine | ex-presidente do BB | PT | 7min07seg |
| Michel Temer e PMDB | presidente | PMDB | 5min28seg |
| Geraldo Alckmin | governador (SP) | PSDB | 4min43seg |
| José Sarney | ex-presidente | PMDB | 4min04seg |
| Partido da República | Partido político | PR | 4min04seg |
| Guido Mantega | ex-ministros | PT | 3min46seg |
| Antonio Palocci | ex-ministros | PT | 3min46seg |
| Lindbergh Farias | senador (RJ) | PT | 3min40seg |
| Romero Jucá | senador | PMDB | 3min39seg |
| Eliseu Padilha | ministro | PMDB | 2min26seg |
| Eduardo Paes (com errata) | ex-prefeito (RJ) | PMDB | 2min20seg |
| Fernando Henrique Cardoso | ex-presidente | PSDB | 2min15seg |
| Gilberto Kassab | ministro | PSD | 2min10seg |
| Fernando Pimentel | governador (MG) | PT | 2min03seg |
| Renan Calheiros | senador (AL) | PMDB | 1min58seg |
| Sérgio Cabral | ex-governador (RJ) | PMDB | 1min56seg |
| ACM Neto | prefeito (SSA) | DEM | 1min48seg |
| Paulinho da Força | deputado (SP) | SD | 1min46seg |

Edições do "Jornal Nacional" de 3ª feira (11.abr.2017) a 2ª feira (17.abr.2017)

Fonte : Poder360/Drive

<http://www.poder360.com.br/wp-content/uploads/2017/04/tabela-jn-fachin-v2-pdf.pdf>

Esse é apenas um entre milhares de notícias que são divulgadas na grande mídia com um ataque seletivo contra determinados adversários das grandes empresas de TV, rádio, jornal impresso, revista e site de internet.

O filme ganhador do Oscar 2016 de melhor filme e roteiro original, "Spotlight - segredos revelados", baseado em fatos reais, mostra o cuidado de uma equipe especial do jornal estadunidense The Boston Globe na investigação de casos de abuso sexual e pedofilia na Igreja Católica, que acabou recebendo o Prêmio Pulitzer de Serviço Público em 2003. O mesmo cuidado que não há em outros meios de comunicação.

O direito de antena, que não tem o caráter reativo do direito de resposta, é previsto no art. 17, § 3º, da Constituição, que determina que "os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei".²¹³

²¹³ O direito de antena dos partidos políticos é regulado pela Lei 9.096/95 (arts. 45-49), restringida a aplicação pelo STF nas ADIns 1.351 e 1.354 e pela Lei 9.504/97 (arts. 44-57).

Sobre o fomento estatal à comunicação, ele pode ser por meio de financiamento ou regime tributário mais benéfico. O art. 150, inc. VI, alínea *d*, da Constituição prevê imunidade relativa a impostos em favor de livros, jornais, periódicos e papel destinado à impressão, o que consagra um direito de defesa. Ainda há um direito prestacional nos termos do art. 215, que prevê que o Estado deve adotar conduta ativa para assegurar acesso a cultura. Já o pagamento por publicidade oficial não seria fomento, mas pagamento por prestação de serviços, desde que respeitado o art. 37, *caput* e § 1º.²¹⁴

Ao contrário do que ocorre em Portugal, a Constituição do Brasil não prevê de forma expressa fomento para empresas de comunicação, mas se ocorrer, claro, deverá se dar nos termos do regime jurídico administrativo, para fins de redução de desigualdades, e não apenas para os amigos do poder político. Renato Monteiro de Rezende alerta que se o Estado decide fazer publicidade institucional apenas na grande mídia, contribui para a concentração do setor, o que vai contra o art. 22, 5º. O tratamento diferenciado deve ser dado aos veículos menores para diminuir a concentração e aumentar o pluralismo. Se o sistema de fomento na Europa não elimina a concentração, pelo menos freia o processo de concentração, assegurando o pluralismo, limitando a percepção de ser um empreendimento apenas capitalista, sem necessariamente diminuir a fiscalização da imprensa nas ações do Poder Público, podendo ser um modelo adotado no Brasil, onde há muita concentração e pouquíssimo pluralismo. Para Renato Monteiro de Rezende, no Brasil é vedado o financiamento seletivo se o critério for baseado na tendência ideológica ou ponto de vista do veículo de comunicação, pois feriria o princípio da igualdade. Mas é possível o fomento para combater oligopólios e monopólios. Conforme a doutrina e jurisprudência norte-americana sobre liberdade de expressão, há as restrições neutras em relação ao conteúdo (toleradas – lei do silêncio em áreas residenciais durante a noite, não importa o conteúdo), as baseadas nos conteúdos e neutras em relação ao ponto de vista (possíveis para imperioso interesse público, como proibição de propaganda política em determinado período), e as baseadas no ponto

²¹⁴ “§ 1º A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos”.

de vista (inconstitucionais, contra a posição do emissor e não apenas o assunto).²¹⁵

Sobre a classificação indicativa, o § 3º do art. 220 determina que compete à lei federal “regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada”.

²¹⁵ REZENDE, Renato Monteiro de. Direitos prestacionais da comunicação. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 260-268. Sobre fomento e dinheiro para os pequenos meios de comunicação, Wagner Nabuco (Revista Caros Amigos) propõe uma espécie de Pronaf (Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar) da mídia. NABUCO, Wagner. Crise política em debate. Programa Ver TV de 03.04.2016 (45'). <http://tvbrasil.ebc.com.br/vertv/episodio/crise-politica-em-debate>. Acesso em 13.08.2017. Fiss parece ser contrário a essa doutrina da equidade, assim como contrário à limitação dos gastos dos ricos e das empresas nas campanhas eleitorais. Quando se trata de subsídios, a Corte permite ao Estado atuar, mas quando enfrente medidas regulamentadoras, tais como limites a gastos políticos, a Corte vê como uma ameaça à autonomia como definida pela Tradição e pelos princípios do liberalismo clássico, com hostilidade ao Estado ativista e à doutrina da equidade, o que Fiss lamenta. Para ele a tradição pressupõe um mundo que não existe mais, o mundo do banquinho na esquina. As vezes é necessário restringir a liberdade de expressão de alguns elementos da nossa sociedade com o objetivo de realçar a voz relativa de outros, e a menos que a Corte permita ou exija que o Estado assim haja, nós como povo nunca seremos verdadeiramente livres. No New Deal e II Guerra a intervenção do Estado em questões econômicas e sociais se transformou em uma característica permanente da vida nacional nos EUA. No Estado ativista na década de 60 o poder do Estado chegou a ser o principal instrumento para alcançar uma igualdade verdadeira e substantiva, mas no final da década com a Guerra do Vietnam ocorreu privatização e desregulação o que foi um assalto contra o Estado ativista, e principalmente com Ronald Reagan. Fiss defende começar com o direito da intervenção do Estado em questões econômicas e usar essa experiência histórica para entender porque o Estado pode ter um papel que julgar na promoção dos valores da liberdade de expressão. Apenas a teoria das falhas do mercado não é suficiente, pois mesmo se o mercado funcionar perfeitamente competitivo, com uma diversidade de programas, ainda poderá ser uma diversidade de uma turma que essencialmente vai em uma única direção. Primeiro: o mercado privilegia grupos seletos, com uma mídia receptiva a suas necessidades e desejos. Um grupo é o que tem capital para possuir uma grande empresa de comunicação, outro grupo que controla a publicidade de várias empresas, e outro grupo dos que são mais capazes e têm mais probabilidade de responder entusiastamente a publicidade, um grupo grande mas não coextensivo com o eleitorado: “ser um consumidor, inclusive um soberano, não é ser um cidadão“. O mercado introduz nas decisões editoriais e de programação fatores que podem estar relacionados com a rentabilidade e eficiência, mas que têm pouco a ver com as necessidade democráticas do eleitorado. Determinados programas são rentáveis e constituem um uso eficiente de recursos, mas não há uma relação necessária entre criar um benefício e oferecer aos eleitores a informação que necessitam para fazer uma eleição livre e inteligente sobre os programas de governo, a estrutura de governo ou a natureza da sociedade: “este ponto foi bem compreendido quando liberamos nossos sistemas educativos e nossas universidades do controle do mercado e vale com igual força para os meios de comunicação“. O mercado pode ser esplêndido para algumas coisas, mas não para outras, não para produzir o tipo de debate que renova constantemente a capacidade de um povo para se autodeterminar. O Estado tem que atuar como poder de contrapeso para compensar a distorção do debate público atribuído ao mercado e preservar as condições essenciais da democracia, sem suplantando o mercado (socialismo) ou melhorar o mercado (teoria das falhas do mercado), mas bem complementá-lo, corrigir o mercado: “O Estado deve introduzir na agenda os temas que são sistematicamente ignorados e subestimados, e permitir-nos ouvir as vozes e opiniões que de outra maneira seriam silenciadas ou apagadas. A qualidade moral e personalidade das pessoas no governo não são diferentes dos que controlam os meios de comunicação privados, pois o Estado não tem monopólio sobre a virtude. Em outro mundo, as coisas podem ser diferentes, mas neste, necessitamos do Estado. Nós recorremos do Estado porque é a mais pública das nossas instituições e porque é a única que tem o poder que necessitamos para resistir das pressões do mercado e, assim, ampliar e dar vigor a nossa democracia. FISS, Owen. Libertad de expresión y estructura social. México, D.F.: Distribuciones Fontamara, 1997, p. 10-61.

A Constituição ainda proíbe o racismo, preconceito de origem, sexo, cor, idade e discriminação (art. 5º, XLII, art. 3º, IV); concessões de TV aos parlamentares (art. 54, I); programas religiosos nas TVs e rádios estatais (Estado Laico – art. 19, I); dispõe que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (5º, X); limitações na propriedade (222); e Conselho de Comunicação Social (224).

Os arts. 137, I, e 139 da Constituição dispõem que “o Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio” no caso de “comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa”. Na vigência do estado de sítio, poderão ser tomadas contra as pessoas “restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei”, a não ser “pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa”.

Há normas aplicáveis **apenas para a radiodifusão**, as emissoras de televisão e de rádios.

Sobre serviços públicos, a definição clássica de serviço público no Direito Administrativo brasileiro é a de Celso Antônio Bandeira de Mello, que diz que serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade/comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.²¹⁶

O art. 21, inc. XII, alínea a, determina que compete à União “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão” “os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens”, conforme redação da Emenda Constitucional nº 08/95.

²¹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 671.

Fica claro, segundo o texto constitucional, que os serviços prestados pelas empresas transmissoras de TV e de rádio são **serviços públicos** da União que podem ser concedidos, permitidos ou autorizados. Sendo serviço público, o regime aplicável é o de direito público, o regime jurídico administrativo, no qual há prerrogativas e sujeições especiais por parte do prestador do serviço, mesmo ele sendo uma pessoa jurídica de direito privado de fora da Administração Pública direta ou indireta. Não sendo atividade econômica, há princípios especiais que devem ser respeitados, sem a liberdade de mercado de uma simples atividade econômica. O serviço não é privado, é público, de titularidade da União, não sendo possível o particular fazer com a atividade o que bem entender, com a mesma liberdade de um restaurante, banco ou fábrica de tampinhas de refrigerante.²¹⁷

Segundo o art. 223 da Constituição, compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão, mas esse ato somente produzirá efeitos legais após deliberação do Congresso Nacional. O Parlamento apreciará o ato no mesmo prazo de discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa da Presidência da República (art. 64, § 2º e § 4º), a contar do recebimento da mensagem. A não-renovação da concessão ou permissão dependerá de aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal. Note-se que o cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial. O prazo da concessão ou permissão é de 10 (dez) anos para as emissoras de rádio e de 15 (quinze) para as de televisão.

Sobre o art. 223, Celso Antônio Bandeira de Mello entende que “o tratamento escandaloso que a Constituição dispensou ao assunto revela que inexistente coragem para enfrentar ou sequer incomodar as forças tão poderosas – as maiores existentes no País”. Critica as regras do dispositivo e ainda diz que a regra da extinção do contrato apenas por decisão judicial contraria “a regra geral que faculta ao concedente extinguir concessões ou permissões de serviço público!”²¹⁸

Sobre o princípio da complementariedade para as TVs e rádios estatais, públicas e privadas, o art. 223 da Constituição prevê que nas outorgas de serviços públicos de radiodifusão deve ser “observado o princípio da complementariedade dos

²¹⁷ Sobre o tema ver STJ, MS 5.307, de 1999, e o ministro Carlos Ayres Britto na ADPF 130, de 2009.

²¹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 703-705.

sistemas privado, público e estatal”. Ou seja, é obrigatório, constitucionalmente, que um terço das rádios e TVs no Brasil sejam estatais, um terço públicas e um terço privadas.

Em Curitiba, na TV aberta, há a Band, SBT, CNT, Record, e-Paraná e Globo. Ou seja, 5/6 das redes de TV aberta em Curitiba são privadas, 1/6 é estatal e 0% é pública. Em Curitiba, as duas únicas rádios de notícias existentes, CBN Curitiba e BandNews Curitiba, são de propriedade de uma mesma empresa (J. Malucelli). E isso se repete em cada cidade brasileira, às vezes de forma radical, pois em alguns locais o único sinal que chega é o da Rede Globo de Televisão.²¹⁹

Esse é um dos dispositivos constitucionais mais descumpridos em nosso país, um dispositivo autoexplicativo, que para ser aplicado não necessitaria de regulamentação em lei. É uma obrigação constitucional que a TV Brasil da Empresa Brasil de Comunicação S/A – EBC fosse transmitida em TV aberta em cada residência brasileira. É uma obrigação constitucional que pelo menos uma TV pública, no estilo BBC de Londres, também fosse sintonizada em TV aberta em cada aparelho de TV dos brasileiros.

Entretanto, reiteradamente revistas como a Veja e jornais como a Folha de S. Paulo atacam a existência de uma TV estatal da União, talvez por pretenderem que o dispositivo constitucional em comento seja extirpado e que seja previsto que a rádio e TV brasileiras sejam 100% privadas, o que seria um retrocesso para a exigência de pluralismo nos meios de comunicação de massa.

Há serviços públicos que a União não pode conceder para particulares, como os serviços postais (art. 21, inc. X), que são executados exclusivamente pelos Correios. Outros serviços públicos a União presta diretamente mas podem ser concedidos para a iniciativa privada, como os serviços de telecomunicações, energia elétrica, navegação aérea, transporte ferroviário, aquaviário e rodoviário, portos, etc. (art. 21, XI e XII). Há serviços públicos em que o Estado deve ser o principal prestador, mas que os particulares podem explorar, como previdência, saúde, assistência social e educação (arts. 196, 199, 201, 202, 203, 204, 205, 208, 209).

²¹⁹ Sobre o nepotismo na mídia do Paraná ver OLIVEIRA, Ricardo Costa de. Na teia do nepotismo: sociologia política das relações de parentesco e poder político no Paraná e no Brasil. Curitiba: Insight, 2012, 211-212.

Por fim, há os serviços públicos em que a União é obrigada a prestar, mas também é obrigada a conceder uma parte, como os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, conforme o art. 21, XII, a, e principalmente o art. 223 da Constituição analisado no presente tópico.²²⁰

Uma TV ou rádio estatal é aquela que faz parte da Administração Pública direta ou indireta. Normalmente serão criadas como fundações estatais de Direito Privado²²¹ ou como empresas públicas (empresas estatais com capital 100% estatal).

Uma TV ou rádio privada é uma empresa com finalidade lucrativa, uma empresa que fará parte do mercado ou do chamado “Segundo Setor”.

O que mais pode gerar debate é o termo “público” da Constituição. Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins entendem que estatal e público são sinônimos, o que seriam termos redundantes na Constituição. Entretanto, não parece estar correta essa concepção e uma dúvida que pode surgir é a seguinte: o termo “público” é o termo para uma entidade estatal, mas com uma grande participação popular em seus quadros diretivos, ou seria uma entidade do chamado “Terceiro Setor”, do “setor público não-estatal”, o setor das entidades privadas sem finalidade lucrativa?²²² Nesse caso o termo “público” não remeteria ao estatal, mas sim a uma atividade de interesse público. Renato Monteiro de Rezende entende que “público” representa as entidades do chamado “Terceiro Setor”.²²³

Já Alexandre Ditzel Faraco aduz que o termo “público” engloba tanto as entidades privadas sem fins lucrativos quanto as entidades estatais, desde que essas sejam independentes institucional e financeiramente, sem interferência do governo.²²⁴ Renato Monteiro de Rezende discorda que essa característica tenha que ser apenas das entidades “públicas” criadas pelo Estado, pois ele defende que

²²⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 688-690.

²²¹ Celso Antônio Bandeira de Mello entende que é inconstitucional a existência de fundações públicas de Direito privado. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

²²² Sobre Terceiro Setor ver o nosso VIOLIN, Tarso Cabral. Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

²²³ REZENDE, Renato Monteiro de. Direitos prestacionais da comunicação. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 216.

²²⁴ FARACO, Alexandre Ditzel. Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação: rádio, televisão e internet. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 216-217.

também as entidades estatais de TV e rádio sejam independentes.²²⁵ Defende-se posição semelhante à de Faraco, mas com algumas peculiaridades. As empresas “privadas” concessionárias/permissionárias de rádio e TV, cuja a característica principal é ser de propriedade da iniciativa privada e ter finalidade lucrativa, por ser uma prestadora de serviço público estará adstrita ao regime jurídico administrativo, sujeitas às questões relativas a transparência, não terem liberdade total para exibirem o que bem entenderem, sofrerem regulação estatal ou controle social, etc.

As entidades “públicas”, concordando com Faraco, seriam as entidades privadas sem fins lucrativos como por exemplo TVs e rádios comunitárias, que deveriam ser fomentadas pelo estado, mas seriam totalmente independentes do governo de plantão. Também seriam entidades “públicas” entidades de rádio e TV criadas pelo Estado, mas também totalmente independentes do governo, com fontes próprias de financiamento, independência para a escolha dos membros de seus conselhos e direção, escolha da programação, etc. Claro, também sujeitas ao regime jurídico administrativo por serem entidades estatais e também por prestarem serviços públicos.

As entidades “estatais” seriam as entidades criadas pelo Estado, com direção e conselhos escolhidos total ou parcialmente pelo governo, mas com forte participação popular, se não tanto de forma deliberativa, mas pelo menos participativa. Ou seja, é legítimo em uma Democracia que o governo democraticamente eleito se utilize de uma TV ou rádio estatais para a divulgação de suas políticas públicas, campanhas de interesse público, cobertura de eventos e debates públicos, etc. Mas não com o condão de que seja usada para propaganda político-partidária do governo de plantão e, para que isso não ocorra, forte controle social com participação de membros da sociedade civil organizada pelo menos em seus conselhos, de forma participativa e, porque não, em determinadas questões, deliberativa.

Essa é uma proposta não apenas para as entidades estatais de TV e rádio, mas para toda a Administração Pública brasileira. Se não se aceita mais o patrimonialismo, se o gerencialismo-neoliberal se mostrou um retrocesso ao

²²⁵ REZENDE, Renato Monteiro de. Direitos prestacionais da comunicação. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 217.

patrimonialismo, é essencial que implementemos a Administração Pública burocrática weberiana, com fortes traços democráticos participativos e deliberativos.²²⁶

Com as agências reguladoras dos meios de comunicação, há um grande risco de que entidades estatais independentes do governo serem capturadas pelo mercado, com seu poder econômico, justamente o setor que deveria ser fiscalizado e controlado pela agência.²²⁷ Não há problema que haja interferência do governo

²²⁶ Sobre o tema ver VIOLIN, Tarso Cabral. Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica, 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

²²⁷ Faraco propõe agência reguladora independente para aplicação e fiscalização, geridas por especialistas sem significativas pressões políticas, se pautando mais em aspectos técnicos e econômicos do que políticos, burocracia especializada não demanda por ministros com demandas políticas imediatistas, fora do controle do governo e do legislativo. Na prática deve ser relativizada a propagada assepsia da agência com relação ao ambiente político, pois agências podem sofrer pressões políticas e da opinião pública. Proteção dos próprios políticos de uma pressão excessiva da mídia. Poderia ser atribuída à Anatel (que já regula TV por assinatura) ou outra agência de radiodifusão e, quem sabe TV por assinatura. EUA FCC radiodifusão e telecomunicação, Reino Unido desde 2003 Ofcom tudo junto. Alemanha TV pertinente aos Estados e não federal, então separado. MP e associações privadas podem ajudar. Deve acabar controle de meios de comunicação por membros do Legislativo (vedado por Lei 4.117/62, art. 38, parágrafo único) e art. 54 da CF. Não figuram como sócios ou diretores, mas continuam controlando por meio de arranjos. Se elegem com mais facilidade. Questionável a proposta de agência reguladora, com mandato fixo dos dirigentes que extrapolam o mandato do presidente da República. A desculpa é a fuga do controle político, o que gera um déficit democrático, pois retira poder de quem foi democraticamente eleito, e a independência ao governo acaba gerando um maior risco de captura pelos interesses do mercado a ser regulado, muito poderoso economicamente e politicamente. Por que tanta aversão à política? Políticos tem menos déficit democrático do que Judiciário, Ministério Público e burocratas com estabilidade ou mandato fixo. Além da regulação estrutural, caberia regulação de conteúdo? Medidas estruturais não se traduzirão necessariamente em pluralidade e pontos de vista ou de conteúdos oferecidos pelas emissoras de radiodifusão. Intervenções sobre a estrutura das empresas tendem a ser um instrumento complexo e de resultados incertos. Dentro de certos limites, seria mais adequado trabalhar com opções que buscassem diretamente afetar o conteúdo que forma o espaço público. Idealmente, os serviços de radiodifusão deveriam colaborar para o desenvolvimento de um espaço público apto a promover um regime democrático, difundindo pluralidade de pontos de vista sobre questões relevantes e fornecer aos cidadãos informações que possam auxiliá-los na formação de uma capacidade pessoal para atuar no processo político, com dispersão do poder na sociedade, com cidadãos informados em melhor posição para fiscalizar e controlar o governo. Radiodifusão comercial pretende apenas aumentar suas receitas e audiência com entretenimento, e seria autoritário e ineficaz que um órgão público ditasse o que as informações que as pessoas precisam receber e em que formato, e geraria falência por falta de audiência. Ninguém deveria ser obrigado a perder sua telenovela para assistir um documentário sobre aquecimento global ou trabalho escravo, ou assumir uma atuação com significado político, pois em uma democracia é legítimo ignorar participar da política. No âmbito do jornalismo os anunciantes podem fazer com que se evitem editoriais críticos, assim como para não se perder audiência e mais anunciantes, posturas amenas. Com governos como principais anunciantes a perda para o processo democrático é ainda maior, pois se evitará assuntos que afetem interesses dos ocupantes de cargos no poder do uso das verbas publicitárias. Jornalismo não gera receitas adicionais, pois não são vendidos para outras emissoras, com reapresentações e comércio de DVDs. Hoje é Netflix. Pode-se pensar na troca de matérias jornalísticas entre TV aberta e por assinatura do mesmo grupo. Segundo Faraco a divulgação em outras mídias não traria benefício financeiro. Mas entende-se que pode sim, com a divulgação a marca, por exemplo a Globo citando a Folha. Depois o autor alerta que pode existir um empresário altruísta ou a ausência de lucro pode ser compensada pelo incremento de uma posição de poder na sociedade. Estudo no Reino Unido de 2004: programas de notícia têm rentabilidade abaixo da média.

democraticamente eleito em uma entidade estatal, desde que a democracia representativa seja continuamente aprimorada, com a limitação do poder econômico nas eleições; e desde que haja um forte controle popular na atuação dos órgãos e entidades estatais, de forma participativa e deliberativa.

Entre as rádios públicas estão as rádios comunitárias, nos termos da Lei 9.612/1998. A lei instituiu o serviço de radiodifusão comunitária - RadCom, que é a radiodifusão sonora, com potência limitada e cobertura restrita ao atendimento de determinada comunidade de um bairro ou vila. Além da lei, o serviço de radiodifusão comunitária obedece ao art. 223 da Constituição e, no que couber, à Lei 4.117/62. A lei é regulamentada pelo Decreto 2.615/98, que **aprova o Regulamento do Serviço de Radiodifusão Comunitária**, fixa as competências dos Ministérios das Comunicações e da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, entre outras disposições. Ainda há a Portaria 4.334/2015 do Ministério das Comunicações.

A finalidade é o atendimento à comunidade beneficiada, com vistas a dar oportunidade à difusão de temas da comunidade, formação, cultura, lazer; contribuição para o aperfeiçoamento profissional de jornalistas e radialistas e capacitar os cidadãos no exercício do direito de expressão. Segundo a lei as emissoras de rádios comunitárias devem atender, em sua programação, princípios muito semelhantes aos princípios constitucionais, mas voltados para a comunidade.

A lei veda expressamente o proselitismo de qualquer natureza nas rádios comunitárias; determina que a programação informativa e opinativa observarão princípios da pluralidade de opinião e de versão simultânea em matérias polêmicas, divulgando, sempre, as diferentes interpretações relativas aos fatos noticiados; determina que os cidadãos da comunidade beneficiada terão direito a opinar e se manifestar sobre os assuntos abordados na programação da emissora, durante a programação, mediante pedido.

Note-se que compete ao Poder Concedente outorgar às fundações e associações comunitárias, sem fins lucrativos (sediadas na área da comunidade

Assim, mais recursos são investidos em novelas e filmes. Externaldade negativa (dano ambiental de um produto mais barato): na mídia: veiculação sem qualquer restrição de conteúdos inadequados para crianças ou ofensivos para certas pessoas. FARACO, Alexandre Ditzel. Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação: rádio, televisão e internet. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

com dirigentes brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 anos sediados na área) autorização para exploração do Serviço de Radiodifusão Comunitária (com pagamento de taxa simbólica), observados os procedimentos estabelecidos na Lei e demais normas reguladoras, com validade de 10 anos (originalmente a previsão era de 3 anos), permitida a renovação por igual período e sendo vedada a transferência.

A entidade autorizada deve instituir um Conselho Comunitário composto por pelo menos cinco pessoas de entidades locais, associações de classe, beneméritas, religiosas ou de moradores, com o objetivo de acompanhar a programação da rádio. Para outorga da autorização será realizado um processo seletivo, com publicidade, análise técnica e de habilitação, para a seleção. Havendo apenas uma entidade interessada ela será a escolhida, existindo mais de uma, que não tenham interesse em se associarem, será escolhida a mais representativa e, havendo igualdade, a escolha será por sorteio. A cada entidade será outorgada apenas uma autorização, sendo vedada a outorga para entidades prestadoras de serviços de rádio e TV, ou que tenham associados ou dirigentes que participem de outra entidade outorgada.

A rádio comunitária não poderá manter vínculos que a subordinem a ao comando de qualquer outra entidade, mediante compromissos ou relações financeiras, religiosas, familiares, político-partidárias ou comerciais. Também é vedada a formação de redes de rádios comunitárias, excetuadas as situações de guerra, calamidade pública e epidemias, bem como as transmissões obrigatórias do Poder Público.

As rádios comunitárias podem receber patrocínio, sob a forma de apoio cultural, para os programas a serem transmitidos, dos estabelecimentos situados na área da comunidade atendida. Não é possível a cessão ou arrendamento da emissora ou de horários de sua programação.

Por fim, o Poder Concedente deve estimular o desenvolvimento de Serviço de Radiodifusão Comunitária em todo o território nacional. Há determinadas previsões na lei das rádios comunitárias que poderiam ser obrigações expressas também para as TVs e rádios comuns, como a proibição do proselitismo; programação informativa e opinativa respeitando o princípio da pluralidade de opinião e com versões antagônicas; direito do cidadão de opinar e de se manifestar

sobre os assuntos abordados na programação da emissora, durante a programação, mediante pedido (para as TVs e rádios comuns poderia ser um direito dado às entidades e não pessoas físicas); outorga apenas para entidades sem fins lucrativos; instituir de um conselho popular para acompanhar a programação das emissoras; proibição de vínculos que subordinem as emissoras ao comando de qualquer outra entidade, mediante compromissos ou relações financeiras, religiosas, familiares, político-partidárias ou comerciais; e proibição da cessão ou arrendamento da emissora ou de horários de sua programação. Renato Monteiro de Rezende chega a dizer que “a referida lei impõe às rádios comunitárias deveres equivalentes aos da *Fairness Doctrine*”, estudada anteriormente.²²⁸

Com a existência de várias emissoras “piratas”, foi editada a Lei das Rádios Comunitárias. Entretanto, ao invés de democratizar a mídia, a Lei acabou dificultando o desenvolvimento de novas rádios, com procedimentos exagerados fixados na lei, em seu regulamento e em outras normas, o que acabou gerando muitos indeferimentos e processos lentos no Ministério das Comunicações. Além disso, entre 1999 e 2004, mais de 50% das outorgas foram realizadas para políticos com mandato eletivo ou derrotados nas eleições, ou seus parentes; integrantes de partidos políticos; doadores de campanhas eleitorais; e ocupantes de cargos no 1º e 2º escalão nos Poderes Legislativo e Executivo das três esferas. Não há problema que cidadãos políticos tenham rádios comunitárias, desde que não sejam eleitos, e desde que os partidos políticos não exerçam controle mandamental nas rádios. Em 26.11.2004 foi editado um Decreto sem número pelo ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, criando um “Grupo de Trabalho Interministerial com a finalidade de analisar a situação da radiodifusão comunitária no País e propor medidas para disseminação das rádios comunitárias, visando ampliar o acesso da população a esta modalidade de comunicação, agilizar os procedimentos de outorga e aperfeiçoar a fiscalização do sistema”, quando Eunício de Oliveira era Ministro das Comunicações (e Portaria 76, de 10.02.2005). O relatório do GT apontou o caráter excludente da política de rádios comunitárias no país, por causa das exigências “burocráticas” (aqui no sentido pejorativo, e não técnico). Mas o relatório nunca foi entregue à Lula, pois quem assumiu o poder no Ministério foi Hélio Costa, com compromissos com a

²²⁸ REZENDE, Renato Monteiro de. Direitos prestacionais da comunicação. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 222.

radiodifusão comercial.²²⁹

No governo Dilma Rousseff (PT), durante a gestão do Ministro Ricardo Berzoini e do Secretário de Serviços de Comunicação Eletrônica Emiliano José, foi editada pelo Ministério a Portaria 4.334/2015, que simplificou e reduziu a exigência de vários documentos de habilitação antes pedidos nos processos de outorga (de 33 para sete documentos).

A Constituição ainda prevê a preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas, o que inviabilizaria o proselitismo religioso; promoção da cultura nacional e regional, da produção independente e regionalização; e o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família, da saúde e do meio ambiente. O art. 220, § 3º, II, prevê que compete à lei federal “estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221” (“preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas”, “promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação”, “regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei” e “respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”).

Sobre as restrições às propagandas de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias, o art. 220 prevê que “a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais” e “conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso”. O dispositivo prevê que compete à lei federal “estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão (...) da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente”.

²²⁹ LIMA, Venício; LOPES, Cristiano Aguiar. Rádios comunitárias: coronelismo eletrônico de novo tipo (1999-2004). Disponível em: <http://observatoriodaimprensa.com.br/download/Coronelismo_eletronico_de_novo_tipo.pdf>. Acesso em: 08.03.2016, p. 16, 18 e 40.

Os já citados Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), que tratam da liberdade de expressão, foram ratificados pelo Brasil em 1992, razão pela qual são direitos constitucionalmente garantidos, conforme art. 5º, § 2º, da Constituição Federal.

Em 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, por meio da Lei 8.069/90, proíbe, em seu art. 247, a divulgação, sem autorização prévia, por qualquer meio de comunicação, informações ou imagens relativas às crianças ou adolescentes a que se atribua ato infracional. Se o ato for praticado por empresas de comunicação, além das penalidades previstas, o Poder Judiciário poderá determinar a apreensão da publicação. O dispositivo ainda previa a suspensão da programação da emissora até por dois dias, bem como da publicação do periódico até por dois números, mas essa expressão foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn 869-2.

O presidente Fernando Henrique Cardoso (PSDB), agindo de forma inconstitucional, emitiu o Decreto 1.720/1995, alterando o Decreto 52.795/1963 (que regulamenta a Lei 4.117/62 e aprova o Regulamento dos Serviços de Radiodifusão) e previu que as outorgas para exploração dos serviços de radiodifusão serão precedidas de “processo seletivo”. Mas a Constituição de 1988 obriga a realização, como regra, de licitação prévia a qualquer celebração de contrato administrativo (art. 37, inc. XXI, e art. 175). Inconstitucional por prever a realização de processo seletivo e não licitação, e por regulamentar um processo administrativo por meio de simples ato administrativo, inovando no ordenamento jurídico, criando um tipo de decreto ou regulamento autônomo não permitido em nosso ordenamento, o que só poderia ser realizado por meio de lei.

A Lei 8.977/1995 (alterada pela Lei 12.485/2011) dispõe sobre o serviço de TV a Cabo, regulamentada pelo Decreto 2.206/97. A Lei 9.294/1996 proibiu propaganda de cigarros e obrigou as mensagens sobre os malefícios, proibiu a propaganda de bebidas alcoólicas entre 21 h e 6 h, exceto cerveja e vinho.

O Decreto 2.108/1996 acabou fazendo nova alteração no Regulamento dos Serviços de Radiodifusão, prevendo a realização de licitação, inclusive citando a Lei

Nacional de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei 8.666/93. Mas manteve uma inconstitucionalidade, ao prever em decreto, e não em lei, a previsão de que “é dispensável a licitação para outorga para execução de serviço de radiodifusão com fins exclusivamente educativos” (art. 13, § 1º). O art. 175 da Constituição obriga a realização de licitação nos casos de concessão ou permissão da prestação de serviços públicos (“sempre através de licitação”), sem abrir a possibilidade para casos de dispensa ou inexigibilidade. E, mesmo se fosse possível a dispensa ou inexigibilidade, esses casos devem ser previstos em lei, e não decreto, conforme o inc. XXI do art. 37 da Constituição (“ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública”). Essa dispensa de licitação inconstitucional gerou distribuição de rádios e TVs educativas para políticos, na gestão do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso (PSDB) e na do ex-presidente Lula (PT). No governo da presidenta Dilma Rousseff (PT) é feita a distribuição de outorgas por meio de processo de outorga, nos termos de Portarias editadas desde 2010, sendo a última a Portaria 4.335/2015 do Ministério das Comunicações.²³⁰ Por mais que continue agindo de maneira inconstitucional, pois o correto seria a realização de licitação, nos termos constitucionais, e não processo de outorga, pelo menos esse procedimento reduz a discricionariedade na escolha dos outorgantes, o que é uma tentativa de aplicação dos princípios da moralidade, impessoalidade e publicidade.

O Decreto 7.670/2012 da presidenta Dilma Rousseff (PT) alterou o Decreto 52.795/1963 (que regulamenta a Lei 4.117/62 e aprova o Regulamento dos Serviços

²³⁰ FHC descumpriu, assim, a promessa durante as eleições de fim da distribuição de TVs e rádios para políticos. LOBATO, Elvira. FHC distribuiu rádios e TVs educativas para políticos. Folha de S. Paulo, 24.08.2002. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u36586.shtml>>. Acesso em 09.03.2016. Prática repetida por Lula. LOBATO, Elvira. Governo Lula distribuiu TVs e rádios educativas a políticos. Folha de S. Paulo, 18.06.2006. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u79613.shtml>>. Acesso em: 09.03.2016. PORTAL Brasil. Governo facilita acesso a outorgas de rádio e TV. <http://www.brasil.gov.br/governo/2016/01/governo-facilita-acesso-a-outorgas-de-radio-e-tv>>. Acesso em: 09.03.2016. Renato Monteiro Rezende, sobre o tema, diz que há o entendimento que nas relações jurídicas entre Estado e Terceiro Setor, com interesses comuns e coincidentes, o entendimento tradicional seria pela não necessidade de licitação. Mas o autor entende que, nesse caso, por ser repassado bem público para particular, havendo pluralidade de interessados, deve haver processo seletivo. REZENDE, Renato Monteiro de. Direitos prestacionais da comunicação. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 225. Parece que o autor está tratando dos convênios. Entendemos que a outorga de rádio e TV para particulares se faz por contrato administrativo, e não convênio ou qualquer outro tipo de acordo, mesmo sendo uma das partes uma entidades do Terceiro Setor. Assim, a licitação é obrigatória, nos termos constitucionais, e não simples processo seletivo. Sobre o tema ver VIOLIN, Tarso Cabral. Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública, 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

de Radiodifusão) e previu que caberia ao Presidente da República a outorga de concessões de TVs e ao Ministro de Estado das Comunicações as rádios (concessão, permissão e autorização). Há regras de classificação das licitantes, como maior pontuação dependendo do tempo destinado a programas educativos; serviço jornalístico e noticioso; programas culturais, artísticos, educativos e jornalísticos a serem produzidos no município de outorga (para favorecer o localismo); e tempo destinado a programas culturais, artísticos, educativos e jornalísticos a serem produzidos por entidade que não tenha vínculo com entidades executoras de serviços de radiodifusão (para estimular a produção independente).

3. O ESTADO DAS COISAS: A CONCENTRAÇÃO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO E A AUSÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

3.1. OS MEIOS DE COMUNICAÇÃO NO BRASIL

O marco inicial da imprensa no Brasil decorreu da Revolução Constitucionalista do Porto de 1820, com o fim da censura no Reino de Portugal e a proliferação de jornais também no Brasil, então colônia do país ibérico; jornais de custo baixo, opinativos e panfletários, parciais e com um certo equilíbrio entre os vários grupos ideológicos, segundo Renato Rezende.²³¹ Já para Marco Morel²³² e Marialva Barbosa,²³³ de forma sistemática a imprensa nasce a partir de 1808, com a chegada da Corte portuguesa e a instalação da tipografia na Imprensa Régia. A Carta Constitucional brasileira outorgada em 1824, influenciada pelo Direito Francês e outras cartas da época, previa a liberdade de expressão e vedava a censura, conforme o art. 179, inc. IV: “Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publicá-los pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar”. Verifica-se que a preocupação era tipicamente liberal, no sentido de limitação do poder do Estado, um direito de defesa, sem haver o intuito de uma democratização dos meios de comunicação.

Mesmo assim houve perseguições, atentados e prisões de jornalistas no período pós-independência. A imprensa se mostrou forte quando participou do movimento pela abdicação de D. Pedro I e foi mais tolerada no reinado de D. Pedro II. Com a proclamação da República o jornalismo fica mais informativo e empresarial, financiado pela propaganda, com jornais maiores, com melhor técnica,

²³¹ REZENDE, Renato Monteiro de. Direitos prestacionais da comunicação. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 181.

²³² MOREL, Marco. Os primeiros passos da palavra impressa, p. 23-43. In: MARTINS, Ana Luiza; LUCA, Tania Regina de (Org.). História da Imprensa no Brasil. São Paulo: Contexto, 2015, p. 23.

²³³ BARBOSA, Marialva. História da comunicação no Brasil. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013, p. 17.

distribuição e circulação. Mas não deixaram de ser uma imprensa de opinião e utilizados como instrumento de divulgação das ideias de agremiações políticas. Em 1930 já eram aproximadamente 3 mil periódicos no país. Portanto, o que ocorreu na Europa durante o século XIX, da transformação da imprensa de opinião em um empreendimento capitalista, no Brasil ocorreu apenas no início do século XX. Sempre é bom lembrar que no século XIX e início do XX a grande maioria da população brasileira era analfabeta (82,6% em 1890) e, por isso, comunicação de massa começou a existir apenas quando implementadas as rádios, estações fundadas pelos proprietários de jornais, o que foi o embrião da propriedade cruzada e da concentração econômica da mídia no Brasil.²³⁴

Tanto era a imprensa utilizada como instrumento de divulgação das ideias de agremiações políticas que o Presidente Campos Salles (1898-1902) chegou a confessar, em suas memórias,²³⁵ que dispunha de verba pública publicitária secreta para comprar a opinião de jornais e jornalistas.²³⁶ Em 1890 foi editado o primeiro Código Penal brasileiro (Decreto 847/1890), que previa no art. 126 pena de prisão e multa a quem provocasse, por escritos impressos distribuídos por mais de 15 pessoas, ou por discursos públicos, a prática dos crimes de “conspiração”, “sedição e ajuntamento ilícito” e “resistência” (arts. 115 a 126), que eram “crimes contra a segurança interna da República”. O Código fixava penas e multas mais altas para os crimes contra a honra e boa fama como calúnia e injúria, cometidas por meio de publicação de panfleto ou impresso distribuído por mais de 15 pessoas, ou afixado em lugar frequentado, contra o Poder Público ou seus agentes (arts, 315 a 325). Por fim, o Decreto ainda criminalizava os estabelecimentos de impressão que não tivessem licenças do Poder Público municipal para o funcionamento.

A Constituição de 1891, na seção de declaração de direitos, no art. 72 assegurava a inviolabilidade de direitos individuais e em seu § 12, com texto semelhante ao da Constituição de 1824, garantia a livre manifestação de pensamento pela imprensa ou pela tribuna, proibindo a censura, vedando o

²³⁴ REZENDE, Renato Monteiro de. Direitos prestacionais da comunicação. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 181-183.

²³⁵ Manuel Campos Sales publicou “Da propaganda à presidência”, pela editora Tip. A, de Lisboa.

²³⁶ ELEUTÉRIO, Maria de Lourdes. Imprensa a serviço do progresso, p. 83-102. In: MARTINS, Ana Luiza; LUCA, Tania Regina de (Org.). História da Imprensa no Brasil. São Paulo: Contexto, 2015, p. 86.

anonimato e fixando que cada um responderia pelos abusos que cometessem, na forma da lei.

Mesmo assim, nos primeiros anos da República, ocorreram violações dessa liberdade, contra os defensores da monarquia, em períodos de estado de sítio como no governo de Arthur Bernardes (1922-1926) e contra veículos alternativos de operários anarquistas.²³⁷ Em 1921 foi editado pelo Presidente Epitácio Pessoa o Decreto 4.269/1921, que regulava a repressão ao anarquismo e considerava crime, com pena de prisão e multa, provocar por escrito, verbalmente em público ou por qualquer outro meio de publicidade, a prática de crimes de dano, depredação, incêndio ou homicídio, com o fim de subverter a organização social da época.²³⁸ Em 1923 começou a regulação da mídia no Brasil, mas de forma pouco democrática, quando o Presidente Arthur Bernardes editou o Decreto 4.743/23, que regulava a liberdade de imprensa, com penas de prisão e multas severas contra jornalistas e a imprensa; em especial no caso de ofensa contra o próprio Presidente da República e Chefes de Estado e diplomatas estrangeiros; com proibição de ofensas a alguma nação estrangeira em filmes e impressos; responsabilização por abusos de liberdade de imprensa do autor, do editor, do dono do estabelecimento e até dos vendedores e distribuidores dos impressos; regulamentava o Código Penal sobre a obrigatoriedade de licenças do Poder Público, com matrícula em cartório, para o funcionamento dos jornais e mídias de impressão, inclusive com a previsão de multas.

O que talvez tenha de mais importante no Decreto 4.743/1923 foi, pela primeira vez no Brasil, a previsão do **direito de resposta**, em seu art. 16 e seguintes. Os jornais e demais publicações periódicas deveriam publicar em três dias, contados do recebimento da resposta, por ofensas ou referências de fato inverídico ou errôneo, uma resposta no mesmo lugar e com os mesmos caracteres da publicação inicial. Se a mídia deixasse de inserir a resposta, o Poder Judiciário poderia obrigar a realização da publicação da resposta e aplicar multa pecuniária (inclusive com desconsideração da pessoa jurídica), no prazo de 24 horas, sem possibilidade de recurso.

²³⁷ REZENDE, Renato Monteiro de. Direitos prestacionais da comunicação. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 182.

²³⁸ Na década dos anos 1920 surge o cinema no Brasil. BARBOSA, Marialva. História da comunicação no Brasil. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013, p. 210.

A regulação da radiodifusão começou no Brasil em 1931 com o Decreto 20.047/1931, e depois com o Decreto 21.111/1932, editados pelo presidente Getúlio Vargas, que regulamentaram os serviços de radiocomunicação no país, fixando a União como competente exclusivo para legislar sobre o tema, ser prestadora, mas possibilitando que o governo federal repassasse a execução para terceiros de serviços não-privativos. Previram, ainda, a existência de uma rede nacional estatal de rádio.

A Constituição de 1934, promulgada na era Vargas, consolidou o direito de resposta no Brasil (art. 113, nº 9), após a previsão no Decreto 4.743/1923; vedou a propriedade de empresas jornalísticas a sociedades anônimas e a estrangeiros (art. 131); previu que compete privativamente à União explorar ou conceder os serviços de radiocomunicação (art. 5º, VIII), consolidando os Decretos 20.047/1931 e 21.111/1932.

A Constituição de 1937, outorgada por Vargas no Estado Novo, previa em seu art. 122, nº 15, “com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a **censura prévia** da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação” e que “nenhum jornal pode recusar a inserção de comunicados do Governo, nas dimensões taxadas em lei”. Tania Regina de Luca informa que o direito individual de livre manifestação subornava-se a condições e limites prescritos em lei, em nome de garantir a paz, a ordem e a segurança, justifica-se a censura prévia e a faculdade às autoridades competência para proibir a circulação de algo que fosse considerado impróprio.²³⁹

Foi com Vargas também a institucionalização do Departamento de Imprensa e Propaganda – DIP, ao mesmo tempo em que foi consolidada a política de fomento (subsídios, isenções) para a mídia como estratégia de cooptação, como por exemplo a isenção do imposto alfandegário na importação do papel.²⁴⁰

²³⁹ LUCA, Tania Regina de. A grande imprensa na primeira metade do século XX, p. 149-17543. In: MARTINS, Ana Luiza; LUCA, Tania Regina de (Org.). História da Imprensa no Brasil. São Paulo: Contexto, 2015, p. 171 e 172.

²⁴⁰ REZENDE, Renato Monteiro de. Direitos prestacionais da comunicação. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 183.

A Constituição de 1946 determinou que é livre a manifestação do pensamento; proibiu a censura; manteve o direito de resposta; acabou com a necessidade de licença do Poder Público para a publicação de livros e periódicos (art. 141, § 5º); manteve a restrição à propriedade de empresas jornalísticas, incluindo as rádios; admitiu a propriedade de empresas de radiodifusão a partidos políticos mas proibindo para estrangeiros, pois a brasileiros caberia, exclusivamente, a responsabilidade principal delas e a sua orientação intelectual e administrativa (art. 160); manteve a competência da União para explorar diretamente ou realizar autorização/concessão dos serviços de radiocomunicação e radiodifusão (art. 5º, XII); e previu, durante o estado de sítio, que o Presidente determine censura na radiodifusão, cinema e teatro (art. 209).

Em 1950, com total liberdade e sem qualquer tipo de regulação, foi fundada a TV Tupi, por Assis Chateaubriand, dono dos Diários Associados, que incluía também jornais, revistas e emissoras de rádio. Chatô chegou a ser dono de 90 empresas, com jornais, a maior importante revista da época “O Cruzeiro”, 28 emissoras de rádio e nove de televisão, e para ter imunidade, chegou a se tornar Senador sem um único voto. Era famoso por fazer achaques com notícias manipuladas e ganhar, com isso, muito dinheiro com publicidade.²⁴¹

Carlos Lacerda²⁴² e a sua Tribuna da Imprensa foram essenciais para o suicídio de Getúlio Vargas e a tentativa sem êxito de impedimento da posse de Juscelino Kubitschek. Lacerda chegou a dizer antes da eleição de Vargas em 1950 que Getúlio “não deve ser candidato à presidência. Candidato, não deve ser eleito. Eleito, não deve tomar posse. Empossado, devemos recorrer à revolução para impedi-lo de governar”.²⁴³

²⁴¹ LAURENZA, Ana Maria de Abreu. Batalhas em letra de forma: Chatô, Wainer e Lacerda, p. 179-187. In: MARTINS, Ana Luiza; LUCA, Tania Regina de (Org.). História da Imprensa no Brasil. São Paulo: Contexto, 2015.

²⁴² Sobre seus embates com Samuel Weiner do última Hora ver BARBOSA, Marialva. História da comunicação no Brasil. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013, p. 244.

²⁴³ LAURENZA, Ana Maria de Abreu. Batalhas em letra de forma: Chatô, Wainer e Lacerda, p. 179-187. In: MARTINS, Ana Luiza; LUCA, Tania Regina de (Org.). História da Imprensa no Brasil. São Paulo: Contexto, 2015, p. 190.

Não há como estudar a democratização da mídia sem conhecer a biografia escrita por Fernando Morais²⁴⁴ de Francisco de Assis Chateaubriand Bandeira de Melo, nascido em Umbuzeiro/PB em 1892.²⁴⁵ Muito inteligente, Chatô começou a escrever em jornais quando ainda era estudante de Direito da Faculdade de Direito do Recife (hoje UFPE). Também começou a participar da política na época. Apoiou um oligarca milionário, dono do Diário de Pernambuco (o mais antigo da América Latina), candidato do seu tio-avô e ex-governador de Pernambuco (Bandeira de Melo), para o governo do Estado. O oligarca foi o vencedor de uma eleição com grandes suspeitas de corrupção, fraude e violência, mas o povo enfurecido não permitiu a posse. O Diário chegou a ser atacado e por um período Chatô foi o diretor do jornal, que era símbolo da eleição fraudada, com tentativas por parte de Chatô de divulgar textos incentivando a posse de seu patrão. Ou seja, tentou defender um governo com votação burlada. Não foi apenas a inteligência e a coragem que levou Chatô onde chegou. Contatos com a elite financeira e política; fraude em documentos quando advogava; não pagava imposto; defensor do grande capital estrangeiro; empréstimos “amigos” em bancos públicos e privados; mau pagador de dívidas; suspeito de corrupção e pagador de propinas; anúncios milionários de propaganda governamental; caixa 2 em suas empresas; uso de seus meios de comunicação para extorsão (banqueiros e grandes empresários morriam de medo de Chatô, que teve problemas desde com Matarazzo até Ermírio de Moraes) e para uso político-eleitoral; matérias que deixavam o leitor em dúvida se era reportagem informativa ou anúncio pago; ampliou jornais com dinheiro de campanhas políticas; recebimento de propinas para defesa de empreendimentos privados em seus jornais (ética jornalística passava longe de Chatô); ofensas contra seus inimigos; mandava capar seus inimigos/credores; depunha ministros de Estado desafetos com um telefonema; etc.²⁴⁶

Os artigos que escrevia em períodos eleitorais davam a impressão de serem escritos conforme o público que quisesse atingir. Para indispor inimigos políticos com os militares, Chatô passava dias ampliando e repercutindo, em sua coluna,

²⁴⁴ MORAIS, Fernando. Chatô: o rei do Brasil, a vida de Assis Chateaubriand. São Paulo: Companhia das Letras, 1994, 736 p.

²⁴⁵ Sobre o tema ver, ainda, BARBOSA, Marialva. História da comunicação no Brasil. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

²⁴⁶ MORAIS, Fernando. Chatô: o rei do Brasil, a vida de Assis Chateaubriand. São Paulo: Companhia das Letras, 1994, 736 p.

pequenos episódios que, a rigor, não mereceriam mais que uma pequena nota política. Telefonemas de Chatô para os diretores e editores de seus jornais eram constantes para que ficassem a disposição de determinadas campanhas eleitorais. Políticos pagavam, com dinheiro público, na boca do caixa, para que seus governos fossem promovidos pela revista Cruzeiro ou outras mídias de Chatô, que se defendia, dizendo que não era algo imoral ou ilegal, “mas uma prática comum, e que seus jornais não eram os únicos a receber tais pagamentos”. Mentiras sobre governos para intervir na política. Defensor do capital estrangeiro, virava nacionalista por ocasião para o bem dos grandes anúncios em suas empresas.

Fernando Moraes deixa clara a posição de Chatô: “quem quisesse ter opinião que fizesse como ele: comprasse um jornal” e informa sobre várias características e atuações questionáveis de Chatô, como ele ter usado seus jornais para levantar mentiras sobre produto de empresa cujo dono não quis vendê-la para Chatô; traições políticas por motivos até hoje não muito claros; apoiou o Estado Novo de Vargas; praticamente obrigou que o juiz Nelson Hungria retirasse o pátrio de poder da mãe de sua filha; tinha o Poder Judiciário em suas mãos; era racista e integralista; inquéritos policiais contra ele eram estranhamente arquivados; fez Getúlio Vargas editar Decreto-Lei mudando a legislação de Direito de Família no Brasil, para favorecer ele a ficar com a guarda da filha, em troca da demissão de um jornalista contrário ao Estado Novo; intermediava facilidades para empresários junto aos governos; ficava com parte do dinheiro de campanhas filantrópicas que seriam sem fins lucrativos; contrabandeou 200 aparelhos de TV para o Brasil para que a TV Tupi tivesse o mínimo de audiência e burlou concurso da sua própria rádio e conseguiu emprego de consulesa para as mulheres que ele amava. Em 1951 decidiu que queria ser Senador da República, mas como as eleições seriam apenas em 1954, conseguiu que Vargas nomeasse o senador da Paraíba para o Tribunal de Contas da União e em troca de uma prebenda seu suplente também renunciasse. Com o cargo vago foi realizada eleição suplementar, Chatô foi candidato com um suplente milionário, com seus meios de comunicação (cinco aparelhos de TV foram colocados em pontos estratégicos de João Pessoa, para a divulgação dos comícios, que com isso era a terceira cidade do Brasil a ver uma TV funcionando), distribuição de dinheiro e pressão dos coronéis locais, Chatô foi eleito senador pela Paraíba, sua terra natal, e seu mandato foi basicamente um ataque contra o monopólio estatal do

petróleo e em defesa dos cafeicultores, mas na maioria das vezes viajava para passear na França. Sem ter colocado os pés na Paraíba nos seus dois anos de mandato, perdeu na tentativa de reeleição, já no período pós-Vargas. Incrivelmente, em 1954, Chatô colocou na parede Tancredo Neves e Juscelino Kubitschek, e para que os Diários Associados apoiassem JK para a presidência, exigiu ser Senador pelo Maranhão, com toda a história praticamente se repetindo (renúncia do senador titular e suplente e novas eleições) e findando na eleição fraudada de Chatô. Chatô sempre tentava destruir seus adversários. Junto com Carlos Lacerda da Tribuna de Imprensa e Roberto Marinho de O Globo e da Rádio Globo, fizeram uma guerra contra Samuel Weiner do jornal Última Hora, amigo de Vargas, que vinha fazendo muito sucesso, que teria sido criado com dinheiro do Banco do Brasil. Mas isso era comum na época, pois se o Última Hora emprestou Cr\$ 26 milhões, Roberto Marinho havia emprestado Cr\$ 50,4 milhões e os Diários Associados Cr\$ 113,6 milhões (aproximadamente US\$ 25 milhões em 2017). Com mais a denúncia de que Weimer não era brasileiro, a pressão fez com que Vargas mandasse executar a dívida com Weiner em 8 dias. Posteriormente Weiner disse: “nunca perdoei a revista Veja por chamar-me de ‘Cidadão Kane’. O verdadeiro ‘Cidadão Kane’ foi Assis Chateaubriand”. Após a morte de Vargas, muito devido à campanha de Lacerda e Chatô como oposição, mesmo com o povo revoltado contra os dois, Chatô conseguiu a vaga de Vargas na Academia Brasileira de Letras. Apoiou JK nas eleições, mas para não apoiar o golpe que foi tentado contra a posse de Juscelino, Chatô exigiu virar Embaixador do Brasil em Londres (segundo Moraes foi um péssimo Embaixador, defendeu a ditadura portuguesa mas conseguiu com Salazar virar nome de avenida em Portugal). Não pagou dívida com a Caixa Econômica Federal relativa ao MASP. Conseguiu junto ao governador biônico Paulo Pimentel que uma cidade fosse denominada de Assis Chateaubriand no interior do Paraná.²⁴⁷

Dizia: “Lei, lei! Será que toda merda de lei neste país foi feita para me prejudicar? Se é assim, se a lei é contra mim, então, meus senhores, vamos ter que mudar a lei!” No final de seu primeiro Governo, Vargas editou o Decreto-Lei 7.666/45 (chamada de “Lei Malaia”, apelidada pejorativamente por causa das feições asiáticas do seu autor, o Ministro da Justiça Agamenon Magalhães, tratado pelos

²⁴⁷ MORAIS, Fernando. Chatô: o rei do Brasil, a vida de Assis Chateaubriand. São Paulo: Companhia das Letras, 1994, 736 p.

seus adversários de “o Malaio”), com o intuito de proteger a economia e as empresas brasileiras contra a ação dos grandes trustes nacionais e estrangeiros. Mas Chatô entendeu que o DL foi criado para acabar com os Diários Associados, pois proibia que empresas jornalísticas de um mesmo dono pudessem ser acionistas de outras do mesmo ramo, ou que se fundissem, ou se organizassem em associação ou agrupamento sob um só controle. Com o golpe militar contra Vargas o presidente interino José Linhares revogou o DL 7.666 com o DL 8.167/45, antes da presidência de Dutra. Durante o governo JK, Chatô queria várias concessões de canais, e para isso dedicava especial atenção com o general Olímpio Mourão Filho, presidente da Comissão Técnica de Rádio do Ministério da Viação e Obras Públicas, que depois passaria a se chamar Departamento Nacional de Telecomunicações – Dentel, com convites para viagens à Amazônia. Com todos esses atributos, virou dono de jornal aos 32 anos, era dono da revista com maior circulação nacional, o Cruzeiro (em 1952 a vendagem era de 550 mil exemplares semanais – chegando a 720 mil exemplares na morte de Vargas -, para um país de 50 milhões de habitantes, com 10 vezes mais leitores do que a soma dos telespectadores das suas duas estações de televisão), em 1946 foi chamado pelo The New York Times de “Hearst brasileiro” (William Randolph Hearst foi o magnata estadunidense conservador e sensacionalista dono de cadeia de jornais que inspirou o filme Cidadão Kane de Orson Welles), criou a primeira TV da América Latina em 1950, a Tupi. Em 1959 começa decair o império, com a perda da audiência da TV Tupi, dos leitores de O Cruzeiro, perda das vedetes do jornalismo para adversários, ainda mais depois de uma trombose em 1960. Sendo uma das trincheiras contra o governo Jango, os favores estatais secaram. Até o golpe de 1964, Chatô destilou todo o seu ódio à esquerda, à reforma agrária, à UNE e aos sindicatos de trabalhadores, e ajudou a organizar o golpe, reatando inclusive com antigos inimigos. No pós-golpe traiu antigos aliados, como JK, mas o romance com os golpistas e militares não chegou a durar 4 meses. Chatô pagou caro o fim do romance, com a ditadura militar beneficiando as organizações Globo e os demais adversários de Chatô. A biografia de Chatô relata um dos mais rumorosos episódios da televisão brasileira foi o caso Time-Life, quando em 1965 foi preso no Rio de Janeiro um cubano que era empregado do poderoso Time-Life Incorporation para executar dois contratos com a recém fundada TV Globo de Roberto Marinho, para instalações eletrônicas, técnica financeira e comercial. Isso feria o art. 160 da

Constituição, que vedava a propriedade ou participação acionária de estrangeiros em empresas jornalísticas ou de radiodifusão. Escândalo amplamente divulgado pela imprensa, com treze donos de jornais de São Paulo lançando um manifesto à nação conclamando o Conselho de Segurança Nacional e o Conselho Nacional de Telecomunicações a agirem para coibirem os contratos. Foi aberta uma CPI que apurou que nos três anos anteriores foi repassado pelo Time-Life para a TV Globo aproximadamente US\$ 37 milhões (atualizado em 2017). Marinho depôs na CPI e disse que não havia nada de secreto nos contratos, e que comunicou o fato ao presidente Castelo Branco e a ministros. Em 1967, poucos dias antes de entregar o cargo para Costa e Silva, Castelo Branco baixou o Decreto-Lei 236/67, que em seu art. 12 limitava a cinco o número de estações de TV que poderiam pertencer a um mesmo grupo privado (três estações regionais e duas nacionais), o que prejudicou ainda mais Chatô, que desde o final do governo JK não recebia verbas públicas federais. Em 1967, em crise financeira, Chatô vendeu sua TV Cultura Canal 2 de São Paulo para o governo estadual, mas com medo que o novo concorrente disputasse o minguado mercado publicitário, exigiu que no contrato que, nas mãos do estado, a TV jamais exibisse anúncios. Morreu em 1968 em São Paulo.²⁴⁸

A história de Chatô e dos Diários Associados, assim como a de Roberto Marinho e as Organizações Globo, mostra que esses impérios midiáticos foram criados e cresceram não apenas com a competência de seus proprietários e equipes, mas também graças a práticas antijurídicas, o que prejudica o discurso contrário ao fomento estatal aos pequenos meios de comunicação, de que esses meios menores são pequenos por serem menos eficientes. Parece que em sua época Chatô foi mais poderoso do que Roberto Marinho, mas sem dúvida as Organizações Globo, na fase atual do capitalismo, é mais deletéria para a Democracia brasileira do que os Diários Associados (TV Tupi, O Cruzeiro, etc.).

Sobre o Código Brasileiro de Telecomunicações e ditadura militar, em 1962 é promulgado pelo Presidente João Goulart - Jango, o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62),²⁴⁹ que estabelece prazos de concessão de 10 anos para rádios e 15 anos para TVs, prorrogados indefinitivamente (art. 33, § 3º);

²⁴⁸ MORAIS, Fernando. Chatô: o rei do Brasil, a vida de Assis Chateaubriand. São Paulo: Companhia das Letras, 1994, 736 p.

²⁴⁹ Sobre os vetos de Jango ao CBT ver AMORIM, Paulo Henrique. O quarto poder: uma outra história. São Paulo: Hedra, 2015, p. 516-521. A Lei 4.117/62 foi alterada recentemente pela Lei 13.424/2017.

exigência de finalidade educativas e culturais na prestação dos serviços de radiodifusão; obrigação de 5% da programação para notícias; reserva de duas horas diárias de programação para uso de candidatos e partidos, nos três meses anteriores às eleições; direito de resposta; e que não poderá exercer a função de diretor ou gerente de empresa concessionária/permissionária/autorizada de serviços de radiodifusão quem esteja no gozo de imunidade parlamentar ou de foro especial (art. 38, parágrafo único). Ou seja, se dependesse apenas da lei os que tivessem imunidade parlamentar ou foro especial poderiam ser donos de TVs e rádios, mas não poderiam ser diretores ou gerentes.

O Decreto 52.795/1963 regulamenta a Lei 4.117/62 e aprova o Regulamento dos Serviços de Radiodifusão, e previa que seria do Presidente da República a atribuição de outorgar concessões de prestação de serviços de TV e rádios regionais e nacionais, e ao Conselho de Telecomunicações os locais, retransmissoras e repetidoras (art. 6º).

Em 1967, já durante a ditadura militar-empresarial, após o golpe de 1964, o Decreto-Lei 236/67 efetivou várias modificações no Código Brasileiro de Telecomunicações, inclusive no direito de resposta e prevê a TV Educativa. De forma tímida, o DL 236/67, vigente até hoje, prevê uma limitação à concentração da mídia de rádio e TV no art. 12. Cada empresa concessionária ou permissionária, para executar serviço de radiodifusão, em todo o país, teriam os seguintes limites: rádios locais de ondas médias 4 e de frequência modulada 6; rádios regionais de ondas médias 3 e de ondas tropicais 3, sendo no máximo 2 por estados; rádios nacionais de ondas médias 2 e de ondas curtas 2. Para TVs 10 em todo território nacional, sendo no máximo 5 em VHF e 2 por estado. O problema é que o § 2º prevê que não serão computadas as estações repetidoras e retransmissoras de televisão, pertencentes às estações geradoras. O § 7º ainda veda que as empresas estejam subordinada a outras que se constituem com a finalidade de estabelecer direção ou orientação única, por meio de cadeias ou associações de qualquer espécie. Essa tímida tentativa de barrar a concentração da mídia foi facilmente burlada pela Rede Globo de Televisão, como adiante será analisado.

Como a restrição é pessoal a norma é burlada com a distribuição de concessões a membros de uma mesma família. O governo Lula tornou público um

cadastro do Ministério das Comunicações que revelou que a Família Marinho (Globo) tinha 17 emissoras de TV em 1994 e 32 em 2000, fato semelhante que ocorre com a Família Abravanel (SBT) e Saad (Bandeirantes), com concessões para cônjuges, irmãos, filhos e netos, em mais um exemplo de patrimonialismo antirrepublicano.²⁵⁰ A Lei 5.250/67 também faz alterações no direito de resposta.

A Constituição de 1967 (150, § 8º)²⁵¹ e a Emenda Constitucional 01/1969 (art. 153, § 8º)²⁵² preveriam a liberdade de manifestação de pensamento, independentemente de censura. Entretanto, a Emenda trouxe a contribuição de que não seriam toleradas as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.

Nesta época a TV passa a ser o mais importante meio de comunicação de massa no Brasil, sendo que existiam quatro milhões de aparelhos para aproximadamente 90 milhões de brasileiros. Ainda um país de analfabetos, ao invés de investimentos em educação, foram criados programas de incentivo à compra de TVs e investimentos pela União em infraestrutura de telecomunicações, que possibilitaram, a partir de 1969, a transmissão nacional da TV, que tinham apenas um caráter regional.²⁵³

Com isso, o Decreto-Lei 1.077/1970 foi editado pelo Presidente Emílio G. Médici, com o intuito de “proteger a instituição da família, preservar os valores éticos e assegurar a formação sadia e digna da mocidade”, considerando que “algumas revistas fazem publicações obscenas e canais de televisão executam programas contrários à moral e aos bons costumes”, que “se tem generalizado a

²⁵⁰ Sobre essa relação de governos com os grandes meios de radiodifusão, ver REZENDE, Renato Monteiro de. *Direitos prestacionais da comunicação*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 191 e FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação: radio, televisão e internet*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 171.

²⁵¹ “§ 8º - É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe.”

²⁵² “§ 8º É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.”

²⁵³ LIMA, Venício A. de. *Mídia: teoria e política*, 2ª ed. São Paulo: Perseu Abramo, 2004, p. 145-177.

divulgação de livros que ofendem frontalmente à moral comum”, “que tais publicações (...) insinuam o amor livre e ameaçam destruir os valores morais da sociedade Brasileira”, “que o emprego desses meios de comunicação obedece a um plano subversivo, que põe em risco a segurança nacional”; incumbiu o Ministério da Justiça de realizar o controle dos meios de comunicação e coibir expressões contrárias à moral e aos bons costumes, por meio da Polícia Federal.

Os ditadores verificariam, antes da divulgação de livros e periódicos, a existência de alguma infringência, e o Ministro proibia a divulgação da publicação e determinava a busca e a apreensão de todos os seus exemplares, inclusive de obras estrangeiras. Além de responsabilidade criminal, seria aplicada multa contra os responsáveis e, como fez Adolf Hitler na Alemanha Nazista, os exemplares seriam incinerados. As mesmas normas seriam aplicáveis também às diversões e espetáculos públicos, bem como à programação das emissoras de rádio e televisão.

Como disse Washington Olivetto, “O Brasil deixou de falar português para falar tvglobês.”²⁵⁴ A Rede Globo de Televisão é um dos símbolos brasileiros do poderio que as grandes redes de TV abertas têm no país. O documentário *Beyond Citizen Kane*²⁵⁵ da BBC, de 1992, faz uma análise do poderio da Globo e compara Roberto Marinho ao Cidadão Kane de Orson Welles.²⁵⁶

No documentário é informado que Tancredo Neves teria dito: “Olha Ulisses, eu brigo com o papa, eu brigo com a Igreja Católica, eu brigo com o PMDB, com todo mundo, eu só não brigo com o Doutor Roberto”. Chico Buarque diz: “Eu acho que ele é mais poderoso do que Cidadão Kane, inclusive, o Cidadão Kane nunca imaginou ter esse poder todo, Roberto Marinho é a força política mais importante em um país de 150 milhões de habitantes, nada se faz sem consultar o Dr. Roberto Marinho, é assustador”. Chatô fazia comentários racistas contra Marinho e disse: “Roberto Marinho é um débil mental sem remédio, o capanga de um calabrês, alagado que foi para arruinar o rádio e a televisão brasileira, em proveito de um

²⁵⁴ BEYOND Citizen Kane. Direção: Simon Hartog. Londres: BBC, 1992. Disponível no Youtube <<https://youtu.be/ZEP4bNYxKZk>> acessado em 18.02.2016.

²⁵⁵ Conforme relato do ex-presidente José Sarney. REZENDE, Renato Monteiro de. Direitos prestacionais da comunicação. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 287

²⁵⁶ Sobre a Globo ver ainda ALVES, Júlia Falivene. A invasão cultural norte-americana, 20ª ed. São Paulo: Moderna, 1988, p. 113-116.

grupo financeiro de fora”.²⁵⁷ Já Armando Falcão, Ministro da Justiça entre 1974 e 1979, defende o monopólio da Globo: “O monopólio da Rede Globo é o monopólio da competência” e deixa claro como a Globo apoiou o governo ditatorial militar: “O Doutor Roberto Marinho nunca me criou qualquer tipo de dificuldade”.

Sobre a Globo, é histórico o direito de resposta conseguido na Justiça pelo então governador do Rio de Janeiro, Leonel Brizola, lido pelo apresentador do Jornal Nacional, da Rede Globo, Cid Moreira, em 13.03.1994:

“Em cumprimento à sentença do Juiz de Direito da 18ª Vara Criminal da Cidade do Rio de Janeiro, em ação de Direito de Resposta movida contra a TV Globo, passamos a transmitir a nota de resposta do Sr. Leonel de Moura Brizola:

Todos sabem que eu, Leonel Brizola, só posso ocupar espaço na Globo quando amparado pela Justiça. Aqui citam o meu nome para ser intrigado, desmerecido e achincalhado perante o povo brasileiro.

Quinta-feira, neste mesmo Jornal Nacional, a pretexto de citar editorial de ‘O Globo’, fui acusado na minha honra e, pior, apontado como alguém de mente senil.

Ora, tenho 70 anos, 16 a menos que o meu difamador Roberto Marinho, que tem 86 anos. Se é esse o conceito que tem sobre os homens de cabelos brancos, que o use para si.

Não reconheço à Globo autoridade em matéria de liberdade de imprensa, e basta para isso olhar a sua longa e cordial convivência com os regimes autoritários e com a ditadura de 20 anos, que dominou o nosso país.

Todos sabem que critico há muito tempo a TV Globo, seu poder imperial e suas manipulações. Mas a ira da Globo, que se manifestou na quinta-feira, não tem nenhuma relação com posições éticas ou de princípios. É apenas o temor de perder o negócio bilionário, que para ela representa a transmissão do Carnaval.

Dinheiro, acima de tudo.

Em 83, quando construí a passarela, a Globo sabotou, boicotou, não quis transmitir e tentou inviabilizar de todas as formas o ponto alto do Carnaval carioca. Também aí não tem autoridade moral para questionar. E mais, reagi contra a Globo em defesa do Estado do Rio de Janeiro que por duas vezes, contra a vontade da Globo, elegeram-me como seu representante maior.

E isso é que não perdoarão nunca.

Até mesmo a pesquisa mostrada na quinta-feira revela como tudo na Globo é tendencioso e manipulado. Ninguém questiona o direito da Globo mostrar

²⁵⁷ MORAIS, Fernando. Chatô: o rei do Brasil, a vida de Assis Chateaubriand. São Paulo: Companhia das Letras, 1994, p. 671.

os problemas da cidade. Seria antes um dever para qualquer órgão de imprensa, dever que a Globo jamais cumpriu quando se encontravam no Palácio Guanabara governantes de sua predileção.

Quando ela diz que denuncia os maus administradores deveria dizer, sim, que ataca e tenta desmoralizar os homens públicos que não se vergam diante do seu poder.

Se eu tivesse as pretensões eleitoreiras, de que tentam me acusar, não estaria aqui lutando contra um gigante como a Rede Globo.

Faço-o porque não cheguei aos 70 anos de idade para ser um acomodado.

Quando me insulta por nossas relações de cooperação administrativa com o governo federal, a Globo remorde-se de inveja e rancor e só vê nisso bajulação e servilismo. É compreensível: quem sempre viveu de concessões e favores do Poder Público não é capaz de ver nos outros senão os vícios que carrega em si mesma.

Que o povo brasileiro faça o seu julgamento e na sua consciência lúcida e honrada separe os que são dignos e coerentes daqueles que sempre foram servis, gananciosos e interesseiros.”

Leonel Brizola²⁵⁸

Esse tipo de direito de resposta não é comum no Brasil, mas mostra que é possível que o Estado, de forma democrática, limite de alguma forma o poderio de uma grande empresa comunicacional, para o bem da própria Democracia.

Sobre a redemocratização, a Assembleia Constituinte e a Constituição de 1988, durante a ditadura militar e na redemocratização,²⁵⁹ com o governo do presidente José Sarney (PMDB) e de seu Ministro das Comunicações Antônio Carlos Magalhães (PDS), foi grande o patrimonialismo, com a distribuição para aliados de concessões de rádios e TVs. A decisão, como já informado, era do próprio presidente da República. Nas vésperas do fim dessa prática, com o advento da Constituição de 1988, Sarney distribuiu 1.028 concessões, sendo que entre 1934 até então foram feitas 2.117 concessões.²⁶⁰

²⁵⁸ Sobre os bastidores desse direito de resposta ver AMORIM, Paulo Henrique. O quarto poder: uma outra história. São Paulo: Hedra, 2015, p. 284-290.

²⁵⁹ Ver INTERVOZES – COLETIVO BRASIL DE COMUNICAÇÃO SOCIAL. Vozes da democracia: histórias da comunicação na redemocratização do Brasil. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006; e GOMES, Marcos Emílio (Coord). A Constituição de 1988, 25 anos: a Construção da Democracia & liberdade de expressão: o Brasil antes, durante e depois da Constituinte. São Paulo: Instituto Vladimir Herzog, 2013.

²⁶⁰ GÖRGEN, James. Apontamentos sobre a regulação dos sistemas e mercados de comunicação no Brasil. In: SARAVIA, Enrique; MARTINS, Paulo Emílio Matos; PIERANTI, Octavio Penna. Democracia e regulação dos meios de comunicação de massa. Rio de Janeiro: FGV, 2008, pp. 197-221, p. 205.

Em 2008 o site do projeto “Donos da Mídia” informou que 271 políticos eram sócios ou diretores de 324 meios de comunicação no Brasil, sendo a maioria no estado de Minas Gerais, São Paulo, Bahia e Paraná e dos partidos Democratas (ex-PFL), PMDB, PSDB e PP (ex-PDS).²⁶¹ Durante a Constituinte de 1987-1988, quase todas as tentativas de avanços foram barradas por um poderoso lobby das entidades representativas das empresas de comunicação, muitas delas de propriedade dos próprios constituintes. A Comissão Afonso Arinos, composta por Afonso Arinos, Jorge Amado, Barbosa Lima Sobrinho, José Afonso da Silva, Celso Furtado, Sepúlveda Pertence, Saulo Ramos, Evaristo de Moraes Filho, Miguel Reale, Gilberto Freyre, entre outros juristas e personalidades, apresentou anteprojeto com muitos avanços, com a previsão expressa pela obrigatoriedade de licitação para as concessões; reserva prioritária de canais e frequências a entidades educacionais, culturais e político-partidárias; criação do conselho de comunicação social composto majoritariamente por representantes da sociedade com competências de outorga e renovação, busca do pluralismo ideológico e promover revogação judicial.²⁶²

²⁶¹ <http://donosdamidia.com.br>, acessado em 26.02.2016.

²⁶² “Art. 399 – O sistema de comunicação social compreende a imprensa, o rádio e a televisão e será regulado por lei, atendendo à sua função social e ao respeito à verdade, à livre circulação e à difusão universal da informação, à compreensão mútua entre os indivíduos e aos fundamentos éticos da sociedade.

Art. 400 – Dependem de concessão ou autorização da União, atendidas as condições previstas em lei: I – o uso de frequência de rádio e televisão, comercial ou educativa, por particulares e pelos rádio-amadores; II – a instalação e o funcionamento de televisão direcional e por meio de cabo; III – a retransmissão pública, no território nacional, de transmissões de rádio e televisão via satélite. § 1º – As concessões ou autorizações só poderão ser suspensas ou cassadas por sentença fundada em infração definida em lei que regulará o direito à renovação. § 2º – O Estado publicará anualmente as frequências disponíveis em cada unidade federativa, e qualquer um poderá provocar a licitação.

Art. 401 – São vedadas as formas monopolísticas de exploração dos serviços de utilidade pública de que trata o artigo anterior, e as que reduzam, para fins de concentração de controle, as oportunidades tecnicamente disponíveis. Parágrafo único – O Poder Público reservará, prioritariamente, a entidades educacionais, culturais e organizações político-partidárias, canais e frequências dentro das modalidades a que se refere o artigo anterior.

Art. 402 – A propriedade de empresas que editem jornais ou explorem os serviços de rádio e televisão é vedada: I – a estrangeiros ou a brasileiros naturalizados há menos de dez anos; II – a sociedades que não sejam nacionais na forma prevista no art. 323, desta Constituição; III – a sociedade por ações ao portador. Parágrafo único – A administração e a orientação intelectual ou comercial das empresas mencionadas neste artigo são privativas de brasileiros.

Art. 403 – Fica instituído o Conselho de Comunicação Social, com competência para outorgar concessões ou autorizações de que trata o art. 400, assegurar o uso daquelas frequências, de acordo com o pluralismo ideológico, promover a revogação judicial das outorgas por ele expedidas, desde que desviada a função social daqueles serviços, e decidir sobre a sua renovação. Parágrafo único – A lei regulará as atribuições e a formação do Conselho, bem como os critérios da função social e ética de rádio e da televisão, observada a composição de onze membros, com a representação obrigatória e majoritária da comunidade.

Renato Monteiro de Rezende informa que necessárias mudanças legislativas esbarram na influência que os meios de comunicação exercem sobre o próprio processo político, uma vez que nos dias de hoje, mais do que nunca, o êxito eleitoral de um candidato a cargo eletivo depende do seu grau de exposição na mídia e da forma como ele se dá, e a antipatia das principais empresas de comunicação por determinado político pode comprometer sua carreira. Assim, segundo o autor, é previsível que elas se valham desse poder para interferir no processo decisório sobre questões que afetam seus interesses, e foi exatamente isso que ocorreu durante a Constituinte de 1987, sendo que a disciplina da outorga dos serviços de radiodifusão representa um dos exemplos mais emblemáticos da força das grandes empresas de comunicação.²⁶³

Durante a Constituinte a FENAJ - Federação Nacional dos Jornalistas e dezenas de entidades que se articulavam na Frente Nacional de Lutas Políticas Democráticas de Comunicação²⁶⁴ apresentaram uma emenda popular²⁶⁵ que tinha como premissas que a informação é um bem público e não uma simples mercadoria,²⁶⁶ a democratização ao acesso e ao controle dos meios de comunicação, garantindo um regime pluralista, sendo essencial desconcentrar a

²⁶³ REZENDE, Renato Monteiro de. Direitos prestacionais da comunicação. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 287.

²⁶⁴ Criada em 1984, a qual depois criou o FNDC - Fórum Nacional pela Democratização da Comunicação.

²⁶⁵ Apoiada pelos líderes constituintes Brandão Monteiro (PDT), Luiz Inácio Lula da Silva (PT), Haroldo Lima (PCdoB), Roberto Freire (PCB) e Beth Azize (PSB).

²⁶⁶ Theodor W. Adorno analisa o que ele e Horkheimer chamam de "indústria cultural", uma crítica à cultura de massa criada pelo capitalismo, pois entende que não é cultura, e a comunicação se torna uma categoria ideológica cuja dinâmica se remete à lógica mercantil, tudo submetido ao dinheiro e troca. ADORNO, Theodor W. A indústria cultural, p. 287-295. In: COHN, Gabriel (Org.). Comunicação e industrial cultural: leitura de análise dos meios de comunicação na sociedade contemporânea e das manifestações de opinião pública, propaganda e cultura de massa na sociedade. 4ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional. Sobre Adorno ver ainda BORELLI, Silvia; PEREIRA, Simone Luci. Cultura de massa, p. 101-110. In: CITELLI, Adilson [et al.]. Dicionário de comunicação: escolas, teorias e autores. São Paulo: Contexto, 2014, p. 105; RÜDIGER, Francisco. Theodor Adorno, p. 158-163. In: CITELLI, Adilson [et al.]. Dicionário de comunicação: escolas, teorias e autores. São Paulo: Contexto, 2014, p. 161; COHN, Gabriel. Escola de Frankfurt, p. 147-158. In: CITELLI, Adilson [et al.]. Dicionário de comunicação: escolas, teorias e autores. São Paulo: Contexto, 2014; MAIGRET, Éric. Sociologia da comunicação e das mídias. São Paulo: Senac, 2010, p. 95-107. Para Marilena Chaui, ao ler Max Horkheimer e Adorno, explica que além do controle sobre o trabalho, a classe dominante passou a controlar também o descanso, pois ambos são mercadorias; e, sob o poder do capital, as obras de arte críticas e radicais foram esvaziadas para se tornar entretenimento, para consumo rápido. CHAUI, Marilena. Simulacro de poder: uma análise da mídia. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006, p. 28 e 29.

propriedade no setor, combater os oligopólios (já denunciavam o poder da Rede Globo), e propunham:²⁶⁷

a) Sistema Nacional de Comunicação operado por entidades sem fins lucrativos, a semelhança do que ocorre em outros países, onde ocorre o controle da sociedade sobre a informação;

b) criação do Conselho Nacional de Comunicação, composto por 15 membros (com representantes das entidades empresariais, dos jornalistas, dos Poderes Executivo e Legislativo, da comunidade científica, universitária e do setor cultural), representantes da sociedade civil, designados pelo Congresso Nacional. O Conselho teria a competência para realizar as outorgas na área de radiodifusão, o qual decidiria *ad referendum* do Congresso Nacional, fixar tarifas, dispor sobre transparência das empresas;

c) criação de conselhos editoriais nos veículos de comunicação;

d) fim da ditadura do empresário na definição a informação que deve ou não ser publicada, pois o que há é liberdade de empresa e dos empresários defenderem seus próprios pontos de vista e seus interesses privados particulares.

e) criação de conselhos editoriais com jornalistas nas entidades midiáticas;

f) manutenção do direito de antena;

g) direito de resposta;

h) proibição do controle e posse de mais de uma concessão por pessoa física ou jurídica;

i) efetivação do que diz o CTB de 1962, de priorizar as universidades nas concessões.²⁶⁸

²⁶⁷ ROLLEMBERG, Armando. Ata da 6ª Reunião Ordinária da Subcomissão da Ciência e Tecnologia e da Comunicação, em 28.04.1987. www.senado.gov.br, em publicações, anais do senado, anais da República, anais da Assembleia Constituinte, audiências públicas, acesso em 28.02.2016, p. 56-59.

²⁶⁸ O presidente da FENAJ, Armando Rollemberg, ainda denunciou o presidente da República da época, José Sarney (PMDB), o então Ministro das Comunicações, Antônio Carlos Magalhães (PFL) e o secretário-geral do Ministério, que eram concessionários, e exigiu a saída de ACM do ministério.

O italiano Robert (ou Roberto) Civita, então presidente da Associação Nacional de Editores de Revistas, que logo depois assumiria a presidência da Editora Abril, após a morte de seu pai Victor Civita, e considerado um dos homens mais ricos do mundo, em reunião na Subcomissão de Ciência e Tecnologia e de Comunicação em 28.04.1987, fez um ataque à proposta da FENAJ, contra o Conselho com participação popular. Já naquela época ele acusava a FENAJ de ser filiada à CUT, que segundo ele era um “braço sindical” do PT, e insinuou que seria uma proposta comunista-leninista. O então presidente da FENAJ Armando Rollemberg e o constituinte Olívio Dutra (PT-RS) fizeram o contraponto.²⁶⁹

A jornalista e deputada constituinte Cristina Tavares (então no PMDB-PE), relatora, incorporou as propostas da FENAJ no relatório, inclusive, a previsão de no máximo de 10 anos para a vigência das concessões, com obrigatoriedade de licitações prévias.

O deputado constituinte paranaense José Carlos Martinez (na época no PMDB),²⁷⁰ concessionário de radiodifusão, dono das Organizações Martinez – OM que controlava a CNT – Central Nacional de Televisão, junto com o poderoso *lobby* midiático, conseguiu aprovação de seu substitutivo, que suprimiu o Conselho e atribuiu ao Congresso Nacional as outorgas e manteve privilégios dos grandes meios de comunicação.

Como eram grandes as controvérsias, a única área temática a não encaminhar relatório final à Comissão de Sistematização foi a comunicação social, com texto levado a votação no plenário pelo Relator-Geral, deputado constituinte Bernardo Cabral, mesclando pontos de um anteprojeto do Senador Arthur da Távola e uma proposta com apoio dos setores conservadores, o que gerou um texto intermediário, afinado com a grande mídia mas com concessões. O Conselho

²⁶⁹ CIVITA, Roberto. Ata da 6ª Reunião Ordinária da Subcomissão da Ciência e Tecnologia e da Comunicação, em 28.04.1987. www.senado.gov.br, em publicações, anais do senado, anais da República, anais da Assembleia Constituinte, audiências públicas, acesso em 28.02.2016, p. 59-63.

²⁷⁰ Ex-PDS, fundador posteriormente do PRN de Fernando Collor de Mello, do qual foi tesoureiro na campanha vitoriosa de 1989, derrotado nas eleições para o governo do Paraná em 1990, quando foi derrotado por Roberto Requião (PMDB). Em 1992 foi acusado de receber 4,5 milhões de dólares de Paulo César Farias, que teria utilizado para a compra da TV Corcovado.

acabou sendo criado, mas apenas com funções auxiliares e consultivas do Congresso Nacional.²⁷¹

A Constituição de 1988 acabou tendo importantes inovações com relação às constituições anteriores, mas ficou em alguns pontos condicionada a regulamentação via legislação do Congresso Nacional, o que não acabou ocorrendo nesses praticamente 30 anos e gerou pouca mudança prática no caminho da democratização da mídia. No governo de Fernando Henrique Cardoso houve alguma tentativa para disciplinar radiodifusão, mas foi abortada por pressão das Organizações Globo.²⁷²

Lula já dizia desde a década dos anos 1980 que a “Democracia pressupõe a liberdade de comunicação, a liberdade de expressão, e não haverá liberdade de expressão se os meios de comunicação não forem democratizados.”²⁷³

No primeiro governo do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, do Partido dos Trabalhadores, entre 2003 e 2006,²⁷⁴ não houve tentativa de democratização dos meios de comunicação, e com alguns retrocessos, como por exemplo a aprovação do padrão de HD do Japão, após pressão da Globo, o que dificulta a atuação das TVs populares. Mas no segundo mandato de Lula (2007-2010) foram dados passos tímidos, mas importantes, como a criação da Empresa Brasileira de Comunicação – EBC, para que começasse a ser respeitada a complementariedade entre TVs estatais, públicas e privadas da Constituição, uma vez que no Brasil há praticamente um oligopólio de TVs privadas. Também foi criado o Plano Nacional de Banda Larga e convocada a I Conferência Nacional de Comunicação em 2009.²⁷⁵ Nessa Conferência foi definido que o Brasil deveria cumprir a Constituição de 1988; que deveria existir fomento para pequenas empresas de comunicação e para a

²⁷¹ GÖRGEN, James. Apontamentos sobre a regulação dos sistemas e mercados de comunicação no Brasil. In: SARAIVA, Enrique; MARTINS, Paulo Emílio Matos; PIERANTI, Octavio Penna. Democracia e regulação dos meios de comunicação de massa. Rio de Janeiro: FGV, 2008, pp. 197-221, p. 206.

²⁷² REZENDE, Renato Monteiro de. Direitos prestacionais da comunicação. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 286-287.

²⁷³ BEYOND Citizen Kane. Direção: Simon Hartog. Londres: BBC, 1992. Disponível no Youtube <<https://youtu.be/ZEP4bNYxKZk>> acessado em 18.02.2016.

²⁷⁴ Sobre a relação de Lula com a mídia, ver KUCINSKI, Bernardo. Cartas a Lula: o jornal particular do presidente e sua influência no governo do Brasil. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2014, p. 349-363.

²⁷⁵ Ver DANTAS, Marcos. Da Confecom ao PNBL: balance e perspectivas do debate sobre comunicações no Brasil, p. 35-54. In: DANTAS, Marcos; KISCHINHEVSKY, Marcelo (Org.). Políticas públicas e pluralidade na comunicação e na cultura. Rio de Janeiro: E-papers, 2014.

distribuição desses meios; fim da propriedade cruzada; fim das sublocações; e controle social, com criação de Conselhos de Comunicação Federal, estaduais e municipais, para acompanhar a execução das políticas públicas, regulação de conteúdo, políticas de concessão, mecanismos de distribuição, etc. Nesses conselhos haveria participação popular, com financiamento, acompanhamento das obrigações fiscais e trabalhistas das emissoras e conteúdos; gerir um fundo, reativar Conselho de Comunicação Social e criar uma agência reguladora.

Além disso, o então Ministro-Chefe Franklin Martins, da Secretaria de Comunicação Social, cujo órgão gasta aproximadamente R\$ 1,5 bilhão em anúncios, o segundo maior anunciante do Brasil, começou a descentralizar essa publicidade. No início do governo aproximadamente 70% das verbas publicitárias iam para a Globo, que foram descentralizadas para as mídias menores, e quando ele saiu o percentual era de aproximadamente 50%. Isso porque foi criada a “mídia técnica”: proporcionalidade do share de audiência e da verba de publicidade. Mesmo assim, os gastos ainda são altos com os grandes meios de comunicação com publicidade:

Gastos Secom com publicidade federal
Execução contratual de publicidade, em Jan/Dez 2015 e 2016

| Fornecedor | 2016 | % | 2015 | % | Var.% |
|-------------------------|--------------------|---------------|--------------------|---------------|--------------|
| Total Grupo Globo | 35.883.812 | 23,5% | 33.297.510 | 27,8% | 7,8% |
| TV Globo | 31.681.725 | 20,7% | 30.665.438 | 25,6% | 3,3% |
| TV Record | 11.950.110 | 7,8% | 13.973.566 | 11,7% | -14,5% |
| SBT | 9.563.895 | 6,3% | 12.527.875 | 10,4% | -23,7% |
| Facebook | 6.492.750 | 4,2% | 3.435.916 | 2,9% | 89,0% |
| Band | 5.066.239 | 3,3% | 3.959.756 | 3,3% | 27,9% |
| Veja + Caras | 3.299.689 | 2,2% | 663.899 | 0,6% | 397,0% |
| Folha + UOL | 2.865.770 | 1,9% | 2.100.142 | 1,8% | 36,5% |
| Twitter | 1.756.287 | 1,1% | 344.989 | 0,3% | 409,1% |
| Veja | 1.725.996 | 1,1% | 603.420 | 0,5% | 186,0% |
| UOL | 1.655.245 | 1,1% | 1.443.596 | 1,2% | 14,7% |
| Redetv | 1.631.556 | 1,1% | 1.592.284 | 1,3% | 2,5% |
| Infoglobo | 1.598.559 | 1,0% | 500.362 | 0,4% | 219,5% |
| Revista Caras | 1.573.693 | 1,0% | 60.479 | 0,1% | 2502,0% |
| Yahoo! | 1.262.862 | 0,8% | 557.609 | 0,5% | 126,5% |
| Folha de São Paulo | 1.210.525 | 0,8% | 656.546 | 0,5% | 84,4% |
| Revista Época | 1.061.337 | 0,7% | 89.322 | 0,1% | 1088,2% |
| Rádio Excelsior (Globo) | 942.685 | 0,6% | 1.057.560 | 0,9% | -10,9% |
| Estadão | 844.942 | 0,6% | 272.204 | 0,2% | 210,4% |
| AOL | 820.805 | 0,5% | 0 | 0,0% | |
| Rádio Globo | 599.505 | 0,4% | 984.828 | 0,8% | -39,1% |
| Correio Braziliense | 466.899 | 0,3% | 82.357 | 0,1% | 466,9% |
| Istoé | 386.649 | 0,3% | 40.694 | 0,0% | 850,1% |
| Jornal Zero Hora | 337.118 | 0,2% | 104.764 | 0,1% | 221,8% |
| EBC | 238.048 | 0,2% | 884.577 | 0,7% | -73,1% |
| Subtotal | 82.143.665 | 53,7% | 73.692.684 | 61,5% | 11,5% |
| Total Nov/2016 | 18.951.224 | 12,4% | 10.083.088 | 8,4% | 88,0% |
| Total Dez/2016 | 13.852.142 | 9,1% | 6.698.506 | 5,6% | 106,8% |
| Total Jan/Dez | 152.916.551 | 100,0% | 119.891.749 | 100,0% | 27,5% |

Fonte: Secom / Elaboração blog O Cafezinho

Começou a elaboração de uma Lei de Mídia, após vários estudos e debates, para substituir a Lei de 1962, cujos pontos centrais eram do Marco Regulatório: a) Liberdade de imprensa, respeitado os princípios da privacidade, da honra, o direito a imagem, inviolabilidade do lar, equilíbrio, não campanha de difamação, e sem poder ter oligopolização; b) Democratização da oferta; c) Complementariedade conforme previsão constitucional; d) Promoção da cultura nacional e regional e independente, na TV aberta também; e) Separação de produção e distribuição; f) Neutralidade da rede e liberdade na internet, garantidas pelo Marco Civil da Internet;²⁷⁶ g) Universalização.

Note-se que a intenção de Franklin Martins era de fazer regulação apenas das TVs e rádios, porque radiodifusão é uma concessão de serviço público e qualquer concessão necessita de regulação. Não é regulação de conteúdo, são obrigações sobre equilíbrio, pluralidade, respeito ao menor, contra o racismo, cultura local, cultura, não pode ter propriedade cruzada. Franklin diz que a regulação pode até ser boa para as grandes empresas de TV, pois uma empresa como o Google já é o segundo maior anunciante no Brasil, só menos do que a Globo, e isso tudo teria que ser regulado.²⁷⁷

No primeiro mandato da presidenta Dilma Rousseff (PT), com o Ministro das Comunicações Paulo Bernardo (PT), o anteprojeto de Franklin Martins não caminhou, sendo, na verdade, arquivado. Foram vários os argumentos, como a falta de carisma de Dilma, a provável derrota no Congresso Nacional, que conta com 90 concessionários ou deputados com algum tipo de receio da grande mídia, e que a mídia já não teria mais tanto peso.²⁷⁸

Com isso os movimentos sociais passaram a aumentar a pressão. O Fórum Nacional pela Democratização da Comunicação - FNDC faz uma pressão importante no governo pela Lei da Mídia Democrática. Tenta encaminhar um projeto de lei de

²⁷⁶ Sobre o Marco Civil da Internet ver WACHOWICZ, Marcos (Coord.). Direito autoral & marco civil da internet. Curitiba: Gedai, 2015.

²⁷⁷ MARTINS, Franklin. Nada além da constituição. Carta Capital, edição 781, janeiro de 2014, p. 54-57.

²⁷⁸ Sobre o tema ver BORGES, Altamiro. Democratização da mídia. Palestra organizada pelo Centro Acadêmico XI de Agosto em 21.03.2014, <https://youtu.be/H7Yk5e0Rf5o>, acesso em 28.11.2017; e MARTINS, Franklin. Democratização da Mídia. Evento realizado pela TV Carta Maior em 2011 <<https://youtu.be/wlyC3vYLoEY>>. Acesso 28.11.2017.

iniciativa popular, que precisa de um milhão e meio de assinaturas.²⁷⁹ O PL tem dois eixos: quebrar o monopólio, com proibição de propriedade cruzada, e estímulo à diversidade e pluralidade, como por exemplo com direito de antena (partidos políticos têm). Seria para os movimentos sociais brasileiros, estudantil, por exemplo, o que existe em vários países do mundo.

A presidenta, que inicialmente dizia que quem deveria fazer a regulação da mídia deveria ser o controle remoto, pouco antes das eleições de 2014 defendeu pelo menos a regulação econômica da mídia. Venceu a reeleição em novembro de 2014 e não conseguiu mais governar desde então, o que redundou no Impeachment/Golpe de 2016.²⁸⁰

Após a queda de Dilma assume o vice-presidente Michel Temer (PMDB). Uma das questões relevantes de seu governo é a edição da Lei 13.424/2017 (que altera as Leis 5.785/72, 9.612/98, 4.117/62 e 6.615/78), considerado o Novo Marco Regulatório da Radiodifusão, com o intuito de tornar mais ágil a renovação de concessões e permissões públicas.

3.2. A ORGANIZAÇÃO DOS GRUPOS DE MÍDIA NO BRASIL

No mundo são 30 grupos que dominam os meios de comunicação, são eles em ordem de receita com publicidade: Google, DirectTV, Walt Disney Company, 21st Century Fox, Comcast, Time Warner, Cox Enterprises, BSkyB, Bertelsmann, CBS Corporation, Viacom, News Corporation, Viacom, Advance Publications, Vivendi, Clear Channel Communications, Asahi Shimbun Company, Gannett, Yomiuri Shimbun Holdings, Yahoo!, Globo, Fuji Media Holdings, Discovery Communications,

²⁷⁹ Veja a campanha no site <http://www.paraexpressaraliberdade.org.br>.

²⁸⁰ Para muitos autores o Impeachment de Dilma, na verdade, foi um golpe. Sobre o tema, ver SALGADO, Eneida Desiree. Um diário do governo interino. Curitiba, Íthala, 2016. SOUZA, Jessé. A radiografia do golpe: entenda como e por que você foi enganado. Rio de Janeiro: Leya, 2016. PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; TENENBAUM, Marcio; RAMOS FILHO, Wilson (orgs.). A resistência ao golpe de 2016. Bauru: Canal 6, 2016. ROVAI, Renato. Golpe 16. São Paulo: Publisher Brasil, 2016.

CCTV, Facebook, Axel Springer, Hearst Corporation, Mediaset, Baidu, Microsoft e JCDecaux.²⁸¹

Atualmente em nosso país é mantida a concentração das atividades de comunicação nas mãos de poucas famílias e das elites políticas locais e regionais; ascensão oligopolista de Igrejas, principalmente as evangélicas pentecostais e neopentecostais, com bastante fundamentalismo religioso, como atores no setor e manutenção do poder hegemônico das Organizações Globo no mercado.²⁸² No Brasil são sete famílias que dominam os meios de comunicação, a família Marinho da Globo, a Abravanel (Sílvio Santos), do SBT, Edir Macedo da Record, a família Saad da Band, a Frias da Folha de S. Paulo, a Mesquita do Estádio e a Civita da editora Abril (Veja).²⁸³

No Estado do Paraná a situação não é diferente. A GRPCOM - Grupo Paranaense de Comunicação é proprietária da RPC TV (oito emissoras de TV afiliadas à Rede Globo); sites como RPC TV, G1 Paraná, Globo Esporte Paraná, Paraná Online; jornais como a Gazeta do Povo (o maior do Paraná), Jornal de Londrina, Gazeta Maringá e Tribuna; rádios 98FM, Mundo Livre FM, Cultura FM, além da ÓTV, HD View, Canal do Crédito e Zaag. A Rede Massa é o SBT no Paraná, com cinco retransmissoras; rádio Massa FM, com sete por todo o estado. A RIC Record tem 11 emissoras de TV, 3 portais de internet, 5 emissoras de rádio (Jovem Pan), dois jornais e duas editoras de revistas. A J. Mallucelli é dona da TV Bandeirantes Curitiba e Maringá, proprietária das únicas duas rádios de notícias na FM, a BandNews FM e CBN Curitiba, Jornal Metro e Rádio Globo Curitiba e Paranaguá.

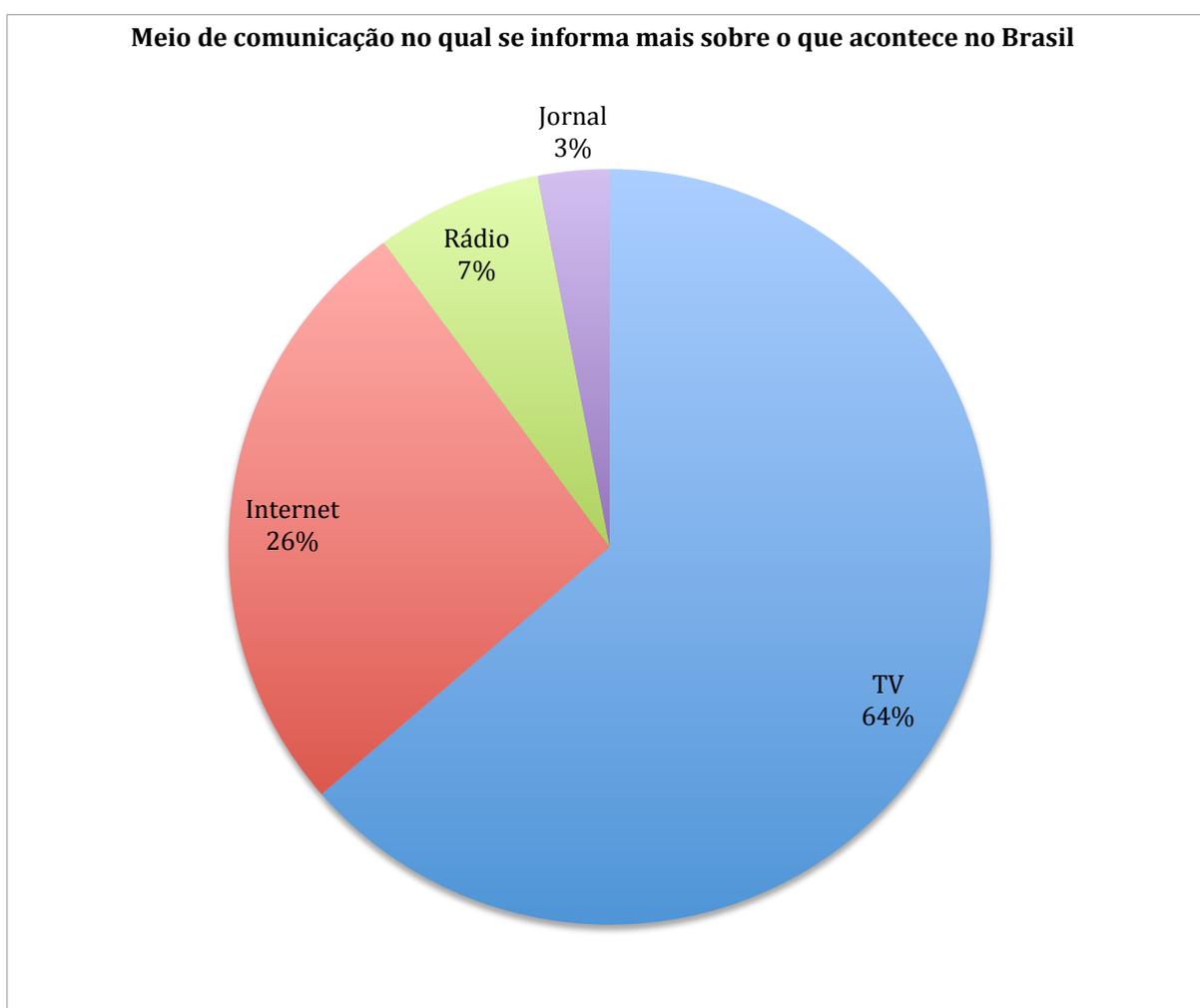
Por mais que no Brasil, como em todo o mundo, a internet seja cada vez mais usada pelas pessoas como fonte de informação, a televisão ainda é o meio de comunicação de massa disparado na frente da rede virtual. Segundo pesquisa de

²⁸¹ *Top Thirty Global Media Owners da ZenithOptimedia*, levantamento de 2014, que é um ranking das maiores empresas de mídia do mundo por receita com publicidade. In <http://www.zenithoptimedia.com>.

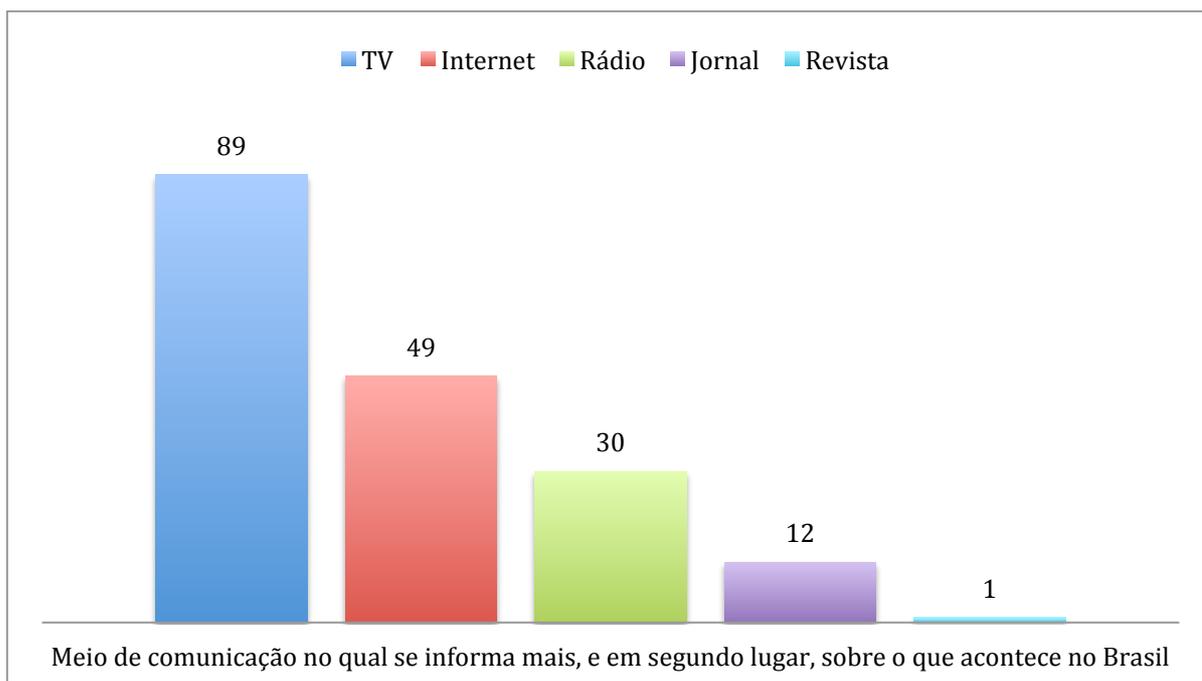
²⁸² Sobre o tema ver LIMA, Venício A. de. *Mídia: teoria e política*, 2ª ed. São Paulo: Perseu Abramo, 2004, p. 95-118.

²⁸³ Sobre o tema ver BORGES, Altamiro. *Democratização da mídia*. Palestra organizada pelo Centro Acadêmico XI de Agosto em 21.03.2014, <https://youtu.be/H7Yk5e0Rf5o>, acesso em 28.11.2017; e MARTINS, Franklin. *Democratização da Mídia*. Evento realizado pela TV Carta Maior em 2011 <<https://youtu.be/wlyC3vYLoEY>>. Acesso 28.11.2017.

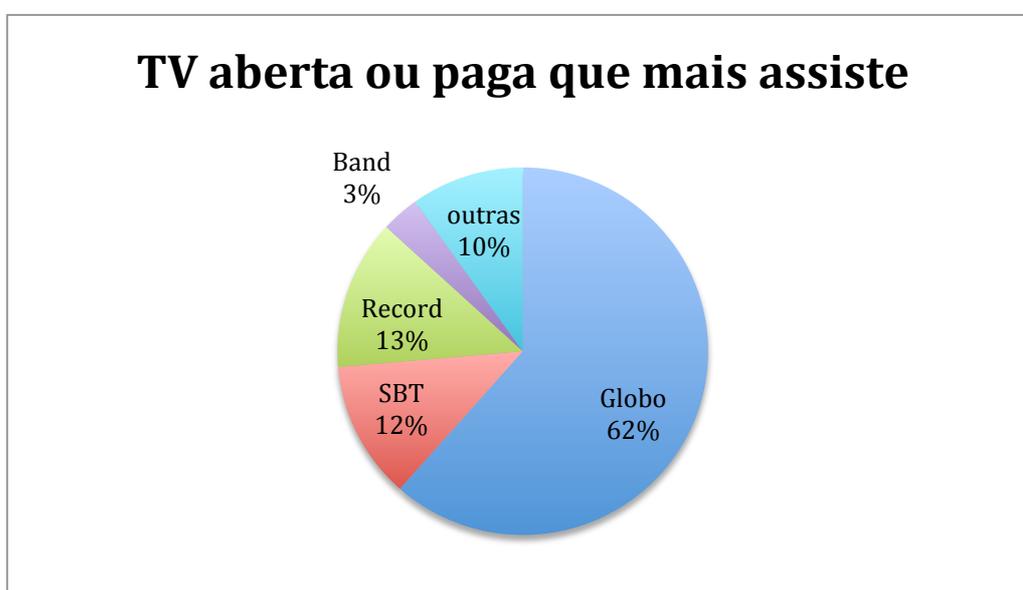
2016, a TV é a primeira fonte de informação para 63% dos brasileiros, e se for contar a primeira ou segunda, o percentual chega a 89%. A internet vem em segundo muito atrás da TV, com 26% como primeira fonte e 49% como primeira ou segunda fonte entre os moradores do Brasil. Rádios (7%), jornais (3%) e revistas (0%), são, respectivamente, os seguintes na ordem, mas com percentuais baixos. São 77% dos brasileiros que assistem TV todos os dias, enquanto que internet 50% e rádio 35% acessam ou ouvem as mídias sete dias por semana.²⁸⁴



²⁸⁴ Brasil. Presidência da República. Secretaria de Comunicação Social. Pesquisa Brasileira de Mídia 2016. Brasília: Secom (Ibope Inteligência), 2016.



A Globo é a TV mais assistida por 62% dos brasileiros, e 73% assistem mais a Globo ou ela é a segunda mais assistida.





Entre as rádios há um certo equilíbrio na audiência. Com relação aos jornais, o mais lido é “O Globo”, do mesmo grupo econômico da TV Globo, para 8% dos brasileiros, sendo que entre os que mais leem ou é a segunda opção, “O Globo” é citado por 11%.

Sobre as revistas, a mais lida é a *Veja*, revista com ideologia de direita, com 25% como primeira opção e 33% como primeira ou segunda opção; *Caras*, revista de celebridades com praticamente apenas fotos e pouco texto, da mesma editora da *Veja*, a Abril (7% e 9%); *Istoé*, de direita (5% e 9%); *Época*, de direita, do mesmo grupo da TV Globo (5% e 8%); e, nessa lista, apenas na 26ª colocação, a primeira revista citada de centro-esquerda é a *Carta Capital* (0% e 1%).

O nível maior de confiança é na TV, rádios e jornais, enquanto o menor nível de confiança é nos sites, blogs e redes sociais da internet.

Já o Painel Nacional de Televisão – PNT é elaborado pelo Kantar Ibope Media,²⁸⁵ líder no mercado de pesquisa de mídia na América Latina, que consolida dados dos 15 grandes centros urbanos do país. Nos quatro primeiros meses de 2017 houve um aumento da audiência da Globo e da Record com relação ao mesmo período de 2016, com crescimento de 0,5 ponto nas 24 horas do dia. A Globo de 13,4 para 13,9, a melhor média dos últimos 5 anos, e a Record de 4,9 para 5,4. SBT ficou estagnado com 5,3. A TV paga (OCP) foi de 7,6 para 7,9. A medição também é feita no horário apenas das 7h às 0h, no qual a Globo foi de 16,5 para 16,9.

²⁸⁵ <https://www.kantaribopemedia.com>

Vladimir Kozmich Zworykin, o russo considerado o inventor da televisão, disse: "Eu criei um monstro capaz de fazer uma lavagem cerebral em toda a humanidade. Esse monstro vai levar o nosso planeta a um pensamento unificado. Eu nunca deixaria os meus filhos sequer se aproximarem de um televisor" e que a melhor peça do televisor era o botão de desligar.²⁸⁶

Uma importante obra de Karl Popper e John Condry, denominada "Televisão: um perigo para a democracia", faz uma interessante análise sobre a TV.²⁸⁷ Na introdução da obra Giancarlo Bosetti²⁸⁸ pergunta sobre como seria possível limitar o poder da televisão em um ambiente liberal? Para ele quanto mais a cultura que alimenta o Estado de direito se inspira na recusa da violência, que é a própria essência da democracia, menor necessidade haverá de fazer pesar sobre os indivíduos medidas repressivas, ameaças de encarceramento, controles sufocantes. Quanto mais desenvolvida for a vida cívica, mais elevado será o nível de educação dos cidadãos e menos necessária se tornará a intervenção do Estado. Conclui que a televisão tornou-se um poder incontrolado, e qualquer poder incontrolado contradiz os princípios da democracia.

Karl Popper foi um filósofo, ex-comunista, tornou-se um liberal econômico e em 1947 fundou com Hayek, Friedman e Mises a Sociedade Mont Pèlerin, para a defesa do neoliberalismo. Por isso a importância de um autor que, mesmo neoliberal, é favorável à regulação da mídia. No artigo "Uma lei para a televisão" o autor diz que em uma democracia nada justifica a tese de que apresentar programas cada vez mais medíocres corresponderia aos princípios democráticos, por que seria o que as pessoas esperam: "nessas circunstâncias, só nos resta ir para o inferno!". Na crítica à TV o autor foca na violência, sexo e sensacionalismo. A proposta de Popper para a regulação/controle da TV é simples: que o Estado crie uma entidade/organização/instituição, uma espécie de ordem, para fiscalizar quem trabalhe na produção de programas televisivos (produtores, técnicos, câmeras, etc.), seja quem for, os quais deveriam ser titulares de uma autorização/licença/carteira,

²⁸⁶ POTOTSKI, Dan. "Pai da televisão", cientista russo se arrependeu de invenção no fim da vida. Gazeta Russa. 03.08.2014. https://gazetarussa.com.br/ciencia/2014/08/03/pai_da_televisao_cientista_russo_se_arrependeu_de_invencao_no_fim_da_26713. Acesso em 03.06.2017.

²⁸⁷ POPPER, Karl; CONDRY, John. Televisão: um perigo para a democracia. Lisboa: Gradiva, 2007.

²⁸⁸ BOSETTI, Giancarlo. Introdução. In: POPPER, Karl; CONDRY, John. Televisão: um perigo para a democracia. Lisboa: Gradiva, 2007, p. 7-14.

que poderia ser retirada definitivamente se alguma vez agisse em contradição aos determinados princípios. O que segundo ele seria muito mais eficaz do que a censura. A licença só seria entregue após uma formação seguida de exame. Seria urgente, uma necessidade absoluta sob o ponto de vista da democracia: “a democracia consiste em submeter o poder político a um controle. É essa a sua característica essencial. Numa democracia não deveria existir nenhum poder político incontrolado. Ora, a televisão tornou-se hoje em dia um poder colossal; pode mesmo dizer-se que é potencialmente o mais importante de todos, como se tivesse substituído a voz de Deus”. Para ele um novo Hitler disporia de um poder sem limites com a TV, os inimigos da democracia apenas possuem uma débil consciência desse poder. Não pode haver democracia se não submetermos a televisão a um controle, a democracia não pode subsistir de uma forma duradoura enquanto o poder da televisão não for totalmente esclarecido. Diz que a forma de controle da TV que ele indicou é a melhor e, talvez, a única possível, mas “outros poderão fazer propostas melhores do que as minhas, ainda que pareça não ter ouvido nenhuma até o momento”.²⁸⁹

No mesmo livro John Condry, no artigo “Ladra do tempo, criada infiel”, faz uma crítica à TV, em especial para a educação das crianças: “a televisão é uma ladra do tempo”. Para ele “a televisão vive no presente, não respeita o passado e revela pouco interesse no futuro”. Cita Nicolas Johson, ex-membro da FCC, que teria dito que “a televisão é sempre educativa, mas resta saber o que ensina”. Entende que o egoísmo e o egocentrismo, como felicidade pessoal, vida interessante e reconhecimento social, é muito mais citado do que valores altruístas como a igualdade e amizade. Os programas, pela influencia que exercem, não podem deixar de influenciar as escolhas políticas dos legisladores e o comportamento dos eleitores. Conclui que uma ação é considerada moral ou imoral em função de quem a realiza, e não do que é realizado.²⁹⁰

No posfácio de Jean Baudouin “Rumo à sociedade aberta”, o autor entende que uma sociedade democrática também tem o dever de educar os seus jovens nos ideais de liberdade, de responsabilidade e de solidariedade, e renunciará a essa

²⁸⁹ POPPER, Karl. Uma lei para a televisão. In: POPPER, Karl; CONDRY, John. Televisão: um perigo para a democracia. Lisboa: Gradiva, 2007, p. 15-31.

²⁹⁰ CONDRY, John. Ladra do tempo, criada infiel. In: POPPER, Karl; CONDRY, John. Televisão: um perigo para a democracia. Lisboa: Gradiva, 2007, p. 33-67.

tarefa se aceitar que as funções estruturantes da socialização, tradicionalmente asseguradas pela família, escola e vizinhança, sejam a partir de agora abandonadas às contingências dos índices de audiência”. Para ele “se uma sociedade democrática tem necessidade de liberdade para neutralizar o poder devorador do Estado, também necessita da arma regulamentar para reduzir as más utilizações da liberdade.” Entre a hipótese obsoleta de um monopólio do Estado na radiotelevisão e o panorama atual de privatização e da concorrência selvagem, talvez haja a solução intermediária de Popper (Ordem), nem todo o poder ao Estado, nem todo o poder ao mercado, podendo a Ordem associar à sua reflexão/ação coletivos de cidadãos, telespectadores, adultos e crianças.²⁹¹

3.3. AS TENTATIVAS DE REGULAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO

O direito primordial é o do público, e não o das emissoras. A Primeira Emenda tem o propósito de preservar um desinibido mercado de ideias, no qual a verdade prevalecerá ao fim, e não o de favorecer a monopolização daquele mercado, seja pelo governo, seja por um licenciado privado.

Suprema Corte dos EUA

Neste item será analisado como se dá a democratização da mídia em alguns países do mundo, verificando-se que a realidade foi muito diferente em cada região do globo. Enquanto na Europa essas atividades eram, inicialmente, monopólio do Estado, nos Estados Unidos foram privadas desde os primórdios, mas sempre sofreram regulação, mesmo depois das décadas de 1970 e 1980, quando na Europa o setor foi aberto para a iniciativa privada, com a criação de agências reguladoras, e nos EUA com uma redução das políticas de regulação.²⁹²

²⁹¹ BAUDOUIN, Jean. Rumo à sociedade aberta (Posfácio). In: POPPER, Karl; CONDRY, John. *Televisão: um perigo para a democracia*. Lisboa: Gradiva, 2007, p. 69-80.

²⁹² Sobre a democratização da mídia na Argentina e a Lei de Meios ver JORNET, Carlos; DESSEIN, Daniel (Comps.). *Tiempos turbulentos: médios y libertad de expresión en la Argentina de hoy*. Buenos Aires: Ariel, 2014; LIMA, Venício A. de. *Para garantir o direito à comunicação: a lei argentina, o relatório Leveson (Inglaterra) e o HLG da União Europeia*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2014; e DIAS, Eduardo Covalesky. *Lei dos meios audiovisuais: o contexto de disputa de poder entre os campos político e midiático na Argentina*, p. 211-238. In: SOMMA NETO, João; ANDRÉ, Hendryo (Org.). *Mídia e política: observações e críticas*. Curitiba: UFPR, 2013. *Sobre a democratização da*

Nos Estados Unidos,²⁹³ desde 1776, o *Bill of Rights* da Virgínia proclamou em seu art. 12 que a liberdade de imprensa constituía um dos baluartes da liberdade e jamais poderia ser restringida, a não ser por um governo despótico.

Isso influenciou que com a **Primeira Emenda** de 1791 à Constituição de 1787 fosse criado o seguinte texto, vigente até hoje: “o Congresso não legislará no sentido de (...) cercear a liberdade de palavra ou de imprensa”.²⁹⁴ O intuito era

mídia nas Américas ver BIANCHI, Felipe (Org.). *Mídia e democracia nas Américas*. São Paulo: Centro de Estudos da Mídia Alternativa Barão de Itararé, 2016.

²⁹³ Com relação aos Estados Unidos da América (EUA), Alexandre Ditzel Faraco não pretende importar soluções ou atribuir mais forças aos argumentos, mas analisar um processo de formulação de políticas públicas para o setor que não encontramos precedentes no Brasil. FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação: radio, televisão e internet*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

²⁹⁴ Sobre o efeito silenciador do discurso, a Primeira Emenda, frequentemente tida como apoteose do liberalismo, não é vista pela Suprema Corte como uma vedação absoluta à regulação estatal do discurso, e a fronteira em torno da autoridade estatal tem variado de tempos em tempos, com a ponderação entre liberdade de expressão *versus* os interesses promovidos pelo Estado para sustentar a regulação, podendo o Estado, por exemplo, regular as palavras de incitação à luta e suprimir o discurso que gere um perigo iminente e manifesto, mas não a defesa genérica de ideias. Até Harry Kalven Jr., o mais importante doutrinador da primeira Emenda do período moderno, mesmo sendo um liberal, argumentou que liberdade de expressão não é uma liberdade civil de luxo e que deveriam ser honrados os contravalores. O liberalismo do século XIX reivindicou a liberdade individual e um governo limitado, mas hoje acolhe o valor da igualdade e reconhece o papel do Estado nesse sentido. Na década de 1970 para frente enquanto que a Suprema Corte e a Presidência se moveram para a direita, o Congresso se voltou para a igualdade, mesmo nos governos Reagan e Bush. Hoje as políticas de bem-estar social do Estado da década de 1960 passam longe e somos mais tolerantes com as desigualdades econômicas, mas há algumas políticas de bem-estar acolhidas pelo liberalismo contemporâneo. Atualmente as questões da incitação ao ódio, pornografia e financiamento de campanhas eleitorais (prevenir corrupção e fortalecer poder dos pobres) dominam a discussão sobre liberdade de expressão, e vários liberais escolhem os contravalores ameaçados ao invés da liberdade de expressão. Segundo Fiss “uma política verdadeiramente democrática não será alcançada até que condições de igualdade tenham sido inteiramente satisfeitas”, sem necessariamente priorizar/favorecer a igualdade. Se na supressão do Partido Comunista para “salvar os EUA do stalinismo” os liberais responderam que o remédio era mais discurso e não regulação estatal, no caso de pornografia, incitação ao ódio e regulação das campanhas, a ameaça à liberdade é mais direta e imediata, e o remédio de mais discurso soa vazio, aqueles que supostamente responderiam não podem fazê-lo. O discurso de incitação ao ódio e pornografia tende a diminuir a autoestima das vítimas, e mesmo quando elas falam, falta autoridade às suas palavras, e gastos ilimitados na política perpetuam distribuição de riqueza, colocam os pobres em desvantagem e pode silenciá-los. Nesses casos a agência que ameaça o discurso não é o próprio Estado. Fiss conclui que “uma concepção de democracia que exige que o discurso dos poderosos não soterre ou comprometa o discurso dos menos poderosos”. Nos últimos anos a Corte resiste em limitar gastos em campanhas, mas aceita a limitação da incitação ao ódio. Para Fiss “o que a democracia exalta não é simplesmente a escolha pública, mas a escolha pública feita com informação integral e sob condições adequadas de reflexão”, e para a democracia devemos aplaudir um resultado afetado e presumidamente melhorado pelo debate aberto e completo. A sociedade é mais do que um encontro em praça pública e o Estado mais que um mediador. A Corte deve se perguntar se a regulação melhorará a qualidade do debate. O autor entende que “não devemos nunca nos esquecer do potencial opressivo do Estado, nunca; mas, ao mesmo tempo, devemos contemplar a possibilidade de que o Estado usará seus consideráveis poderes para promover objetivos que se situam no coração de uma sociedade democrática – igualdade e talvez a própria liberdade de expressão.” FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, 148 p.

limitar o Poder central, o Parlamento federal. Mesmo assim, em 1798, foi promulgado o *Sedition Act*, que penalizava expressões desrespeitosas contra as autoridades, o que acabou silenciando até 1801 adversários e a imprensa crítica ao segundo presidente do país, o federalista John Adams.

Para Theodore J. Lowi, governos fracos, como o dos EUA no início do século XX, fizeram com que os meios de comunicação de massa transferissem sua dependência dos partidos políticos “para as grandes empresas ávidas por criar um consumo de massa por intermédio da publicidade”.²⁹⁵

Nos Estados Unidos da América, ao contrário do modelo europeu, desde o início a operação das emissores de TV e rádio foram entregues à iniciativa privada, em regime semelhante ao do Brasil (*trusteeship model*), com a entrega por meio de outorga da prestação aos particulares.

Entretanto, ao contrário do Brasil, o modelo de prestação privada veio acompanhado de **regulação**, com medidas estatais para combater a concentração da mídia, por meio de monopólios e oligopólios privados, e assegurar o pluralismo de vozes. Os operadores recebiam uma licença do Poder Público para explorar a atividade, na condição de fiduciários (*trustees*).

Em 1927 a legislação *Radio Act* repassou competência para a *Federal Radio Commission - FRC* para a regulação das rádios, com o licenciamento para uso das frequências. Em 1929, no caso *Great Lakes Broadcasting Co.* (3 FRC Annual Report 32) a FRC determinou que as emissoras deveriam atender às necessidades de todos os grupos substanciais dos ouvintes, com programação variada que envolvesse questões de interesse público e desse oportunidade a uma livre e justa exposição de pontos de vista rivais, o que deveria ser levado em conta nas renovações das licenças. A FRC chegou a não renovar licenças de quem não atendesse a legislação.²⁹⁶ Portanto, nos Estados Unidos da América, há quase 100 anos já se pratica a democratização da mídia por meio da regulação, inclusive de conteúdo.

²⁹⁵ LOWI, Theodore J. O Estado e a Ciência Política ou Como nos Convertemos Naquilo que Estudamos. BIB, Rio de Janeiro, n. 38, 2º semestre 1994, p. 4.

²⁹⁶ REZENDE, Renato Monteiro de. Direitos prestacionais da comunicação. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 128.

A **Federal Communications Commission - FCC** foi a entidade criada em 1934 pelo Congresso por meio do *Communications Act*,²⁹⁷ substituindo a FRC, para a regulação e concessão das licenças para os operadores de radiodifusão, com regulação de conteúdo e estrutural. Composta por sete membros nomeados pelo Presidente da República, com mandato de sete anos, dos quais até no máximo quatro poderiam ser do mesmo partido político. As licenças são concedidas com prazo de três anos, prorrogáveis, com a FCC com poderes normativos.

Com o intuito de limitar a concentração horizontal da mídia local, entre os anos de 1940 e 1943 a FCC criou a regra *Duopoly Rule*, que proibia a uma mesma pessoa ser proprietária ou controladora de mais de uma emissora em uma mesma localidade.²⁹⁸ Isso vigorou para as rádios até 1992 e para a TV até 1999.

Em 1940 a FCC também criou a *Multiple Ownership Rule* para impedir, no plano nacional, a concentração horizontal da mídia, com a vedação de que uma mesma pessoa fosse proprietária de um determinado número de emissoras de TV e de rádio FM no país,²⁹⁹ número que foi sendo aumentado no decorrer das décadas.

Em 1941, a FCC, para limitar a concentração vertical, adotou medidas para preservar o pluralismo na programação de rádio e televisão, editando as *Chain Broadcasting Rules*, com o intuito de frear o poder das grandes redes, por exemplo, limitando a autonomia contratual para impedir que as grandes redes usassem de seu poder econômico contra as emissoras locais nas negociações dos contratos de afiliações. Ficaram proibidos: a cláusula de exclusividade, que impossibilitasse às emissoras de transmitir programas de outras redes, o controle, pela rede, dos horários de programação das afiliadas e contratos de afiliação com vigência superior a dois anos. Os “Barões da Mídia” se insurgiram contra as normas, que julgavam contrárias à Primeira Emenda, mas foram mantidas pela Suprema Corte (*National*

²⁹⁷ A lei permite a venda de tempo de transmissão para propaganda eleitoral, com a garantia de iguais oportunidades aos candidatos, podendo ser revogada a licença caso haja repetida omissão no acesso aos candidatos.

²⁹⁸ *Rules Governing Standard and High Frequency Broadcast Stations* para as rádios FM em 1940 (5 Fed. Reg. 2382, 2384), *Rules and Regulations Governing Commercial Television Broadcast Stations* para as TVs em 1941 (6 Fed. Reg. 2282, 2284-2285) e *Multiple Ownership of Standard Broadcast Stations* para as rádios AM em 1943 (8 Fed. Reg. 16065). BROTMAN, Stuart. N. *Communications Law and Practice*. New York: Law Journal Press, 2006, 2-34, § 2.03[1].

²⁹⁹ FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION. *Sixth Annual Report*. United States Government Printing Office: Washington, 1940, p. 68 e FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION. *Seventh Annual Report*. United States Government Printing Office: Washington, 1941, p. 34.

Broadcasting Co. v. United States (319 U.S. 190)). Com exceção da aplicação para as rádios e o prazo máximo dos contratos de afiliação, as demais normas são vigentes até hoje, conforme a Seção 73.658 do *Code of Federal Regulations*.³⁰⁰

Foram várias as interpretações sobre a Primeira Emenda realizada pelo Suprema Corte dos Estados Unidos. Em 1945 em ***Associated Press v. United States*** (326 U.S. 1) a Suprema Corte reconheceu que as ameaças à liberdade de expressão não vem apenas do Estado, sendo necessária a difusão de informações mais ampla possível e de fontes diversas e antagônicas. Para a Corte a liberdade para publicar significa liberdade para todos, e não apenas para alguns, e interesses privados não podem limitar a liberdade de imprensa. O Tribunal entendeu, assim, que era compatível com a Primeira Emenda que o Estado aplica-se a Lei Antitruste (*Sherman Act*) para anular cláusulas estatutárias da agência de notícias *Associated Press* que proibiam seus membros de distribuir informações a não associados.

Em 1949, após sucessivas decisões administrativas, foi desenvolvida a ***Fairness Doctrine***, um tipo de regulação de conteúdo, com determinações aos operadores de um percentual de tempo de transmissão para a apresentação de notícias e programas de interesse público, de toda a coletividade, com questões controversas e exposição dos diversos pontos de vista. O intuito era construir uma sociedade livre, com um público informado, submetido a diferentes pontos de vista relativos aos vários grupos da comunidade.³⁰¹

Em 1947 a *Commission on Freedom of the Press*, composta por estudiosos em áreas como o Direito, filosofia, ciência política e economia, elaborou um análise sobre os meios de comunicação nos Estados Unidos e chegou à conclusão de que havia uma ameaça à liberdade de expressão, devido à redução na proporção de pessoas com efetivas possibilidades de expressar suas posições e opiniões na mídia, uma vez que os meios de comunicação eram poderes privados com possibilidade de cercear a própria liberdade de expressão. E se esse poder privado se transforma em uma ameaça à liberdade, segundo a Comissão cabe ao Estado

³⁰⁰ REZENDE, Renato Monteiro de. Direitos prestacionais da comunicação. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 174-175.

³⁰¹ FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION. Editorializing by broadcast licensees. Washington, 1949. Disponível em https://transition.fcc.gov/Bureaus/Mass_Media/Databases/documents_collection/490608.pdf. Acesso em 25.01.2016.

aplicar a legislação antitruste para limitar a concentração no mercado de comunicação; devem existir exigências de desempenho e de atendimento ao interesse público para a concessão e manutenção de licenças de radiodifusão; criação do direito de resposta ou retratação; e existência de meios de comunicação alternativos aos privados, quando esses se negarem a divulgar atividades estatais e políticas públicas.³⁰²

Em 1967, ainda sob a influência da *Fairness Doctrine*, foi editado pelo Poder Executivo uma compilação denominada *Code of Federal Regulations*, normatizando o **direito de resposta** nos EUA. Com a regra do ataque pessoal (*personal attack rule*), sempre que na apresentação de questões controversas de importância pública, com o ataque contra a honestidade, o caráter ou a integridade de uma ou mais pessoas. Com a norma a emissora deveria comunicar o ocorrido ao atacado, em uma semana, fornecendo-lhe a transcrição ou gravação do programa, com o oferecimento de espaço para a resposta, sem qualquer custo. A norma não se aplicava aos ataques entre os candidatos e suas equipes durante as eleições, ataques a estrangeiros, e em noticiários ou transmissões ao vivo de eventos de interesse público. Para editorial de conteúdo político (*political editorial rule*), caso uma emissora veiculasse editorial apoiando determinado candidato a cargo eletivo, deveria notificar os demais postulantes ao mesmo posto para, se quiserem, veicularem resposta.³⁰³

³⁰² REZENDE, Renato Monteiro de. Direitos prestacionais da comunicação. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 56 e 57. Principal instrumento de reforma na esfera alocatória: Corporation for Public Broadcasting nos anos 1960, para introdução na praça pública de uma voz que não estivesse atada ao objetivo de lucro, com um sistema de TV que cobriria questões vitais para a autogovernança coletiva excluídas pelas TVs comerciais, e não era para minar autonomia dos meios de comunicação comerciais e nem uma socialização da mídia. No lado regulatório o principal instrumento foi a *Fairness Doctrine*, criada pela Federal Trade Commission para regulação da radiodifusão de acordo com o interesse público. Pois requeria que emissoras cobrissem questões de importância pública de forma equilibrada, com os dois lados, e de forma subsidiária dava aos candidatos uma oportunidade de responder editoriais políticos hostis com direito e resposta. Imprensa lutou contra, com apoio de acadêmicos notáveis como Harry Kalven, Jr, autor de um livro crítico a um senador que foi chamado de comunista por uma rádio cristã e conseguiu direito de resposta via Suprema Corte. No *Red Lion* (1969), uma das últimas manifestações da Corte de Warren sobre a Primeira Emenda, Suprema Corte ficou do lado da FCC e da *Fairness Doctrine*, de forma unânime, inclusive os conservadores, pelo direito do público de ser informado propriamente sobre questões de importância pública, com um debate “desinibido, robusto e amplamente aberto” (Byron White, autor conservador da decisão). *Red Lion* complementava Sullivan. FISS, Owen M. A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, 148 p.

³⁰³ REZENDE, Renato Monteiro de. Direitos prestacionais da comunicação. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 130 e 164.

Em 1969 a Suprema Corte concluiu que a *Fairness Doctrine* promovia a liberdade de expressão e não contrariava a Primeira Emenda. A Rádio *Red Lion* veiculou um programa com duras críticas pessoais contra o escritor Fred Cook e se recusou a dar direito de resposta, mesmo com determinação da FCC, que se utilizou do *Code of Federal Regulations* e da regra do ataque pessoal (*personal attack rule*). A empresa de rádio ingressou na Justiça mas perdeu nas instâncias inferiores e na Suprema Corte, que decidiu que nos conflitos entre os direitos do público e das emissoras, o público teria prioridade, o que ficou conhecido como o paradigmático caso ***Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*** (395 U.S. 367). Consagrou-se o direito do público a ser adequadamente informado, sem monopólios estatais ou privados para a exclusão de cidadãos. Foi decidido também que a liberdade de imprensa em face do poder estatal não significava uma autorização para a repressão a essa liberdade por interesses privados. Cass Sustein entende que a Corte, nesse caso, se posicionou pela obrigatoriedade constitucional da *Fairness Doctrine*, e não apenas uma faculdade de aplicação. Já Renato Monteiro de Rezende entende que a Corte decidiu não pela exigibilidade mas apenas, mas pela legitimidade da doutrina citada.³⁰⁴

Com *Red Lion* a Suprema Corte reforçou a *Fairness Doctrine*, com as ideias de que a Primeira Emenda enfatiza a Democracia deliberativa e de que cabe ao Estado regular a radiodifusão, ainda mais por causa da escassez de frequências na utilização do espectro eletromagnético. O juiz White foi claro em seu voto ao dizer que a Primeira Emenda foi criada para proteger e estimular a comunicação e que o governo não pode ser impedido de tornar a comunicação possível. Para a Corte “o direito primordial é o do público, e não o das emissoras. A Primeira Emenda tem o propósito de preservar um desinibido mercado de ideias, no qual a verdade prevalecerá ao fim, e não o de favorecer a monopolização daquele mercado, seja pelo governo, seja por um licenciado privado”.

Para o Tribunal, o Estado poderia dividir para cada indivíduo uma fração de tempo na TV e rádio, mas as limitações decorrentes do regime regulatório da *Fairness Doctrine* seriam mais viáveis economicamente, com atenuantes e menos drásticas. O voto condutor ainda deixa claro que a Primeira Emenda da Constituição

³⁰⁴ SUNSTEIN, Cass R. A Constituição parcial. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 275 e 276.

dos EUA não confere direito de monopolizar, que seu intuito é produzir um público informado e “de outro modo, os proprietários das emissoras e das poucas redes de comunicação teriam um poder irrestrito para disponibilizar tempo somente aos maiores ofertantes, para comunicar apenas suas próprias visões sobre questões públicas, pessoas e candidatos, e para permitir a participação exclusivamente daqueles com quem concordassem.

A Primeira Emenda não é um santuário para a censura privada ilimitada operando em um meio não aberto a todos”. Para a Corte, mesmo se não existisse escassez, subsistiriam vantagens das emissoras em atividade, com experiência e espectadores consolidados. Em 1970 a FCC criou limites rígidos à propriedade cruzada (*One-to-a-market Rule*), com a vedação a quem já detivesse uma licença em determinada área obter outra para serviço diverso. Ou seja, um proprietário de emissora de rádio não poderia operar uma emissora de TV no mesmo local. Essa restrição foi ampliada em 1975 (*Cross-Ownership Rule*) às empresas donas de jornais. Foi questionada a constitucionalidade mas a Suprema Corte decidiu que a diversidade na comunicação de massa é um valor protegido pela Primeira Emenda, no caso *FCC v. National Citizens Committee* (436 U.S. 775). Também em 1970 a *Prime Time Access Rule (Report and Order)*, para estimular o pluralismo e a programação local, determinou a reserva de uma hora durante o horário nobre das 18h às 22h para a transmissão, pelas 50 maiores emissoras, de programas que não fossem das redes às quais se filiavam. Revogada em 1996. No mesmo ano as *Financial Interest and Syndication Rules (Finsyn Rules)* vedavam a aquisição, pelas redes de TV, de participação financeira sobre a programação produzida por terceiros, bem como proibiam de atuar no mercado de produção de programas, sendo permitida a venda, dentro do país, da programação produzida pela rede para suas próprias afiliadas. O propósito era incentivar a produção de programas sem predomínio das grandes redes no setor. Regras revogadas em 1995, sob a alegação de que as redes não gozavam mais do poder que tinham anteriormente, com aumento de competição nos setores de produção e transmissão e crescimento de outras mídias, como a TV a cabo. Essa revogação gerou uma dominação do conteúdo produzido pelas próprias redes, com o desenvolvimento de estruturas verticais internas, propiciando a fusão de empresas produtoras e difusoras de conteúdo, como a união da rede ABC e os estúdios Disney, acelerando a

concentração vertical. Entretanto, com o fortalecimento do neoliberalismo nos EUA e na Europa nas décadas de 1970 e 1980, foi iniciada uma desregulamentação do setor de comunicação no país, o que ocasionou uma concentração do mercado de comunicação e a redução do pluralismo tão importante para uma verdadeira Democracia. Em 1974, já sob um início de influência do neoliberalismo, a Suprema Corte, já na era Burger, entendeu no caso ***Columbia Broadcasting System - CBS v. Democratic National Committee - DNC*** (412 U.S. 94) que a *Fairness Doctrine* era apenas permitida infraconstitucionalmente, mas não seria uma obrigação constitucional. A CBS, com referendo do FCC, se recusava a veicular propaganda patrocinada pelo DNC contra os EUA na Guerra do Vietnã. O Tribunal de Apelações do Distrito de Colúmbia decidiu contra a CBS, que acabou ganhando na Suprema Corte. Em 1974 o jornal *Miami Herald* publicou editorial com ataques contra Pat Tornillo, um candidato da Flórida, que conseguiu o direito de resposta apenas via Poder Judiciário, baseado em lei estadual. Mas a Suprema Corte (*Miami Herald v. Tornillo* 418 U.S. 241) decidiu, por unanimidade, pela inconstitucionalidade da lei estadual, sem citar *Red Lion*, provavelmente por se tratar, no caso de 1974, de mídia impressa, e não radiodifusão, mesmo não havendo diferenciação no tratamento constitucional entre a radiodifusão e mídia impressa.³⁰⁵

Em 1984, a Suprema Corte, já bastante dividida (5 a 4), reiterou a regulação estatal, a condição de *public trustees* das emissoras e a diferença que ocorre com a mídia impressa (*FCC v. League of Women Voters* (497 U.S. 364)). Em 1986 ocorreu o terceiro golpe contra *Red Lion*. A agência reguladora de *public utilities* do estado da Califórnia editou normas que obrigavam as empresas privadas de energia a ceder o uso, quatro vezes ao ano, a uma associação dos usuários, um espaço extra em seus envelopes de cobrança para a divulgação de notícias da associação, para ampliação do debate público. Por maioria dos votos a Suprema Corte entendeu que essa regulação ia contra a Primeira Emenda, por limitar a liberdade de expressão, por franqueamento de acesso apenas ao grupo que discordava da empresa, o que seria uma associação forçada, não analisando se isso seria um confisco de propriedade privada (*Pacific Gas & Electric Co. v. Public Utilities Commission of California*, 475 U.S. 1). O juiz Rehnquist, com voto divergente vencido, alegou que

³⁰⁵ REZENDE, Renato Monteiro de. Direitos prestacionais da comunicação. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 130-142, 169 e 174-176.

os direitos negativos de liberdade de expressão aplicáveis aos indivíduos e “talvez à mídia impressa” não deveriam ser estendidos à generalidade das corporações; que a Primeira Emenda não proíbe ação governamental para ampliação do debate público; e que o efeito dissuasório do discurso carece de comprovação empírica e não pode ser tomado abstratamente como justificativa para impugnar toda norma que assegure direito de acesso; e que uma concessionária de serviço público não tem o mesmo grau de autonomia de outras corporações. Sobre o caso *Pacific Gas*, Owen M. Fiss defende o modelo tributário de retirada de dinheiro de cidadãos para uso em atividades que alguns ou muitos detestam, inclusive livros em estantes de bibliotecas públicas, o que é uma obrigação de cidadania, e a regulação no caso em epígrafe “dão aos ativistas políticos acesso razoável ao público – o propósito da comunidade é a preservação do próprio processo democrático. Utilizar a propriedade de alguém para suportar atividades que este alguém detesta é amplamente considerado ser o preço da cidadania em uma democracia”. O juiz Powell, relator do processo, ao negar entendeu que seria possível outra política pública, como o financiamento público da divulgação dos informes da associação com receitas de taxaço das próprias empresas.³⁰⁶

As posições neoliberais do governo Reagan e da Suprema Corte influenciaram o FCC a revogar³⁰⁷ a regulamentação do *Communications Act* que previa a *Fairness Doctrine*, em 1987, e outras políticas de desregulamentação.³⁰⁸ O então presidente da FCC, Mark Fowler, defendia a substituição do sistema de licenciamento das emissoras (*public trustees*) por um regime de mercado (*marketplace participants*), pois ele entendia que a TV não passava de uma “tostadeira com imagens”.

³⁰⁶ FISS, Owen M. A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na Esfera Pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 118-122. Ver também REZENDE, Renato Monteiro de. Direitos prestacionais da comunicação. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 142-144.

³⁰⁷ Sobre a desregulamentação das telecomunicações ver MATTELART, Armand. História da sociedade da informação, 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2006, p. 123-125.

³⁰⁸ O FCC já havia recomendado ao Congresso, em 1981, a revogação da *Fairness Doctrine*, sem sucesso, uma vez que a Suprema Corte, naquele ano, reafirmou a *Red Lion (Columbia Broadcasting System v. FCC (453 U.S. 367))* ao permitir que a FCC obrigasse a CBS a vender espaço para propaganda eleitoral da campanha do democrata Jimmy Carter em 1979, conforme o *Communications Act*, pois haveria prevalência do direito dos telespectadores sobre o das emissoras. REZENDE, Renato Monteiro de. Direitos prestacionais da comunicação. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 145-146.

No mesmo ano de 1987 o Congresso, de maioria democrata, tentou restaurar a *Fairness Doctrine*, aprovando a *Fairness in Broadcast Act*, mas foi vetada por Reagan.³⁰⁹ Em 1992 foi aprovado no Congresso o *Cable Television Consumer Protection and Competition Act*, que obrigava as operadoras de TV a cabo a reservarem uma quantidade de seus canais para a retransmissão de emissoras locais de TV aberta. A ideia era garantir que as emissoras locais não quebrassem e não fossem prejudicados 40% dos estadunidenses sem TV a cabo. A Suprema Corte entendeu que a norma era válida (*Turner Broadcasting System Inc. v*

³⁰⁹ Os inimigos da regulação conseguiram em 1987 que a FCC (não a Suprema Corte) revertesse a *Red Lion* e considerasse a *Fairness Doctrine* inconstitucional, confirmada por uma Corte de Apelação, sem enfrentar a questão da constitucionalidade, mas simplesmente decidindo que se tratava de ato discricionário. O Congresso Nacional aprovou lei tornando a *Fairness Doctrine* em Lei, mas Ronald Reagan vetou. FCC e Reagan apontavam as mudanças tecnológicas (TV a cabo) para as decisões, “mas nem a FCC nem o presidente enfrentaram a melhor e mais plausível teoria da *Fairness Doctrine*, a qual identificava economia, e não tecnologia, como a força restritiva da imprensa. A revolução tecnológica em andamento nas comunicações pode nos apresentar um grande número de canais, mas enquanto todos eles forem governados pelo mercado, permanece o risco de que a cobertura seja distorcida” (cita Bruce Springsteen: 57 Channels (And Nothin' On) “57 canais (e nada de bom)”). A decisão da FCC seguiu a linha de que a regulação seria contraprodutiva (Richard A. Posner, Milton Friedman), como o salário mínimo que restringiria os empregos disponíveis, leis anti-discriminação trabalhistas não ajudam mulheres e a *Fairness Doctrine* não ajudaria a produzir ricas e variadas comunicações, mas sim desencorajaria a adotar posturas polêmicas (“discurso cinzento”), e não a um debate robusto, para não perderem tempo com direitos de resposta, duplicando o ônus econômico. Argumento que ignora a obrigação de cobrir questões de importância pública; ignora a necessidade de um julgamento comparativo, pois mesmo que a regulação produzisse autocensura, a transmissão ainda poderia ser mais variada, mais adequada às questões públicas, se regulada do que não regulada. Para Fiss, o que em um primeiro momento pareceu uma usurpação por parte de Reagan e a FCC de poder da Suprema Corte, pois eles não estariam tomando a lei em suas próprias mãos, mas apenas extraindo conclusões naturais e lógicas da doutrina que a Suprema Corte havia desenvolvido nos anos seguintes, em três momentos: *CBS v. DNC*: Corte lançou dúvidas sobre a viabilidade constitucional da *Red Lion*. FCC e Suprema Corte (1973) entenderam que era possível uma rádio se negar a publicar um anúncio editorial contra a Guerra do Vietnã. FCC podia, mas não era obrigada a regular. Para Fiss, por mais que a Primeira Emenda pregue uma não ação estatal, e não uma ação, a inação do estado pode muitas vezes ser considerada como uma ação (polícia que não age). Se a FCC licencia instituições privadas para operar, deve assegurar que a indústria da comunicação sirva ao interesse público. *Miami Herald v. Tornillo*: Suprema Corte (1974) invalidou lei estadual sobre direito de resposta, em um caso concreto em jornal impresso, sem citar *Red Lion*. 1981: Suprema Corte manteve lei de comunicação que proibia recusas repetidas e intencionais por arte de rádios e TVs, na venda de tempos de transmissão para candidatos. Deu alguma vida a *Red Lion*. 1986: terceiro e mais decisivo golpe contra a *Red Lion*: *Pacific Gás & Electric Co. v. Public Utilities Commission*. Agência reguladora estadual requereu que companhia elétrica permitisse a um grupo de cidadãos a usar espaço do envelope de cobrança. Corte derruba, pois Primeira Emenda proíbe Estado de requerer essa obrigação (citando o caso da Flórida). Um ano depois FCC diz que não usará mais a *Fairness Doctrine* e cita essa decisão. 1994: Suprema Corte: constitucional; lei (1992) que regula TV a cabo. *Turner Broadcast System v. FCC*. 1990: Suprema Corte concordou com FCC em dar preferência a minorias raciais na obtenção de outorga de licenças de transmissão. *Metro Broadcasting, Inc. v. FCC*. Em 1995 revertido. Tendência de o Estado alocador ser trazido para o mesmo regime do Estado regulador, a liberdade de imprensa será reduzida a liberdade de iniciativa, e o destino da nossa democracia será colocado inteiramente nas mãos do mercado. FISS, Owen M. A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, 148 p.

FCC, 512 U.S. 622, e 520 U.S. 180), contra o monopólio e pela multiplicidade de fontes de informação.³¹⁰

Em 1992 o FCC extinguiu as normas que limitavam a concentração horizontal das rádios no país criadas em 1940 e 1943 (*Duopoly Rule*).³¹¹ Em 1996 o Congresso promulgou a *Telecommunication Act*, que gerou uma redução do pluralismo na mídia estadunidense, permitindo uma maior concentração horizontal dos meios de comunicação.³¹² A lei ainda eliminou os limites numéricos de vedação que uma mesma pessoa fosse proprietária de um determinado número de emissoras de TV e de rádio FM no país.³¹³

³¹⁰ REZENDE, Renato Monteiro de. Direitos prestacionais da comunicação. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 155-163.

³¹¹ *Order* de 12.03.1992 (FCC 92-97).

³¹² Permitiu a propriedade de uma rádio, por uma mesma pessoa, de um número variável de emissoras, dependente da quantidade de estações comerciais em operação na mesma localidade. Quanto maior o número de estações em operação, mais emissoras poderiam pertencer a um mesmo dono (*Local Radio Ownership Rule*). Determinou que a FCC examinasse se seria o caso de manter, modificar ou eliminar as limitações previstas na *Duopoly Rule*. REZENDE, Renato Monteiro de. Direitos prestacionais da comunicação. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 167-168.

³¹³ Em 1996 o Congresso estadunidense aprovou uma extensa reforma na legislação de telecomunicações (*1996 Telecommunications Act*), com a previsão de uma regulação para a concorrência. A Seção 202(h) determinou à FCC que revisasse suas regras sobre restrições à propriedade de empresas a cada dois anos (o que gerou decisões judiciais pró-empresas que flexibilizaram limites impostos pela FCC). O *Act* trouxe mudanças para a radiodifusão alterando regras da FCC. Eliminou o limite ao número de estações de rádio que uma única empresa poderia ter nacionalmente e elevou o limite para estações de TV que uma mesma empresa poderia ter. O número de proprietários de rádios diminuiu em um terço em seis anos subsequentes e a *Clear Channel Communications* passou a controlar de 40 para 1200, assim como um processo de aquisição de estações de TV pelas grandes redes. A Corte Federal de Apelação da Circunscrição do Distrito Federal, sem fazer qualquer análise detalhada das regras e seus efeitos, afastou regras da FCC sobre propriedade no setor da mídia. A *National TV Ownership Rule* proibia o controle sobre estações de TV que pudessem atingir uma audiência superior a 35% (antes do *Act* de 1996 era 25%) em níveis nacionais (potencial). A Corte determinou que a FCC fizesse nova avaliação (*Fox Television Station, Inc. v. FCC*, 280 F.3d 1027, US Court of Appeals, District of Columbia Circuit, 2002). A FCC chegou a entender que o limite poderia ser de 45%, mas em 2004 o Congresso modificou o *Act* de 1996 e fixou o limite em 39%. Questionada a vedação à propriedade cruzada de estações de TV e uma rede de TV a cabo na mesma localidade (*Cable/Broadcast Cross Ownership Rule*), a Corte a invalidou totalmente. (*Fox Television Station, Inc. v. FCC*, 280 F.3d 1027, 1048 US Court of Appeals, District of Columbia Circuit, 2002). Após foi questionada a *Local TV Multiple Ownership Rule* da FCC que proibia a propriedade pela mesma entidade de duas estações de TV com a mesma área de abrangência, exceto quando pelo menos uma das estações não estivesse dentre as quatro maiores na respectiva área e concomitantemente pelo menos outras oito estações independentes existissem em plena operação, um limite objetivo para promover o pluralismo de vozes no âmbito local. A Corte determinou nova avaliação (*Sinclair Broadcast Group, Inc. v. FCC*, 284 F.3d 148, US Court of Appeals, District of Columbia Circuit, 2002). Posteriormente a FCC entendeu que a regra não mais se justificava sobre a promoção da concorrência, impedindo concentrações que promoveriam eficiência, e outros tipos de mídia contribuía para a diversidade. Mas reconheceu que algum limite ainda era necessário: sob uma mesma entidade poderia controlar até duas estações de TV, sendo o limite elevado para três estações em mercados com mais de dezoito estações, desde que a combinação de estações sob controle comum não envolvesse mais do que uma das quatro maiores estações no respectivo mercado, conforme audiência de cada uma. Isso impediria o controle de mais de uma estação apenas em mercados com menos de cinco estações (flexibilizado, antes exigia oito estações

Em 1999 a FCC extinguiu a norma que limitava a concentração horizontal das TVs no país criada em 1941 (*Duopoly Rule*), por meio da *Local TV Multiple Ownership Rule*.³¹⁴ A *One-to-a-market Rule* que havia criado em 1970 limites rígidos à propriedade cruzada, foi substituída pela também denominada *Cross-Ownership Rule*, mais flexível, que permitia a propriedade, a mesma pessoa, de duas emissoras de TV e uma de rádio, na mesma localidade, podendo o número de rádios aumentar se existisse um número considerável de vozes independentes.³¹⁵

Em 2000 a FCC revogou o direito de resposta (*Personal Attack Rule* e *Political Editorial*).³¹⁶ Em 2003 a FCC tentou flexibilizar ainda mais os limites à

independentes). Faraco concorda que há altos custos de se produzir um noticiário local, mas a análise da FCC foi numa perspectiva antitruste tradicional. A FCC parece ter optado por confiar nos bons propósitos do empresário de investir numa programação local dispendiosa. FARACO, Alexandre Ditzel. Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação: radio, televisão e internet. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

³¹⁴ A *Order* de 05.08.1999 permitia a propriedade, por uma mesma pessoa, de duas estações de televisão em uma mesma região, desde que uma delas não seja uma das quatro de maior audiência na mesma área e que existam pelo menos oito diferentes estações em operação no mesmo local. Foi questionada no caso *Sinclair Broadcasting Group Inc. v. FCC* (284. F. 3d 148) e a Corte de Apelações do Distrito de Colúmbia solicitou que a FCC reavaliasse a norma, por ir contra a *Telecommunications Act*, as vezes por ampliar os poderes da FCC e outras por flexibilizar regras da lei.

³¹⁵ REZENDE, Renato Monteiro de. Direitos prestacionais da comunicação. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 168-170.

³¹⁶ Em 2002 a FCC começou um processo de revisão e flexibilização de seis regras, com o *Notice of Proposed Rule Making*, para fomento dos fins abrangidos pelo conceito de *public interest: diversity* (diversidade/pluralismo), *competition* (concorrência) e *localism* (proteção do interesse local). Gerou o *Report and Order*. No *Cross Ownership* a FCC queria rever limites à **propriedade cruzada** do *Radio/TV Cross-Ownership Rule*. Em relação ao objetivo de promoção da concorrência, a FCC afirmou que rádio, TV e jornais não poderiam ser incluídos no mesmo mercado relevante, pois existiriam evidências que anunciantes não veem esses meios como substitutos uns dos outros, e os usuários usam cada um deles de forma diversa. Assim, para a FCC, em termos concorrenciais, regras de propriedade cruzada seriam dispensáveis, e flexibilização contribuiria para a preservação do interesse local e pluralismo, por causa dos ganhos de eficiência e sinergia pelo compartilhamento da experiência jornalística e de suporte técnico (economia de escala e escopo), com a possibilidade de maiores investimentos em conteúdos de interesse local e formatos diversos. Faraco questiona que a FCC não explicou como e, ainda, é questionável que existam ganhos de economia de escala/escopo, pois a forma do conteúdo e os aspectos técnicos são diferentes em cada um dos tipos de mídia. A FCC, ao tratar do pluralismo, reconheceu que as regras tinham o objetivo de promoção da diversidade de pontos de vista, mas com a multiplicidade de vozes do mercado de mídia, sua manutenção teria se tornado injustificável, em especial considerando as eficiências que poderiam estar sendo aproveitadas pela existência de propriedades cruzadas. FCC não descartou totalmente limites, e formulou um complicado índice (*Diversity Index*) para mediar a diversidade (na prática, pouca limitação, com limitação à propriedade cruzada apenas em cidades três ou menos de três estações de TV, com alguma limitação nas cidades com quatro a nove TVs e sem limitação em cidades com mais de nove TVs). Posteriormente quase tudo confirmado pelo *Prometheus Radio Project*. Mas entende-se que esses argumentos ajudam na aplicação de restrições à propriedade cruzada no Brasil, uma vez que aqui há claramente oligopólios não apenas na TV, rádios, jornais e revistas, mas também na internet, com pouca diversidade/pluralidade de opiniões. *Dual network rule*: originalmente a regra proibia que uma mesma entidade controlasse duas redes de TV, o Act de 1996 permitiu o controle de várias redes, desde que não abrangesse o controle de mais de uma das quatro grandes (ABC, CBS, NBC e Fox). FCC não modificou. FARACO, Alexandre Ditzel. Democracia e

propriedade cruzada de rádios e TVs locais, mas a Corte de Apelações do 3º Distrito (caso *Prometheus Radio Project*) barrou e exigiu a edição de novas normas.³¹⁷

Em 2004 o Congresso estadunidense fixou novo percentual que seria o interdito à concessão de novas licenças de TV, aplicável a quem fosse proprietário de emissora cuja área de abrangência fosse igual ou superior a 39% do total de domicílios com aparelho receptor (*Consolidated Appropriations Act*). O percentual foi criado em 1984 de 25%, aumentado pelo *Telecommunications Act* de 1996 para 35%, a FCC aumentou para 45% em 2003, sob forte oposição do Congresso, que emendou o *Telecommunications Act* baixando para os atuais 39%. Renato Monteiro de Rezende alerta que “esse episódio é bastante ilustrativo da influência dos grandes conglomerados de mídia sobre as autoridades incumbidas de regular o setor”, no caso, a FCC e o Congresso. A CBS havia se fundido com a Viacom em 1999 e a *holding* resultante passou a deter TVs que alcançavam quase 40% dos lares estadunidenses, em desacordo com o então percentual de 35%. Para atender o interesse privado do grande conglomerado, a FCC passou o percentual para 45%. O Congresso reagiu, mas acabou fixando percentual de 39%, preservando a situação da CBS-Viacom.³¹⁸

regulação das redes eletrônicas de comunicação: rádio, televisão e internet. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

³¹⁷ A FCC flexibilizou ainda mais os limites à propriedade cruzada de rádios e TVs locais, mas sendo mantidas restrições quando não existissem pelo menos oito emissoras de TV no local. Entidades da sociedade civil que lutam pelo pluralismo nas comunicações ajuizaram ações contra a medida e a Corte de Apelações do 3º Distrito (caso *Prometheus Radio Project v. FCC*, 373 F 3d 372) reavaliou parte das regras, suspendeu a aplicação e exigiu a edição de novas normas, sendo impugnadas a *Local TV Multiple Ownership Rule*, a *Local Radio Ownership Rule* e a nova *Cross-Ownership Rule*. REZENDE, Renato Monteiro de. Direitos prestacionais da comunicação. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 170-172. Sobre *Prometheus Radio Project* Faraco diz que FCC promoveu flexibilização a partir de 2003, com sobreposição da racionalidade antitruste. Sofreu várias ações judiciais de entidades que queria afastar a flexibilização e de empresas que queriam uma flexibilização ainda maior, com os processos consolidados no que ficou conhecido como *Prometheus Radio Project*. Muitas das conclusões do *Report and Order* foram confirmadas, apenas algumas foram decididas pela reavaliação por parte do FCC. Mas a Corte indicou que mesmo nos EUA, com alto uso da internet, não seria razoável assumir que isso relativizaria o poder da mídia tradicional. Mesmo nos EUA (85% das residências têm TV por assinatura e 42% tem acesso em banda larga à internet) há questionamento sobre o otimismo pela diluição do poder. No Brasil esse otimismo seria ainda mais inapropriado (5,03% TV por assinatura, 7% banda larga e o jornal de maior circulação imprime 300 mil exemplares diários). FARACO, Alexandre Ditzel. Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação: rádio, televisão e internet. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

³¹⁸ REZENDE, Renato Monteiro de. Direitos prestacionais da comunicação. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 173-174.

Em 2008 a FCC editou novas regras anticoncentração, por exigência judicial, resgatando os critérios de antes de 2003. Atualmente vale a *Cross-Ownership Rule* de 1975, que proíbe a propriedade cruzada com jornais.³¹⁹

Tanto a Suprema Corte quanto a FCC foram importantes instituições para a derrocada da *Fairness Doctrine*, sob a influência do neoliberalismo. Mesmo com os retrocessos, ainda há nos EUA regulação da mídia, como a limitação da propriedade cruzada entre radiodifusão e mídia impressa; direito de acesso dos candidatos às rádios e TVs; regulação na TV a cabo, etc. Não há mais a aplicação da *Fairness Doctrine* ou o direito de resposta, por decisão da FCC, mas nunca a Suprema Corte foi expressa ao rever o emblemático caso *Red Lion*.

O FCC é obrigado a rever as regras sobre concentração econômica a cada quatro anos. Há ainda regras como a proibição de fusões entre as quatro principais redes (ABC, CBS, Fox e NBC).

Atualmente, há uma grande concentração de poder na grande mídia estadunidense, muito por causa da desregulamentação³²⁰ iniciada nas décadas de 1970 e 1980. A concentração de riquezas é uma característica do capitalismo neoliberal adotado no mundo desde a década de 1970. E claro que isso influenciou também nos meios de comunicação de massa. Segundo Albarran e Mierzejewska, em 1995, 25% do total de receitas concentravam-se nas quatro maiores empresas de comunicação, em 1999 subiu para 42% e em 2001 para 49%. Entre as oito maiores os percentuais foram de 40% em 1995, para 59% em 1999 e 66% em 2001.³²¹ Em 1999 as quatro maiores empresas de TV detinham 84% da receita total (77% as de rádio, 77% as de revistas e 48% de jornais), sendo que entre as oito maiores o percentual é de 98% para TVs, 88% para rádios, 91% para revistas e 69%

³¹⁹ A FCC tentou permitir, em algumas situações, a propriedade cruzada da mídia impressa e radiodifusão. Judicializada a norma, a Corte de Apelações do 3º Distrito, em 2011, confirmou a validade da norma, a não ser a flexibilização com relação aos jornais. A Suprema Corte foi acionada pelos “Barões da Mídia” mas a Corte recusou-se a examinar a questão. REZENDE, Renato Monteiro de. *Direitos prestacionais da comunicação*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 172-173.

³²⁰ Segundo Manuel Castells a formação de redes empresariais globais de multimedia se tornou possível graças as políticas públicas e às mudanças institucionais caracterizadas pela liberalização, privatização e desregulamentação regulamentada, políticas governamentais pró-mercado. CASTELLS, Manuel. *O poder da comunicação*. São Paulo: Paz e Terra, 2015, p. 103.

³²¹ ALBARRAN, Alan B.; MIERZEJEWSKA, Bozena I. Media Concentration in U.S. and European Union: a comparative analysis. *Centre d'études sur les médias and Journal of Media Economics*. 6th World Media Economics Conference. 12 a 15.05.2004. Disponível em: <http://cem.ulaval.ca/pdf/albarran_mierzejewska.pdf>. Acesso em 17.02.2016.

para jornais. Em 1981 havia o domínio do mercado midiático nos EUA de 56 grupos, em 1983 de 50 grupos, em 1990 de 23 grupos e em 2004 apenas cinco conglomerados, a Time Warner, The Walt Disney Company, Murdoch's News Corporation, Viacom e Bertelsman. E a tendência é de que hoje essa concentração seja ainda mais radical. A desregulamentação das comunicações nos EUA gerou uma partidarização dos grandes conglomerados midiáticos. Entretanto, ao contrário do que ocorria no século XIX ou XX, quando havia em cada cidade pelo menos cinco jornais de tendências ideológicas variadas, hoje há, por parte da mídia, basicamente uma defesa das posições do governos dos últimos 30 anos, do Partido Republicano e da ala mais conservadora do Partido Democrata. As cinco grandes empresas midiáticas são atores no processo de alteração política no país, com a adoção de leis que aumentam seu domínio, como o *Telecommunications Act* de 1996, com uma diminuição do papel do cidadão e influência dos eleitores e aumento de poder das empresas de mídia e corporações em geral. A Fox, de Murdoch, seja na rádio ou TV, apresentam programas "direitistas", e os dois maiores conglomerados nas rádios, *Clear Channel* e *Cumulus*, fazem propaganda ultraconservadora e em pouco mais de uma década as rádios do país tornaram-se um poderoso órgão de propaganda reacionária. As cinco grandes se utilizam, quase que exclusivamente, de dados e avaliações de instituições privadas conservadoras como The Heritage e Hoover Institution, praticando um cartel e dificultando a entrada de novos competidores, com intenso lobby e financiamento a candidaturas, escondendo escândalos do mundo corporativo e financeiro e celebrando feitos das grandes empresas e de seus executivos, escondendo publicações à esquerda ou de ONG de fiscalização, o que "tem levado o país a um progressivo afastamento dos ideais democráticos que animaram a sua formação como nação independente", segundo Renato Monteiro de Rezende.³²²

Até nos EUA ocorreu fomento³²³ estatal à mídia, entre 1845 e 1962, com isenção de taxas por serviços postais em favor dos jornais, sendo que no século XIX

³²² REZENDE, Renato Monteiro de. Direitos prestacionais da comunicação. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 176-179. BAGDIKAN, Ben H. The media monopoly, third edition. Boston: Beacon Press, 1990, p. 21-22.

³²³ Sobre a arte e o Estado ativista, Fiss entende que além da forma regulatória, o Estado tem outra esfera de atuação, que cresceu em importância ao longo do século XX, que é o Estado alocador, quando concede licenças, constrói apartamentos, contrata pessoas, compra livros, financia e coordena universidades e provê dinheiro para as artes, e muitas dessas atividades tem conexão com a liberdade de expressão, seja porque subsídios são destinados a agentes discursivos (*speakers*),

chegou-se a entender que isso constituía exigência da Primeira Emenda. Nos EUA há a regulação econômica da mídia, com a proibição da propriedade cruzada: nenhum grupo empresarial pode ser dono de televisão, rádio e jornal na mesma cidade ou estado (excetua o jornalismo e eventos esportivos).

Segundo Renato Monteiro de Rezende, no Brasil as possibilidades de ação do legislador são muito maiores do que nos EUA, pois os argumentos utilizados pela Suprema Corte para reduzir o espaço de atuação do poder público na regulação de conteúdo não podem, em sua maior parte, ser utilizados no Brasil. Nossa Constituição não é refratária à regulação, pelo contrário, exige intervenção estatal.³²⁴

Sobre a regulação da mídia nos Estados Unidos, um autor obrigatório a ser estudado é Owen Fiss e sua obra “A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública”.³²⁵ Fiss entende que o Estado não

seja porque a obtenção de benefícios está ligada a certas questões afetas ao discurso. A maior parte dos estudiosos da Primeira Emenda se concentram na função regulatória do Estado e a Constituição como um escudo em volta do manifestante de rua realizando seu discurso, o protegendo do policial, sendo a Primeira Emenda uma arma do liberalismo clássico. E os liberais clássicos não aceitam que o Estado financie agentes discursivos em hipótese alguma, visão com apelo superficial para “atividades supérfluas” como os fundos públicos para artes e radiodifusão, mas insustentável para bibliotecas e educação públicas, que ficariam a mercê das vicissitudes do mercado ou dos caprichos dos detentores da riqueza. O Estado alocador (no discurso) deveria estar sujeito ao mesmo controle rígido do Estado regulador? Sim, para Fiss. Estado não teria obrigação de providenciar um megafone para todos, mas ao decidir fazê-lo, não pode promover apenas um lado (conservadores, por exemplo). Suprema Corte não, libertou todas as locações estatais, de forma opcional e discricionária (liberalismo clássico). Pergunta se fundos públicos podem ser utilizados para fotos “chulas” (segundo os conservadores) de um fotógrafo. Defende que não haja esmolas, para libertar a arte de uma dependência estrita do mercado ou da riqueza controlada privadamente. FISS, Owen M. A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, 148 p.

³²⁴ REZENDE, Renato Monteiro de. Direitos prestacionais da comunicação. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 263, 314-315.

³²⁵ Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto apresentam a obra de Fiss, no sentido de que seria sobre o papel do Estado na garantia das liberdades de expressão e de imprensa, o que envolve temas como regulação de conteúdo pornográfico, subsídios estatais para atividades culturais e regulação dos meios de comunicação de massa, com duas concepções antagônicas sobre essas garantias: como proteção da autonomia discursiva dos indivíduos, exigindo que o Estado se abstenha de interferir na esfera individual (veem o estado como potencial violador da garantia constitucional), que vem prevalecendo nos EUA; ou como instrumento para promoção da diversidade na esfera pública, exigindo uma atuação positiva do Estado na abertura ou ampliação do espaço conferido a diversos grupos no debate democrático (Estado como principal promotor da garantia constitucional). Fiss defende um caminho mais equilibrado e harmonioso e analisa a Primeira Emenda à Constituição dos EUA. Parece que esse dilema teórico existente nos EUA não teria espaço no Brasil, em face à Constituição de 1988, pois já prega esse equilíbrio, nem do Estado máximo totalmente controlador da mídia, nem o Estado mínimo que permite o controle de grupos hegemônicos sobre os meios de comunicação de massa. Para eles existem duas grandes concepções sobre as liberdades de expressão e de imprensa no pensamento estadunidense: a teoria libertária, centrada na figura do autor da mensagem; e a teoria democrática, de forma a permitir que os cidadãos sejam livremente informados sobre os assuntos de interesse geral, coloca a figura do destinatário da mensagem no centro de gravidade da liberdade de expressão, com uma preocupação da autonomia individual

necessariamente é autoritário e pode ser um amigo do discurso, pode fazer coisas extraordinárias para fortalecer a Democracia, e a intenção é ampliar a discussão pública para que o cidadão comum tome conhecimento das questões e dos argumentos de todos os lados, para que então persigam seus objetivos com liberdade e plenitude. O autor entende que “uma política verdadeiramente democrática não será alcançada até que condições de igualdade tenham sido inteiramente satisfeitas”.³²⁶

menos no emissor e mais nos receptores das mensagens, com a cidadania e a construção da vontade comum pela participação ativa do cidadão nos negócios da *polis*, o que para os libertários seria inconstitucional nos EUA. Para a segunda corrente “o essencial não é que todos falem, mas que o que mercê ser dito seja dito”. Entendem, de forma acertada, que ambas as teorias causam perplexidades, pois a libertária assegura o poder dos grandes conglomerados econômicos, em especial na comunicação social, e das elites políticas, e compromete a autonomia dos que não têm acesso aos veículos, e regras puramente de mercado acaba por excluir a voz dos que não tem um quinhão no mercado de comunicação social. Entretanto, os tradutores entendem que a teoria democrática arroga para o Estado um papel de curador, de avaliador do que merece e do que não merece ser dito: “daí para a censura e o controle dos meios de comunicação pelo governo faltaria pouco”, o que seria um mal maior que a livre manifestação das forças do mercado, mas parece que a teoria democrática não defende isso. Parece que a teoria democrática estaria entre a teoria libertária e alguma teoria mais autoritária, enquanto que a teoria democrática seria o meio termo entre a censura da grande mídia privada e a censura estatal. Mas Fiss critica de forma prevalente a teoria libertária. BINENBOJM, Gustavo; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. Prefácio, p. 01-24. In: FISS, Owen M. A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, 148 p.

³²⁶ Fiss entende que o Estado pode ser tanto um inimigo como um amigo do discurso, que pode fazer coisas terríveis para desestabilizar e minar a democracia, mas também algumas coisas extraordinárias para fortalecê-la. Para ele a liberdade de expressão está entre os nossos mais estimados direitos e nós estamos sendo convidados e intimados a reexaminar a natureza do Estado moderno e verificar se ele possui algum papel na preservação das nossas liberdades mais básicas. Se no passado a visão era de que o Estado era inimigo natural da liberdade e procurava silenciar o orador individual, e que era o Estado que deveria ser controlado, hoje verifica-se que “o Estado pode ser um opressor, mas ele pode ser também uma fonte de liberdade” e “a tradicional presunção contra o Estado é enganosa e como o Estado poderia se tornar o amigo, ao invés do inimigo, da liberdade”. Uma das premissas é o impacto que a concentração de poder privado tem sobre a nossa liberdade, e o Estado algumas vezes é necessário apenas para contrapor essas forças, visão predicada em uma teoria da própria Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América que enfatiza valores sociais ao invés de valores individualistas. O Estado pode ser chamado a promover a liberdade pública, e a Primeira Emenda, apesar da visão de alguns, não é proteção ao interesse individual de auto-expressão, mas uma proteção da soberania popular (Alexander Meiklejohn, Robert Bork e Willam Brennam). A intenção da lei é ampliar os termos da discussão pública para que o cidadão comum tome conhecimento das questões e dos argumentos de todos os lados, para que então persigam seus objetivos com liberdade e plenitude, sendo distintas a teoria democrática da teoria libertária de liberdade de expressão. Segundo a teoria libertária a Primeira Emenda é uma proteção da auto-expressão, faz um apelo para o *ethos* individualista que tanto domina nossa cultura popular e política, mas não consegue explicar por que os interesses daqueles que produzem o discurso deveriam ter prioridade sobre os interesses dos indivíduos objeto do discurso, ou dos indivíduos que devem escutar o discurso, quando esses se conflitam; e também não consegue explicar por que o direito de liberdade de expressão deveria ser estendido para várias instituições e organizações como CBS e Turner, que são rotineiramente protegidas pela Primeira Emenda, apesar de não representarem o interesse individual de auto-expressão. O discurso é valorizado pela Constituição não para auto-expressão ou auto-realização, mas para a autodeterminação coletiva, em um debate público, segundo o Juiz Brennan, desinibido, robusto e amplamente aberto. Em instâncias onde o Estado tente inibir o debate livre e aberto, a Primeira Emenda impede esse abuso, mas o Estado pode ter que agir para promover a robustez do debate público quando poderes fora do Estado

Sobre o desafio à frente, Fiss informa que a Suprema Corte se afastou da teoria democrática da Primeira Emenda com movimento para a teoria libertária, com hostilidade com relação ao Estado e recusa em reconhecer o papel do Estado³²⁷ na promoção da liberdade de expressão. Fala em alocativo que recusa em reconhecer subsídios para enriquecimento do debate público e regulatório, com a invalidação de atos que garantiam igualdade na arena pública e promoção de um debate livre e aberto. Por causa de nomeações dos republicanos na Suprema Corte, mas às vezes até com ministros nomeados por Clinton. Fiss entende que “nós devemos aprender a abraçar uma verdade que é cheia de ironia e contradição: que o Estado pode ser tanto um inimigo como um amigo do discurso; que ele pode fazer coisas terríveis para enfraquecer a democracia, mas também algumas coisas maravilhosas para fortalecê-la”.³²⁸

Já em sua obra “Libertad de expresión y estrutura social”³²⁹, Fiss informa que nos Estados Unidos da América, durante os anos 1970 e 1980, ocorreram esforços para regular a imprensa, não para restringir sua cobertura, mas para aumentar a diversidade dos pontos de vista que se ofereciam e a sua disponibilidade pública. Para ele o Estado tem que atuar como poder de contrapeso para compensar a distorção do debate público atribuído ao mercado e preservar as condições essenciais da democracia, deve introduzir na agenda os temas que são sistematicamente ignorados e subestimados, e permitir-nos ouvir as vozes e opiniões que de outra maneira seriam silenciadas ou apagadas.^{330 331}

inibem o discurso, inclusive alocando recursos públicos (distribuição de megafones) para aqueles cujas vozes não seriam escutadas na praça pública de outra maneira, ou pode silenciar as vozes de alguns para ouvir as vozes dos outros (alocação e regulação). FISS, Owen M. A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, 148 p.

³²⁷ Sobre o papel do Estado na democratização da informação, ver SERRANO, Pascoal. Democracia e liberdade de imprensa, p. 71-82. In: MORAES, Dênis de; RAMONET, Ignacio; SERRANO, Pascual. Mídia, poder e contrapoder: da concentração monopólica à democratização da informação. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 80.

³²⁸ FISS, Owen M. A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, 148 p.

³²⁹ FISS, Owen. Libertad de expresión y estrutura social. México, D.F.: Distribuciones Fontamara, 1997, p. 10-61.

³³⁰ Fiss informa que os ativistas políticos reclamaram um direito de acesso aos meios de comunicação, quase todos de propriedade privada, e insistiram que o Estado regulasse as transmissões para permitir a apresentação de pontos de vistas opostos. Fiss informa que os liberais consideram a 1ª Emenda como uma couraça ao redor do cidadão individual, que a protege da interferência do Estado, mas essa expressão da liberdade de expressão se volta cada vez mais insustentável quando o Estado atua de uma maneira mais distributiva do que regulativa. Os programas de alocação de recursos contemplam uma interação contínua entre o Estado e o cidadão,

Sobre o modelo do Reino Unido/Inglaterra, no século XVII havia a *Licensing Order* do Parlamento, que previa a censura prévia de obras, que começou a ser questionada por autores como John Milton e John Locke. Com a Revolução Gloriosa de 1688 a norma passou a ser considerada caduca. Entretanto, o regime tributário de aposição de selos nos impressos, o que tornava bastante dispendiosa a atividade jornalística, foi mantida.³³² Habermas informa que na Inglaterra a ingerência estatal foi mitigada com o atingimento de determinada autonomia dos meios de comunicação, como no caso da BBC – *British Broadcasting Corporation* de Londres.³³³ Umberto Eco alertava que “As pessoas de bem vão continuar votando nos canais porque não acreditarão na BBC ou não verão programas como desta noite porque estarão grudados em algo mais *trash*”.³³⁴

O órgão regulador do setor de comunicações no Reino Unido é o Ofcom, que revê as regras periodicamente, a cada três anos. O Ofcom já chegou a limitar o total de outorgas de rádios locais controladas por um mesmo grupo.

Atualmente o Ofcom permite que o Secretário de Estado vete fusões de empresas de mídia; limita a propriedade cruzada, em nível local, pois o grupo não

e alguns liberais insistem que o Estado deve se retirar completamente deste âmbito e deixar de subsidiar a expressão de opiniões. Sobre a liberdade de expressão e estrutura social, Fiss diz que nos anos 1980 é um dos poucos períodos em que os EUA se perguntaram em voz alta se capitalismo e democracia eram compatíveis. Nas decisões da década de 70 nos EUA sobre liberdade de expressão o capitalismo quase sempre ganhou. Há exemplos de Jurisprudência sobre tentativa de regulação da mídia na questão do conteúdo (contraditório de ideias). A Corte decidiu que uma lei que concedia o ingresso aos meios de comunicação escritos a quem desejava apresentar diferentes pontos de vista era inválida. Essas decisões mais empobreceram do que enriqueceram o debate político e puseram em perigo uma das pré-condicionantes essenciais para uma democracia efetiva. Inicialmente Fiss entendia que era um conflito entre a igualdade e a liberdade. Não se queria conferir poderes aos pobres ou menos avantajados se isso significasse sacrificar a liberdade de outra pessoa. Mas na verdade era um conflito entre liberdade e liberdade, uma batalha dentro da Primeira Emenda. A Corte não estava substituindo a liberdade empresarial (ou a propriedade) pela liberdade política: “O dinheiro constitui uma expressão de opinião, tanto como o é formar parte de um piquete em greve”. Liberdade de expressão deve proteger o orador de uma esquina de uma rua de uma grande cidade, que sobe em uma caixa e começa a criticar as medidas políticas do governo e é detido por quebrar a paz. A Primeira Emenda é uma couraça para proteger o orador individual da possibilidade de ser silenciado pelo Estado. A polícia não pode calar o orador apenas porque não gosta do que ele diz, mas apenas se ele estiver incitando um crime. A regulação não pode barrar o conteúdo da opinião, e nem favorecer uma ideia em prejuízo da outra. FISS, Owen. *Libertad de expresión y estructura social*. México, D.F.: Distribuciones Fontamara, 1997, p. 10-61.

³³¹ Sobre as novas mídias nos EUA ver DIZARD, Wilson. *A nova mídia: a comunicação de massa na era da informação*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

³³² REZENDE, Renato Monteiro de. *Direitos prestacionais da comunicação*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 46 e 47.

³³³ HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003, p. 220.

³³⁴ ECO, Umberto. *Número Zero*. Rio de Janeiro: Record, 2015, p. 207.

pode dispor de um jornal local com mais de 50% do mercado potencial ao mesmo tempo que detenha emissoras de TV e rádio que retransmitam o principal canal de TV privado do país, o Canal 3; impede propriedade cruzada entre o Canal 3 e jornais nacionais; obriga a separação entre as fontes de financiamento do Canal 3 e da BBC; veta licença de retransmissão do canal 3 a empresas que controlem jornal nacional com mais de 20% do mercado, e essas empresas também não podem deter participação superior a 20% em outorga destinada a retransmiti-lo. No Reino Unido, depois que grandes jornais e revistas do Grupo Murdoch invadiram a privacidade das pessoas foram criadas normas com direito de resposta e multas de milhões.³³⁵

Sobre a França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu art. 11, estabeleceu que “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”.

O que gerou períodos de censura e de maior liberdade, com o governo jacobino perseguindo a imprensa oposicionista e na fase do Diretório a criação de incentivos financeiros para a imprensa subserviente. Com Napoleão voltou a obrigação de autorização prévia para a criação de veículos de comunicação e os diretores eram nomeados pelo governo, o que era mais rigoroso do que no período absolutista do antigo regime. Na Restauração voltaram os períodos de controle e liberdade intercalados, com momentos de obrigação que escritos de mais de 20 folhas houvesse autorização estatal. A Lei Francesa de imprensa em 1822 previu o direito de resposta de pessoa referida em publicação, sem ônus, o que se alastrou para outros países europeus. Com a Revolução de 1848 e a Constituição da Segunda República, uma fase liberal foi implementada com a proibição da censura. Mas com o Segundo Império houve uma regressão ao estado anterior, inclusive com a necessidade de autorização prévia. A lei de Imprensa de 1881, com a Terceira República, foi instituído um modelo liberal, com algumas normas vigentes até a atualidade, como o fim da censura e da autorização prévia.

³³⁵ Sobre o modelo britânico de televisão e a BBC, ver LEAL FILHO, Laurindo Lalo. A melhor TV do mundo. São Paulo: Summus, 1997. Ver ainda LEYS, Colin. A política a serviço do mercado: democracia neoliberal e interesse público. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 137-203.

O Conselho Constitucional francês em 1986 assentou que o pluralismo de correntes de expressão sociocultural é um objetivo de valor constitucional, uma condição para a democracia, e que tanto o setor público quanto privado devem ter programas que assegurem a expressão de diferentes tendências, com o respeito ao imperativo da honestidade na divulgação de informações, e que a livre escolha dos cidadãos não seja transformada em objeto de um negócio. Na França há atividade monopolística estatal com a *Radiodiffusion Télévision Française - RTF*.

A França foi um dos primeiros países europeus a organizar uma ampla política de subsídios indiretos, como isenção ou redução de impostos e tarifas postais para toda a mídia, e subsídios diretos destinados a mídias de menor circulação ou menor receita de publicidade (Decreto 616/86). Como a maior parte é subsídio indireto, acaba sendo mantido o *status quo*.³³⁶

Na Alemanha é clara a garantia da igualdade de oportunidades comunicacionais, onde se defende que os direitos de comunicação não são apenas liberdades em face do Estado (*Freiheiten vom Staat*), mas também liberdades por meio do Estado (*Freiheiten durch den Staat*). O Estado regula a mídia para garantia à Democracia, à igualdade e à pluralidade. Nesse país há direito de resposta para ofensas e os programas infantis não podem ser interrompidos pela publicidade. Habermas informa que em determinados países a ingerência estatal foi mitigada com uma regulação da mídia que assegura o pluralismo com a participação dos diferentes grupos sociais e políticos na programação, como na Alemanha.³³⁷

O art. 5º, I, da Lei Fundamental de Bonn de 1949 dispõe o seguinte: “Todos têm o direito de expressar e divulgar livremente o seu pensamento por via oral, por escrito e por imagem, bem como de informar-se, sem impedimentos, em fontes de acesso geral. A liberdade de imprensa e a liberdade de informar através da radiodifusão e do filme ficam garantidas. Não será exercida censura”.

O Tribunal Constitucional Alemão – TCF, ao interpretar esse dispositivo constitucional, em várias decisões entendeu que, por mais que primariamente há

³³⁶ REZENDE, Renato Monteiro de. Direitos prestacionais da comunicação. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 48, 52, 87 e 262-263.

³³⁷ HABERMAS, Jürgen. Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003, p. 220.

uma proteção contra a ação do Estado, o Estado deve proteger e regular a liberdade de expressão, em face do uso, por particulares, de meios de pressão econômica para silenciar alguém; que o público deve receber informações abrangentes e verdadeiras; há o direito à prestação de serviços de radiodifusão por emissoras estatais, considerados essenciais para o regime democrático e a vida cultural do povo; há direito à edição de normas que assegurem diversos grupos políticos, ideológicos e sociais a participação nos órgãos de controle da mídia pública e privada, bem como vinculem as emissoras aos princípios do equilíbrio, da objetividade e do respeito mútuo na determinação do conteúdo da programação; e direitos à adoção de medidas estatais com o objetivo de conter a influência fortemente desproporcional de alguns produtores ou canais sobre a formação da opinião pública. O TCF entendeu que uma campanha promovida por importantes editoras, a qual obrigavam os donos de bancas de revista a boicotarem a distribuição de uma revista comunista, caso contrário, as editoras não comercializariam seus produtos nessas bancas, feria a liberdade de expressão da revista e de informação do público. O TCF dispôs que a liberdade de debate intelectual e a garantia de uma discussão pública são condições essenciais para a democracia, e que o exercício de pressão econômica que impeça a livre disseminação de opiniões atenta contra a igualdade de oportunidades e seria inconstitucional. Para o Tribunal as liberdades de opinião e de imprensa “não se prestam a garantir interesses econômicos”, contra a disseminação de produtos de imprensa por meios inapropriados de grupos economicamente poderosos: “O objeto da liberdade de imprensa, que é facilitar e garantir a formação de uma opinião pública livre, requer, portanto, a proteção da imprensa contra tentativas de eliminar a competição entre opiniões por instrumentos de pressão econômica”.³³⁸

O TCF proíbe os monopólios e os oligopólios dos meios de comunicação, mesmo sem a Constituição alemã fazer essa proibição expressamente, simplesmente em decorrência da liberdade de informação dos cidadãos e de formação da opinião. No Brasil, como veremos, mesmo com essa proibição expressa na Constituição, o monopólio e o oligopólio de TVs, rádios, jornais, revistas e meios digitais na internet é uma prática corrente. O TCF ainda deixa claro que “tal

³³⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 490-498. REZENDE, Renato Monteiro de. Direitos prestacionais da comunicação. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 59-61, 77, 78, 80, 81, 84, 86, 88, 125 e 126.

como o direito fundamental à liberdade de expressão, o direito fundamental à liberdade de informação é um dos mais importantes pré-requisitos para a democracia”. A Constituição do Estado da Baviera ainda prevê em seu art. 11 que a imprensa tem a missão de informar de forma veraz e os meios de radiodifusão prestarão as informações por meio de uma cobertura veraz, abrangente e imparcial. O TCF também reconheceu a existência de um dever constitucional dos meios de comunicação de fornecer informações verídicas à população: “quando a imprensa faz uso do seu direito de informar o público, ela é obrigada a fazer uma cobertura verdadeira”. Para o Tribunal “a opinião pública pode se formar corretamente apenas quando o leitor é, dentro dos limites do possível, adequadamente informado”. A imprensa é obrigada “a verificar a veracidade das notícias e declarações que ela transmite. Embora esse dever de verificação e verdade não deva ser exagerado, é inadmissível a divulgação de informação inverídica de forma leviana (...) a verdade não pode ser deliberadamente distorcida”. O Tribunal chegou a considerar inconstitucional uma lei estadual que não previa que as TVs a cabo garantissem que os programas por ela veiculados oferecessem informação tecnicamente correta, abrangente e verdadeira. A 15ª versão do *Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien (Rundfunkstaatvertrag)*, em vigor desde 01.01.2013, existe para garantir a pluralidade na radiodifusão. Quando uma empresa tem poder dominante de opinião, com audiência média anual igual ou superior a 30% do público total, pode ser negociado entre as autoridades e a empresa a alienação de direitos de participação, concessão de tempo de transmissão a terceiros, a criação de um conselho consultivo de programação. Não havendo acordo, as autoridades revogam as licenças, na medida para redução da audiência, sem indenização. Outra medida é a reserva de 260 minutos por semana, com pelo menos 75 minutos em horário nobre (19h às 23h30), para transmissão de programas produzidos por quem não tenha vínculo jurídico de dependência com a emissora, com a escolha do produtor do conteúdo feita em um processo seletivo aberto e por decisão conjunta da emissora e das autoridades. Sem acordo, a autoridade escolhe a que oferecer maior pluralidade.³³⁹

³³⁹ REZENDE, Renato Monteiro de. Direitos prestacionais da comunicação. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 201 e 209, 209-210, 229-230.

Na Alemanha os subsídios são vistos como um mecanismo que pode contribuir para o cumprimento, pela imprensa, de sua missão pública, mas para o TCF entende que os subsídios estatais não podem favorecer nem prejudicar determinadas opiniões ou tendências. No país a agência reguladora independente é Comissão Avaliadora da Concentração na Mídia (*Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich - KEK*).

Na Itália o art. 21 da Constituição de 1947 prevê a liberdade de expressão, ao garantir a todos o direito de manifestar o próprio pensamento por meio da palavra, da escrita ou qualquer outro meio de difusão, com a preocupação de barrar o controle estatal da imprensa instaurado pelo fascismo.

Com a inércia do Poder Legislativo na regulamentação do dispositivo, a Corte Constitucional Italiana evoluiu por seis décadas de uma interpretação individualista para uma funcionalista, com o reconhecimento da existência de um direito à informação, a existência de um valor fundamental calcado no pluralismo e a caracterização da radiodifusão como serviço público essencial.

A rádio *Ente Italiano Audizioni Radiofoniche - EIAR* em 1954, começou com atividade monopolística de TV estatal como *Radio Audizione Italiana – RAI*. Hoje é a *Radiotelevisione Italiana*.

Em 1974, ainda sob o monopólio estatal, a Corte Constitucional Italiana fixou requisitos mínimos para a garantia do pluralismo interno como a escolha do corpo diretivo da RAI sem predomínio dos interesses do Poder Executivo; uma estrutura objetiva da RAI; programas imparciais de notícias; programas culturais com a variedade das várias correntes de pensamentos; controle da atividade pelo Poder Legislativo; jornalistas objetivos e éticos; publicidade limitada; acesso aos grupos políticos, religiosos e culturais da sociedade; e direito de retificação (Sentença 2251974).

Com o fim do monopólio a Corte não alterou sua posição, propugnando por uma igual competição na formação da vontade geral; pluralidade de fontes; vinculação ao Poder Legislativo ao dever de impedir a formação de posições dominantes; facilitar acesso ao número máximo possível de diferentes vozes; imparcialidade; e respeito a várias questões de interesse público. A Corte

Constitucional também entendeu que o direito à informação tem como características qualificadoras a imparcialidade, objetividade, completude, correção e continuidade das informações transmitidas (Sentença 112/1993).

O Decreto Legislativo 177/2005 determina que pelo menos 15% das verbas anuais de publicidade da Administração Pública sejam destinados a emissoras locais de radiodifusão privadas, e pelo menos 50% dessas mesmas verbas a jornais diários e periódicos.

Mesmo assim há concentração dos meios de comunicação de forma semelhante ao Brasil, com um duopólio, do empresário mais rico do país, Silvio Berlusconi, dono do grupo Mediaset, e a RAI, estatal.

Em Portugal a Constituição de 1976 é uma das constituições mais avançadas sobre democratização da mídia, disciplinando tanto uma limitação do Estado quanto obrigações do Poder Público com relação à pluralidade dos meios de comunicação portugueses, inclusive com a previsão de regulação e entidade reguladora independente. Em seu art. 37, dispõe o seguinte sobre liberdade de expressão e informação:

1. Todos têm o direito de **expressar e divulgar livremente o seu pensamento** pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o **direito de informar, de se informar e de ser informados**, sem impedimentos nem discriminações.
2. O exercício destes direitos **não** pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de **censura**.
3. As infracções cometidas no exercício destes direitos ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal ou do ilícito de mera ordenação social, sendo a sua apreciação respectivamente da competência dos tribunais judiciais ou de entidade administrativa independente, nos termos da lei.
4. A todas as pessoas, singulares ou colectivas, é assegurado, em condições de igualdade e eficácia, o **direito de resposta e de rectificação**, bem como o direito a indemnização pelos danos sofridos.

O art. 38, que trata da liberdade de imprensa e dos meios de comunicação, dispõe:

1. É garantida a **liberdade de imprensa**.
2. A liberdade de imprensa implica:

a) A **liberdade de expressão e criação dos jornalistas** e colaboradores, bem como a **intervenção dos primeiros na orientação editorial dos respectivos órgãos de comunicação social**, salvo quando tiverem natureza doutrinária ou confessional;

b) O direito dos jornalistas, nos termos da lei, ao acesso às fontes de informação e à protecção da independência e do sigilo profissionais, bem como o direito de **elegerem conselhos de redacção**;

c) O direito de fundação de jornais e de quaisquer outras publicações, independentemente de autorização administrativa, caução ou habilitação prévias.

3. A lei assegura, com carácter genérico, a divulgação da titularidade e dos meios de financiamento dos órgãos de comunicação social.

4. O **Estado assegura a liberdade e a independência dos órgãos de comunicação social perante o poder político e o poder económico**, impondo o princípio da especialidade das empresas titulares de órgãos de informação geral, tratando-as e apoiando-as de **forma não discriminatória e impedindo a sua concentração**, designadamente através de participações múltiplas ou cruzadas.

5. O **Estado assegura** a existência e o funcionamento de um **serviço público de rádio e de televisão**.

6. A estrutura e o funcionamento dos meios de comunicação social do sector público devem salvaguardar a sua **independência** perante o Governo, a Administração e os demais poderes públicos, bem como **assegurar a possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião**.

7. As estações emissoras de radiodifusão e de radiotelevisão só podem funcionar mediante licença, a conferir por concurso público, nos termos da lei.

O número 6 do art. 38 original era o seguinte: “A televisão não pode ser objecto de propriedade privada”, e foi alterado em 1989 para permitir a atuação privada na radiodifusão, acabando com o monopólio estatal na área. O art. 39 trata da regulação da comunicação social:

1. Cabe a uma **entidade administrativa independente** assegurar nos meios de comunicação social:

a) O direito à informação e a liberdade de imprensa;

b) A **não concentração** da titularidade dos meios de comunicação social;

c) A **independência perante o poder político e o poder económico**;

d) O respeito pelos direitos, liberdades e garantias pessoais;

e) O respeito pelas normas reguladoras das actividades de comunicação social;

f) A possibilidade de **expressão e confronto das diversas correntes de opinião**;

g) O exercício dos **direitos de antena, de resposta e de réplica** política.

2. A lei define a composição, as competências, a organização e o funcionamento da entidade referida no número anterior, bem como o estatuto dos respectivos membros, designados pela Assembleia da República e por cooptação destes.

Por fim o art. 40 disciplina os direitos de antena, de resposta e de réplica política:

1. Os **partidos políticos** e as organizações **sindicais, profissionais e representativas das actividades económicas**, 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.

2. Os partidos políticos representados na Assembleia da República, e que **não façam parte do Governo**, têm direito, nos termos da lei, a tempos de antena no serviço público de rádio e televisão, a ratear de acordo com a sua representatividade, bem como o direito de resposta ou de réplica política às declarações políticas do Governo, de duração e relevo iguais aos dos tempos de antena e das declarações do Governo, de iguais direitos gozando, no âmbito da respectiva região, os partidos representados nas Assembleias Legislativas das regiões autónomas.

3. Nos períodos **eleitorais** os concorrentes têm direito a tempos de antena, regulares e equitativos, nas estações emissoras de rádio e de televisão de âmbito nacional e regional, nos termos da lei.

Portanto, a Constituição de Portugal é semelhante à brasileira, como veremos, no sentido de especificar várias obrigações com relação à mídia, e não apenas uma previsão genérica de garantia da liberdade de expressão. Por exemplo, o art. 38, 4, ao prever que o Estado deve assegurar a liberdade comunicacional perante os poderes político e econômico, sem discriminação, impedindo a concentração fundamenta a existência de fomento para as pequenas empresas de comunicação, por meio de recursos financeiros diretos ou isenções tributárias. O art. 38, 4 também prevê o dever de apoiar, de forma não discriminatória, os órgãos e comunicação social e de impedir a sua concentração/oligopólio.

Na Espanha a Constituição de 1978 expressamente prevê um Estado Social e Democrático de Direito (art. 1º), inclusive com a previsão de que cabe aos Poderes Públicos promover as condições reais e efetivas para a liberdade e a igualdade, com a remoção dos obstáculos que impeçam ou dificultem sua plenitude e facilitar a participação de todos os cidadãos na vida política, econômica, cultural e social (art.

9º). Em seu art. 20 reconhece e protege os direitos de expressar e difundir livremente os pensamentos, ideias e opiniões mediante a palavra, a escrita ou qualquer outro meio de reprodução; os direitos de comunicar ou receber **informações verdadeiras** por qualquer meio de difusão; prevê lei que regule o direito à **cláusula de consciência** e ao segredo profissional no exercício dessas liberdades; proíbe a censura prévia; prevê lei que regula a organização e o controle parlamentar dos meios de comunicação social dependentes do estado e garantir o acesso aos grupos sociais e políticos significativos, respeitando o pluralismo da sociedade e das várias línguas da Espanha; limita as liberdades com relação aos direitos à honra, a intimidade, a imagem, e a proteção dos jovens e da infância, e a previsão de apreensão de publicações, gravações e outros meios de informação somente por ordem judicial.

Com isso o Tribunal Constitucional Espanhol, em vários momentos, já decidiu pelo dever estatal de atuação positiva na esfera da comunicação, com medidas para remoção dos obstáculos que o livre jogo das forças sociais poderia lhe opor; normas que impeçam a concentração econômica; direito de resposta, mesmo sem previsão expressa na Constituição; garantia de livre formação da opinião pública; acesso a versões contrapostas dos acontecimentos; possibilidade, não dever, da existência de entes estatais de comunicação, por não haver previsão de dever na Constituição; e, também por falta de previsão na Constituição, não haveria um dever de subsídios com recursos públicos a meios privados de comunicação. Por fim, o TCE entende que outro direito assegurado na Constituição é a **cláusula de consciência**, segundo a qual o jornalista pode, para preservar sua independência, rescindir o contrato de trabalho com seu empregador e exigir judicialmente as indenizações correspondentes à da despedida sem justa causa, sempre que ocorrer uma sensível mudança de orientação ideológica da empresa de comunicação, o que seria uma garantia de efetividade do direito de informar em face de uma censura interna, assim como um efeito positivo sobre o processo de formação da opinião pública, contribui para o pluralismo e atenua o efeito silenciador que pode produzir o mercado. Após previsão constitucional e concordância do TCE, foi editada a Lei Orgânica 2/1997, que regulamentou a cláusula de consciência aos profissionais de informação. Além da possibilidade de rescisão do contrato de trabalho em função da mudança ideológica do meio de comunicação, a lei ainda

empodera os profissionais da informação a negar-se, motivadamente, a participar da elaboração de informações contrárias aos princípios éticos da comunicação, sem possibilidade de ser a ele aplicada sanção ou ter qualquer prejuízo. Como a Constituição prega os direitos de comunicar ou receber informações verdadeiras por qualquer meio, o TCE entende que não quer dizer que a imprensa não possa errar ou não provar suas informações em Juízo, mas sim a imposição do dever de diligência ao informador, com contraste com dados objetivos, sem menosprezo à veracidade ou falsidade do comunicado. Para o Tribunal o ordenamento não protege conduta negligente, como se simples rumores fossem fatos ou meras invenções ou insinuações. Ampara apenas a informação retamente obtida, mesmo sem ser exata.³⁴⁰ O direito de antena também é previsto na Constituição espanhola, art. 40, para partidos políticos e organizações sindicais.

Alexandre Ditzel Faraco na obra “Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação: radio, televisão e internet”³⁴¹ tem uma clara pretensão

³⁴⁰ REZENDE, Renato Monteiro de. Direitos prestacionais da comunicação. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 65 a 67 e 79, 208-209.

³⁴¹ Regulações estruturais que procuram promover diretamente a pluralidade não são os mais adequados (complexos e com efeitos incertos) e podem expandir excessivamente os fins da regulação do setor. Em países em desenvolvimento e democracia recentes a questão é mais complexa, podendo a regulação aumentar a concentração e diminuir que comunidades tenham acesso a alguma mídia. Mas o aproveitamento das eficiências não deve prevalecer sobre as preocupações democráticas, pois as vezes haverá limites ineficientes sob o ponto de vista econômico mas necessários sob o ponto de vista político. O autor passa a tratar da regulação estrutural da radiodifusão no Brasil e fazer propostas. A regulação estrutural da radiodifusão brasileira é simples e inócua, permitindo o controle por um número reduzido de agentes econômicos, que estendem seu poder a outros meios como imprensa escrita e TV por assinatura (cita Venício Lima e Projeto Donos da Mídia – emissoras de TV têm 372 veículos entre jornais e rádios, o que mostra o caráter multimídia), com normas que estabelecem apenas limites horizontais (também aplicável aos dirigentes: Decreto 52.795/63, art. 15, 1º, Decreto-Lei 236/67, art. 12, e Lei 4.117/62, art. 38, g.). Limites horizontais locais: veda que uma mesma entidade de rádio/TV receba mais de uma autorização para prestar mesmo serviço em um mesmo local, inclusive sócios. Decreto 52.795/63 (art. 15, § 1º, conforme redação do Decreto 2.108/96). Isso vedava que a mesma pessoa fosse sócia, por exemplo, das rádios CBN e BandNews Curitiba (de propriedade do empresário Joel Malucelli, sogro do deputado federal João Arruda (PMDB-PR)), como ocorre na cidade há muito tempo. Mas agora isso é permitido, pois o Decreto 7.670/2012 de Dilma Rousseff revogou essa proibição com relação ao sócio. Limite horizontal nacional (rádio e TV): Decreto-Lei 236/67, art. 12. Limites incoerentes, como todas as regras baseadas em número de estações, e não na quantidade de população potencialmente alcançada. O caráter artificial que não impede concentração pode ter sido influenciada pelos proprietários de estações de rádio e TV. O cumprimento dos limites é verificado pelo Ministério das Comunicação a partir dos nomes dos concessionários, permissionários e autorizatários e dos sócios e dirigentes das empresas de comunicação, mas empresas com donos distintos muitas vezes atuam de forma concertada e sob controle comum de fato. Acaba sendo permitida uma concentração superior ao que seria autorizado, mas sem afrontar as regras formais, com distribuição das concessões entre familiares. No plano vertical também há grande concentração, sem qualquer limitação, as “cabeças-de-rede” geram a maior parte da programação e, por mais que a titularidade das diversas retransmissoras seja diversificada, essas várias empresas ficam sob o controle da cabeça, com grande uniformidade nacional e submissão, por mais que haja programação

normativa de recomendar políticas públicas na área da regulação dos meios de comunicação; e diz que o controle sobre os meios de comunicação de massa implicará em poder significativo sobre o processo político, que contrabalança com o dos ocupantes de altas funções públicas, e por isso regimes autoritários convivem mais com eleições periódicas do que com imprensa livre. Informa que há estudo que conclui que o controle do governo sobre meios de comunicação está associado a maiores níveis de corrupção e menores índices de educação e saúde. Entende que o poder econômico ou político dos meios de comunicação de massa, numa democracia, não é necessariamente negativo, e 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. O autor conclui no sentido de que ao se levar em conta os objetivos democráticos da regulação do setor, e não simplesmente aplicar a lógica antitruste, é plenamente justificável a fixação de limites horizontais, verticais e cruzados no âmbito nacional/regional/local, e não é adequado estabelecer parâmetros globais. Faraco entende que a promoção de um pluralismo de fontes a partir de limites estruturais é o que melhor pode garantir a dispersão do poder político, gerando maior pluralidade de pontos de vista, mas sem acabar com algum nível de concentração, para fins de escala e garantia de controle democrático), e faz dezenas de propostas para regulação da mídia.³⁴²

regional (na média não ultrapassa 20%). A Globo controla diretamente as emissoras de São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Recife e Brasília, mas há 110 afiliadas. Mas pessoas ligadas à Globo possuem participação na afiliadas e, portanto, o controle não se dá apenas pela afiliação, mas também via estrutura societária. Outro aspecto que favorece a concentração é a falta de limite cruzado. FARACO, Alexandre Ditzel. Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação: rádio, televisão e internet. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

³⁴² Faraco faz algumas propostas: 1. Fixar limites regionais/nacionais que levem em conta a população que pode ser alcançada a partir das estações sob controle comum; assim como fixar limites locais que levem em conta o número de estações independentes existentes em cada localidade (com critérios efetivos de limitação que afastem contornos como grupos com controle comum mas com titularidades formais diversas, pois o agente que não é proprietário formal pode ser mesmo assim que decide na empresa); 2. Fixar limites verticais quanto à origem da programação de uma estação, restringindo o conteúdo que pode ser originado a partir da “cabeça-de-rede”; 3. Fixar limites cruzados ao controle de diferentes meios de comunicação social no mesmo âmbito geográfico; 4. Atribuir competência para a outorga de concessões e para fiscalização dos limites a uma agência especializada, e não Ministério das Comunicações.³⁴² Proposta de 20% é mais restrito do que os 39% dos EUA (regulação que teve propósito de permitir uma maior concentração). Para limitar poder político, é razoável restringir a um quinto da população do país. Esse percentual não representa

Faraco entende que a crítica à regulação estatal baseada na suposta defesa da autonomia individual e do direito das pessoas terem atendidas suas preferências subjetivas ignora as falhas de mercado, mas também pretende que tais preferências possam ser concebidas de forma inata e estática, pressupõe que as pessoas nasceriam com ela, sendo que é a exposição contínua a uma prática que forma determinada preferência.³⁴³

obstáculo excessivo à economia de escala, dada a existência de redes nacionais já bem estruturadas. E é provável que muitos grupos existentes já se enquadrem nesses limites. Limitaria futuras consolidações. Permitiria expansão de quem já tem cinco ou dez concessões mas não um percentual representativo de população. É essencial a proposta do limite percentual de população que pode ser alcançada, mas lembrando que com a internet, em um futuro próximo, com a popularização da banda larga a possível população alcançada será todo o Brasil ou até mundo. Mas enquanto essa não é uma realidade, a limitação de sinal de TV digital ou por assinatura é um ótimo parâmetro. Proposta a ser complementada com limite vertical abaixo. Regional: no mesmo Estado, ao invés do arbitrário limite de duas concessões, 20% talvez seja muito restrito (deve ser diferente em SP e AP), pois dificultaria fortalecimento regional, e algumas áreas menos desenvolvidas de um Estado poderiam não ser atendidas. Saída são limites para cada Estado (regulação complexa) ou percentual definidos conforme população. Alguns Estados acabariam sem limites horizontais, mas daí poderiam existir regras mais rígidas de limites cruzados e verticais para grupos que alcançassem mais de 50% da população, vedando, por exemplo, a exploração simultânea de outra mídia. Para rádios locais limites podem ser menores, dada a menor escala exigida, 10% em âmbito nacional e 25% em âmbito estadual. Sugere também limites locais. Lembra que há dificuldade óbvia em se construir modelos abstratos que reflitam com precisão a realidade de um setor da economia, e que não se está querendo propor algo diverso do direito comparado. Informa que prefere trabalhar com limites quantitativos baseados em audiência potencial, mais simples na aplicação e fiscalização, pois a audiência efetiva exige a mensuração muito frequente, com dificuldades para se ter um índice geral. Propõe criar mecanismos que favoreçam o ingresso no setor de pessoas que ainda não têm estações, em licitações, nas quais os participantes sem meios de comunicação no local ou no mesmo meio recebesse pontuações adicionais, sem possibilidade depois de contratado de transferir a concessão a quem não se enquadrasse. Fomento: mesma lógica acima, melhores condições para quem estivesse ingressando, desde que solvente, financiamento de novas vozes, devendo devolver se decidisse vender. FARACO, Alexandre Ditzel. Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação: rádio, televisão e internet. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

³⁴³ Segundo Faraco por mais que uma empresa de radiodifusão lucrativa seja importante em termos democráticos por ser independente do governo, isso pode inviabilizar investimentos em diversificação na programação. Regras de conteúdo: buscam **garantir** a oferta de determinados programas (infantis, educativos), situações onde existem externalidades positivas que não têm como ser internalizadas pelo empresário, ou **restringir** o que pode ser divulgado (pornografia, publicidade), para controlar externalidades negativas geradas pela difusão de certo conteúdo. Garantir: em 1990 o Congresso dos EUA aprovou o *Children's Television Act (CTA)*, que exige que as emissoras de TV aberta tenham programas educacionais e de informação das crianças, com regulamentação que coube à FCC (informações aos pais, três horas semanais de programas educativos, programas devem atender necessidades educacionais e de informações de crianças de até dezesseis anos, com pelo menos trinta minutos de duração, frequência semanal e exibição entre 7 e 8h da manhã), que na renovação da licença deve analisar o atendimento, o que é uma ótima proposta. Restringir: *Oftcom Broadcasting Code* de 2005 do Reino Unido proíbe conteúdos que prejudiquem desenvolvimento físico, mental ou moral de menores de dezoito anos. Restrição de horários que podem ser transmitidos conteúdos inapropriados para crianças, antes das 21h e depois das 5h30, e informação clara quanto ao conteúdo que antecede as 21h que possa impressionar as crianças. Também há norma europeia (Directiva 97/36/CE) de 1997 e nos EUA. Nem toda a regulação de conteúdo é autoritária, existindo em países com tradição democrática muito maior do que o Brasil, sendo que no Brasil há a Constituição Federal de inegável caráter democrático que estabelece exigência de a programação de rádio e TV observar certos conteúdos, e ao mesmo tempo veda a censura: "A censura é um mecanismo geralmente institucionalizado, de caráter administrativo, de análise prévia

de criações do espírito humano, sejam eles livros, pinturas, filmes, dentre outras, com o fim de autorizar ou não sua divulgação”. Há autores que incluem censura na restrição posterior à divulgação (Edilson Farias), o que não auxilia a compreensão do princípio da incensurabilidade. Que haveria restrições prévias arbitrárias, como se as censuras prévias não autoritárias fossem possíveis. Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789: proíbe censura prévia. Convenção Americana sobre Direitos Humanos liberdade de expressão e contra censura prévia. Censura é perversa porque pressupõe incapacidade de juízo moral àqueles que produzem ou veiculam, um exercício permanente de desconfiança. Faraco é contrário classificação indicativa e defende apenas a responsabilização a posteriori, informa que o Código da Abert jamais foi aplicado (art. 15: não explorar homossexualismo), questiona a neutralidade da rede, prefere aplicar a lei antitruste do que exigir neutralidade da rede que para ele é de difícil regulação e pode restringir novas empresas. Parece ter muita fé no direito antitruste ou defende pouca regulação. FARACO, Alexandre Ditzel. Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação: rádio, televisão e internet. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

4. A DEMOCRATIZAÇÃO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO

4.1. POLÍTICAS PÚBLICAS E A DEMOCRATIZAÇÃO DA MÍDIA

“Não há nada como o sonho para criar o futuro. Utopia hoje, carne e osso amanhã.”

Victor Hugo³⁴⁴

A Constituição brasileira de 1988 prevê um Estado Social, Desenvolvimentista, Republicano e Democrático de Direito e, nessa realidade, no período de redemocratização, de construção da Democracia social brasileira, a partir dos anos 1990, cada vez mais no país o tema das Políticas Públicas (*Policies*) tomou uma importância grande nas mais variadas áreas do conhecimento, desde o Direito,³⁴⁵ a Ciência Política, a Sociologia, a Economia e a Ciência da Administração Pública, até áreas mais afetas a determinadas Políticas Públicas específicas como saúde, educação, assistência social, gestão pública, meio ambiente, segurança, trabalho, entre outras.

Qualquer estudo sobre Políticas Públicas deve, necessariamente, ser interdisciplinar, demandando não mais especialistas em áreas muito específicas, mas profissionais e estudiosos que ampliem sua visão de mundo e sobre sua área de pesquisa ou atuação.

Celina Souza entende que o motivo do ressurgimento das políticas públicas no Brasil nos anos 1980 e 1990 se deu em face às políticas restritivas de gasto, com a substituição das políticas keynesianas, além das dificuldades de se

³⁴⁴ HUGO, Victor. Os miseráveis. Livro 4, I.

³⁴⁵ “A perspectiva da política pública integra adequadamente a dimensão jurídica e esta se auxilia dos insumos que as análises de política pública lhe provêm”. SARAIVA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: SARAIVA, Enrique. FERRAREZZI, Elisabete. (Orgs.) Políticas Públicas, coletânea. V. 1. Brasília: ENAP: 2006, p. 27.

formar coalizões em países pós-redemocratização.³⁴⁶ Mas não é porque se pretende estudar as políticas públicas e os modos de atuação da Administração Pública que se defenderá o abandono das discussões já realizadas sobre o papel e o tamanho do Estado brasileiro. Maria Paula Dallari Bucci diz que um Estado, ao se desenvolver e viver plenamente a democracia, exige uma cultura político-social com efetivação de práticas jurídicas efetivas e progressivamente institucionalizadas; e que em países com democracia e eleições, o papel da “grande política” se volta mais a embates sobre os mecanismos de funcionamento efetivo e operacional do Estado/governo, sem reduzir o papel da política, mas focar do plano macroinstitucional (Estado) para o plano microinstitucional (ações governamentais).³⁴⁷

Por mais que o Brasil ainda esteja em desenvolvimento, seja com relação à economia, às questões sociais e democráticas, ainda construindo o que está previsto na Constituição de 1988, com algumas promessas da modernidade ainda não concretizadas, deve-se sempre estudar alternativas para a realidade, sem uma simples cópia de modelos que podem ter dado certo em países com outra colonização e outro grau de desenvolvimento.

Sobre os aspectos gerais das Políticas Públicas, note-se que o termo “políticas” de “políticas públicas” é *policies* em inglês, e não *politics*, pois essa é a forma de atividade estreitamente ligada ao poder, ao domínio sobre os outros homens.³⁴⁸ Portanto, não se estará a tratar da política no sentido mais comumente utilizado, o de atividade e competição política.³⁴⁹ Para Eugenio Lahera Parada “a política é um conceito amplo, relativo ao poder em geral, as políticas públicas correspondem a soluções específicas de como manejar os assuntos públicos”.³⁵⁰ *Politic* é aquilo que Mario Sergio Cortella diz que é recusado pelos idiotas, no

³⁴⁶ SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul-dez 2006, pp. 20-21.

³⁴⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 29 e 99.

³⁴⁸ BOBBIO, Norberto. Dicionário de Política. Brasília: Universidade de Brasília, 12ª ed., 2004, vol. 2, p. 954.

³⁴⁹ Lembrando que ainda há o termo “polity”, que se refere mais ao sistema político ou às instituições políticas. SERAFIM, Milena Pavan; DIAS, Rafael de Brito. Conceitos e Ferramentas para análise de política pública. In: BENINI, Édi *et all.* Gestão pública e sociedades: fundamentos e políticas de economia solidária. São Paulo: Outras expressões, 2011, p. 324.

³⁵⁰ Tradução livre a partir do original em espanhol. PARADA, Eugenio Lahera. Política y Políticas Públicas. In: SARAIVA, Enrique. FERRAREZZI, Elisabete. (Orgs.) Políticas Públicas, coletânea. V. 1. Brasília: ENAP: 2006, p. 67.

sentido grego da palavra, pois *idiótes* “significa aquele que só vive a vida privada, que recusa a política, que diz não à política”.³⁵¹ O termo *policy* é relacionado com orientações para a decisão e ação, usada tanto no Estado, no mercado quanto no chamado “terceiro setor”. Já “política pública” (*public policy*) trata do conteúdo concreto simbólico de decisões políticas, e do processo de construção e atuação dessas decisões”.³⁵² As políticas públicas começaram a ser estudadas nos Estados Unidos da América, inicialmente como uma das três subáreas da ciência política (opinião pública, política pública e escolha pública).³⁵³

Para Enrique Saraiva políticas públicas são decisões públicas orientadas a manter o equilíbrio social ou a introduzir desequilíbrios destinados a modificar essa realidade, condicionadas pelo fluxo/reações/modificações que elas provocam na sociedade e pelos valores dos agentes que adotam ou influem no processo decisório, com a finalidade de consolidação da democracia, justiça social, manutenção do poder, felicidade das pessoas. Essas decisões visam ações ou omissões, preventivas ou corretivas, para manter ou modificar a realidade de setores da sociedade, com estratégias de atuação e da alocação dos recursos necessários para atingir os objetivos estabelecidos.³⁵⁴

Um conceito mais jurídico de *polícies* é de Maria Paula Dallari Bucci, de que é o programa de ação governamental que resulta de processo juridicamente regulados visando coordenar os meios estatais e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados; e devem visar realizar objetivos definidos, em uma mescla de prioridades, com a reserva dos meios e tempo necessários para a consecução e atingimento dos

³⁵¹ CORTELLA, Mario Sergio; JANINE RIBEIRO, Renato. Política para não ser idiota, 9ª ed. Campinas: Papirus 7 Mares, 2012, p. 7 e 8.

³⁵² SECCHI, Leonardo. Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos, 2ª ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013, p. 01.

³⁵³ LOWI, Theodore J. O Estado e a Ciência Política ou Como nos Convertemos Naquilo que Estudamos. BIB – Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais, Rio de Janeiro, n. 38, 2º sem. 1994, p. 03. Sobre o tema ver SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul-dez 2006, p. 23.

³⁵⁴ SARAIVA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: SARAIVA, Enrique. FERRAREZZI, Elisabete. (Orgs.) Políticas Públicas, coletânea. V. 1. Brasília: ENAP: 2006, p. 28 e 29.

resultados.³⁵⁵ Confessa em texto mais recente que há dificuldade no conceito, pois é fenômeno sem essência ou traço identificador aplicável universalmente.³⁵⁶

Sobre políticas públicas Juarez Freitas aduz que não são meros programas de governo, mas ações/pautas administrativas que precisam ser vinculadas com as prioridades constitucionais para imprimir eficácia aos direitos fundamentais (programas de Estado Constitucional); que seus destinatários não podem ser enganados, pois o Estado existe para a cidadania ativa; são programas formulados/implementados pela Administração Pública, que intentam, por meio de articulação eficiente/eficaz dos meios estatais e sociais, cumprir os objetivos vinculantes da Carta, em ordem a assegurar, com hierarquização fundamentadas, a efetividade do complexo de direitos fundamentais das gerações presentes e futuras.³⁵⁷

Já para Celina Souza, política pública busca colocar o governo em ação ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente); sua formulação constitui-se no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos/plataformas eleitorais em programas/ações que produzirão resultados/mudanças no mundo real; e informa que decisões/análises sobre política pública implicam responder às questões “quem ganha o quê”, “por quê” e “que diferença faz”.³⁵⁸

Por mais que se possa entender que omissões também sejam consideradas políticas públicas, filia-se à tese de que as *policies* são apenas as

³⁵⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 39.

³⁵⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 292. Sobre as políticas públicas no Estado Constitucional ver BREUS, Thiago Lima. Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 197-264.

³⁵⁷ FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais, 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 456-458.

³⁵⁸ SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul-dez 2006, p. 26 e 24. Ao analisar uma política pública a preocupação deve ocorrer sobre “o que os governos fazem, porque fazem e que diferença isso faz”, e também a compreensão “como os governos fazem”, com as perguntas “o que/como é?”, “porque é assim?”, e “como deveria ser?”. SERAFIM, Milena Pavan; DIAS, Rafael de Brito. Conceitos e Ferramentas para análise de política pública. In: BENINI, Édi *et al.*. Gestão pública e sociedades: fundamentos e políticas de economia solidária. São Paulo: Outras expressões, 2011, p. 322.

atuações positivas, comissivas, do Estado.³⁵⁹ Uma omissão do Estado pode gerar responsabilidade civil para ele, mas não pode ser considerada uma política pública, e sim uma falta dela.³⁶⁰ Assim, apenas diretrizes estruturantes e operacionais geradas por atos omissivos criados pelos Poderes do Estado são políticas públicas.

Dallari Bucci divide os planos de aproximação entre governo, política e o Direito: o plano macroinstitucional (que compreende o governo e tem por objeto a *politics*, a grande política, o planejamento de longo prazo, a própria tensão entre política e políticas públicas e a relação entre política e as instituições), o mesoinstitucional (a média política, arranjos institucionais que desenham a ação governamental racionalizada, focam as *policies*) e o microinstitucional (pequena política, ação governamental, como a unidade em torno da qual se movem os agentes públicos e privados, visando obter a decisão e sua execução, com foco também nas *policies*, em seu processo de formação e desenvolvimento). Ela entende que a polarização entre os defensores das políticas conservadoras de proteção da propriedade privada e da liberdade contratual de um lado, e os defensores do Estado Social de outro, foram neutralizadas por conquistas institucionalizadas, e que as disputas em relação a esses temas deve descer ao plano da execução, ao plano microinstitucional da ação governamental.³⁶¹

As políticas públicas podem ser externalizadas por meio de atos legislativos, como a Constituição, leis, medidas provisórias, ou atos administrativos, como decretos, portarias, resoluções, regulamentos, regimentos, instruções normativas, deliberações, instruções, circulares, avisos, ordens de serviço, provimentos, ofícios, despachos, licenças, autorizações, permissões, aprovações,

³⁵⁹ Nesse sentido Secchi, por mais que Dye entenda que política pública é tudo aquilo que os governos escolhem fazer ou não fazer. SECCHI, Leonardo. Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos, 2ª ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013, pp. 5-6.

³⁶⁰ Juarez Freitas analisa a responsabilidade objetiva do Estado por quebra da proporcionalidade na implementação de políticas públicas, com a vedação da invocação da discricionariedade administrativa ou da reserva do possível para simplesmente deixar de implementar as políticas vinculantes, cobrando o afastamento da inércia administrativa desproporcional. FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais, 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 456-470.

³⁶¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 37-41, 98-99.

admissões, vistos, homologações, dispensas, renúncias, protocolos administrativos, certidões, atestados, pareceres, multas, interdições e destruições de coisas.³⁶²

Entende-se que as políticas públicas (*policies*) são decisões públicas advindas de processos democráticos destinadas a realizar melhorias na sociedade, para atendimento do interesse público e dos direitos fundamentais, nos termos constitucionais, atreladas à política (*politic*) exercida nessa sociedade, e podem ser externalizadas por meio de atos legislativos ou administrativos.

Com relação aos atores que elaboram as Políticas Públicas, será que apenas o Estado pode elaborar as políticas públicas? Enrique Saraiva informa que, institucionalmente, a política pública é elaborada/decidida por autoridade formal legalmente constituída no âmbito da sua competência e é coletivamente vinculante.³⁶³

Sobre o tema existe a abordagem estatista (ou estadocêntrica), que considera as políticas públicas monopólio de atores estatais;³⁶⁴ e a abordagem multicêntrica (ou policêntrica), que considera entidades privadas, ONGs/OSCs e organismos multilaterais, juntamente com entidades estatais, como protagonistas no estabelecimento de políticas públicas. Nesse caso o “pública” é utilizado quando o problema a se enfrentar é público.

No modelo estatista, atores não estatais podem influenciar no processo de elaboração e implementação, mas não decidem e lideram um processo de Política Pública. Leonardo Secchi explica que a justificativa para a exclusividade estatal no fazer *policies* é derivada da superioridade objetiva do Estado em fazer leis, de que seria salutar que o Estado tenha superioridade hierárquica para corrigir

³⁶² Renato Casagrande e Roberto Freitas Filho entendem que as políticas públicas devem ser demarcadas precipuamente pelo Poder Legislativo, que é o espaço público das discussões políticas por excelência. As leis estabeleceriam as linhas gerais e o Executivo realizaria os programas, as ações e os projetos necessários à concretização das *policies*. CASAGRANDE, Renato; FREITAS FILHO, Roberto. O problema do tempo decisório nas políticas públicas. Revista de Informação legislativa nº 187 jul./set. 2010, p. 33. Sobre as variadas espécies de atos administrativos ver MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 178-197.

³⁶³ SARAIVA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: SARAIVA, Enrique. FERRAREZZI, Elisabete. (Orgs.) Políticas Públicas, coletânea. V. 1. Brasília: ENAP: 2006, p. 31.

³⁶⁴ Fazem parte do Estado as pessoas jurídicas de Direito Público, como a União, Estados da Federação e Municípios, as autarquias e fundações autárquicas e as pessoas jurídicas de Direito Privado que fazem parte da Administração Pública indireta, como as fundações estatais de direito privado, as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

desvirtuamentos que dificilmente o mercado e a sociedade conseguem corrigir sozinhos, e a vinculação de política pública com a tradição intervencionista do Estado brasileiro. Mas o autor defende a abordagem multicêntrica, que considera a iniciativa privada, juntamente com atores estatais, protagonistas no estabelecimento dessas *policies*.³⁶⁵

Entende-se que a sociedade pode participar de todo o ciclo das políticas públicas, conforme adiante analisado. Entretanto, na tomada de decisão, nunca a iniciativa privada, seja com finalidade lucrativa (mercado), seja sem fins lucrativos (“terceiro setor”), ou pessoas físicas vão tomar decisões sobre políticas públicas de forma autônoma. Mesmo na chamada democracia deliberativa, de alguma forma o Poder Público vai decidir em conjunto, como por exemplo nos conselhos gestores de políticas públicas com participação da sociedade civil, que faça a gestão de um fundo público; ou vai delegar uma decisão para a sociedade, como em um referendo ou plebiscito. Entende-se, assim, que não será uma política pública aquela que for gerada e decidida e executada exclusivamente no âmbito da iniciativa privada.³⁶⁶

Uma importante tipologia das políticas públicas é a de Theodore J. Lowi, que divide as políticas públicas em regulatórias, distributivas, redistributivas e constitutivas. As políticas públicas **regulatórias** são as que fixam regras para agentes e entidades públicas ou privadas, como as leis de trânsito, códigos de ética na Administração Pública e regulamentos da agência reguladora para determinada área regulada. As *policies* **distributivas** ocorrem às custas de uma coletividade mais ampla para determinados grupos sociais, como as políticas de fomento econômico às pequenas empresas, renúncias fiscais na área cultural, fomento social às entidades do chamado “terceiro setor” e gratuidade de tarifas para idosos. Nesse caso há menos conflito, pois uma coletividade maior arca com os custos para uma coletividade menor, havendo um debate sobre o tamanho e a quantia da coletividade maior será distribuído para a menor. As **redistributivas** dão benefícios concentrados a determinado estrato social com custos concentrados para outra determinada categoria, como na reforma agrária e nas cotas raciais das universidades públicas, com a possibilidade de mais conflito, pois uma elite pode ser

³⁶⁵ SECCHI, Leonardo. Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos, 2ª ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013, pp. 2 e 3.

³⁶⁶ Sobre os atores das *policies* ver SECCHI, Leonardo. Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos, 2ª ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013, pp. 121-124.

alijada de determinados privilégios. As políticas públicas **constitutivas** são as regras sobre questões fundamentais de um Estado, de uma República, de uma Democracia, dos Poderes, como as regras fixadas em uma reforma político-eleitoral, do Poder Judiciário ou a fixação de um novo pacto federativo. Normalmente geram conflitos entre os atores envolvidos, mas pouco interesse aos cidadãos em geral.³⁶⁷

As políticas públicas de democratização da mídia ou regulação dos meios de comunicação podem ser, utilizando-se a tipologia de Lowi:

- a) regulatórias: na parte da regulação econômica da comunicação;
- b) distributiva: fomento econômico às rádios comunitárias;
- c) redistributivas: subsídios às TVs comunitárias arcados pelas grandes redes de televisão);
- d) constitutivas: não se verifica exemplo nessa tipologia.

Os custos e benefícios das políticas públicas para a democratização dos meios de comunicação podem ser mais concentrados ou coletivos, e muitas dessas *polícies* não teriam apelo popular, muito porque não estão pautadas nos próprios grandes meios de comunicação, que não têm o mínimo interesse sobre o tema, e quando algo é tratado, é sempre com o tom de que seria uma censura antidemocrática. Entretanto, dependendo de como for tratada com a sociedade, uma política pública de democratização da mídia com a instituição e jogos de futebol mais cedo em uma quarta-feira, por exemplo, poderia ter amplo apoio popular e seria simples de ser implementada.

O ciclo das políticas públicas (*policy cycle*) normalmente se inicia com a (a) identificação do problema, a (b) formação da agenda, a (c) formulação de alternativas, a (d) tomada de decisão, a (e) implementação, a (f) avaliação e a (g) extinção. Podem existir variações no ciclo em cada tipo de política pública ou em cada caso concreto, assim como diferentes concepções de ciclos na doutrina.³⁶⁸

³⁶⁷ LOWI, T. J. Four systems of policy, politics, and choice. *Public administration review*, v. 32, n. 4, pp. 298-310, jul-ago, 1972. Sobre Lowi e outras tipologias ver SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*, 2ª ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013, pp. 23-41.

³⁶⁸ Há quem entenda que há apenas a identificação do problema, conformação da agenda, formulação, implementação e avaliação. SERAFIM, Milena Pavan; DIAS, Rafael de Brito. *Conceitos e*

Podem **identificar problemas** os agentes públicos como políticos e servidores e membros da sociedade civil, entre eles partidos políticos, organizações não-governamentais (ONGs), movimentos sociais e cidadãos individualizados. Identificados os problemas, o ciclo da formação da política pública continuará caso seja identificada a possibilidade de solução ou pelo menos de uma diminuição do problema.³⁶⁹ No Brasil, a não ser os próprios grandes meios de comunicação privilegiados com os oligopólios e falta de pluralidade da mídia, já está identificado o problema.

A próxima fase do ciclo é a **formação da agenda**, que é um conjunto de problemas que podem ser resolvidos ou mitigados por meio de políticas públicas. A agenda pode ser de um governo, de um partido político, de uma entidade do “terceiro setor”, da imprensa, de uma comunidade, etc. Se sistematicamente as redes de TV aberta noticiam que determinados crimes são cometidos por adolescentes, e que esses cumpririam medida sócio-educativa de “apenas” no máximo três anos em estabelecimentos fechados, a tendência é que a sociedade, caso não tenha alternativas de outros discursos mais humanistas em TVs, rádios, jornais e portais da internet, tenderão a fixar como agenda a necessidade da redução da maioria penal. O governo federal pode fixar como agenda a necessidade da democratização da mídia, inclusive com a realização de conferências de comunicação com ampla participação da sociedade, mas essa agenda pode nunca ter desdobramentos se o Congresso nacional não aprovar determinadas políticas. Assim como determinadas agendas nunca serão formadas, caso o público que poderia ser beneficiado seja uma minoria desmobilizada sem força política ou econômica.

Na **formulação de alternativas** serão analisadas as possíveis soluções para os problemas agendados. Para uma agenda da democratização da mídia, dependendo do jogo do poder no momento da formulação das alternativas, podem ser criadas políticas públicas para a liberalização total dos meios de comunicação, pode haver políticas que regulamentem a regulação da mídia prevista na

Ferramentas para análise de política pública. In: BENINI, Édi *et al.*. Gestão pública e sociedades: fundamentos e políticas de economia solidária. São Paulo: Outras expressões, 2011, p. 324.

³⁶⁹ Dallari Bucci diz que as instituições condicionam a política e a atenção deveria se voltar para a conformação jurídica das instituições, mas as tensões e os movimentos vitais da política é que dão impulso, na democracia, à ação estatal. BUCCI, Maria Paula Dallari. Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 46.

Constituição brasileira, entre outras soluções. Entende-se que o chamado “terceiro setor”, a sociedade civil organizada, as ONGs, dentro de uma Democracia participativa/deliberativa, têm um papel no Brasil muito maior de formar agendas e formular alternativas de políticas públicas, do que a de implementar essas *policies*.³⁷⁰

A **tomada de decisão** por uma política pública ocorrerá após a análise dos interesses dos envolvidos e das condições técnicas e políticas. A tomada de decisão será um ato de autoridade como poderes políticos, como parlamentares, por meio de atos legislativos, ou de Chefes de Poderes e demais autoridades políticas, por meio de atos administrativos, como regra.

A tendência é que sejam criadas com mais facilidade políticas públicas distributivas (Lowi), pois uma comunidade maior arcará com os custos, com mais apelo popular, em situações em que o problema é público e há conhecimento para resolvê-lo. É muito mais fácil que um prefeito decida pela criação de faixas para ciclistas, com execução barata, rápida e simpática para a sociedade, do que grandes investimentos em infraestrutura para o transporte coletivo de massa, muito mais custoso e demorado.

Na **implementação da política pública** as ações estarão presentes para que os resultados apareçam, com a execução direta pela Administração Pública, pelo chamado “terceiro setor” e até pelo próprio mercado.

São várias as formas de implementação das políticas públicas, sendo possível ao Poder Público instituir uma universidade federal para a prestação direta dos serviços públicos de educação, regulamentar para que haja transparência nas parcerias com ONGs, formular instrumentos punitivos contra práticas homofóbicas, implementar um pedágio urbano, desonerar tributos de pequenas empresas e criar o imposto das grandes fortunas, terceirizar atividades-meio da Administração Pública, abrir uma empresa estatal para exploração de atividade econômica, regulamentar uma atividade profissional, implementar políticas de transparência na Administração Pública, instituir uma campanha de vacinação de determinada doença, fixar cotas raciais em concursos públicos, instituir bolsa para determinada parcela ou minoria da

³⁷⁰ Sobre o tema ver VIOLIN, Tarso Cabral. Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica, 3ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

sociedade, criar um prêmio ou um concurso para fomentar a arte em uma cidade, fomentar uma associação na área da assistência social, realizar fomento econômico para uma pequena empresa, realizar uma concessão de serviço público, instituir uma certificação para entidades do “terceiro setor”, contratar uma empresa por meio de contrato administrativo para a construção de uma obra, entre outras alternativas que deverão ser condizentes com o ordenamento jurídico.

Em Estados liberais ou neoliberais essas políticas públicas não serão criadas, serão criadas de forma tímida, ou serão executadas principalmente pela iniciativa privada. Em Estados Sociais as políticas públicas incentivarão que as atividades econômicas, quando executadas pelo mercado, sejam realizadas por micro e pequenas empresas ou cooperativas; que os serviços públicos sejam mais prestados pelo Estado, e subsidiariamente pelo mercado ou “terceiro setor”, e que os serviços públicos em regime de monopólio natural sejam prestados apenas pelo Estado, para que não haja monopólio privado.

Dallari Bucci diz que os movimentos das décadas de 1980 e 1990, com as privatizações e o desenvolvimento da função de regulação, em lugar da prestação direta dos serviços públicos, não chega a alterar o paradigma das políticas públicas.³⁷¹ Entende-se que no debate das *polícies* deve-se levar em consideração quem vai implementá-las, e de que forma. Nas políticas públicas para efetivação da obrigação de complementariedade das TVs e rádios estatais, públicas e privadas, é de suma importância a definição de “quem” vai prestar os serviços. Na saúde e educação a Constituição determina que são “deveres” do Estado e a iniciativa privada vai apenas complementá-lo. É essencial na implementação dessas políticas públicas sociais a definição de quem vai prestá-las.³⁷²

A Democracia é essencial na implementação da política pública em Estados Democráticos de Direito. A Democracia Participativa (participação popular nos temas de interesse público) é fundamental para a identificação do problema,

³⁷¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 6.

³⁷² Interessante o comentário de Fábio Konder Comparato, de que uma política não se confunde nunca com o juízo de validade das normas e dos atos que a compõem, pois uma lei editada no quadro de determinada *policy* pode ser inconstitucional, sem que a política seja, e vice-versa. COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. Revista de Informação Legislativa n. 138 abr./jun., 1998, p. 45.

para a formação da agenda, para a formulação de alternativas, para a implementação e avaliação. A Democracia Deliberativa (deliberação direta da sociedade civil em temas públicos) em várias situações deverá ser utilizada na tomada de decisão, como quando um Conselho Gestor Paritário (governo e sociedade civil) que gere um fundo público decide sobre determinados gastos na área da criança e da adolescência. E principalmente na tomada de decisão uma Democracia Representativa (cidadãos escolhem seus representantes por meio de eleições) consolidada é essencial, com representantes no Poder Legislativo e no Poder Executivo que realmente decidam por políticas públicas e busquem o atendimento do interesse público, o respeito aos direitos fundamentais e que almejem que o Brasil almeje atingir as promessas constitucionais.

Não é aceitável juridicamente que políticos “iluminados” e encastelados tomem decisões na área de políticas públicas e simplesmente encarreguem o corpo de servidores da implementação do que foi decidido de forma nada democrática, transparente e sem embasamento técnico ou social. Um processo democrático é obrigatório em todo o *policy cycle*. O controle político da burocracia ainda é essencial, e não o inverso, nos termos de Max Weber, mas é claro que essa atuação política deve ser pautada pela sociedade e com a tomada de decisões em consonância com o ordenamento jurídico e com a participação da burocracia,³⁷³ que será quem implementará a política pública. Dallari Bucci diz que é um paradoxo: “quanto mais poderoso o governo na democracia, mais regrado e, portanto, mais dependente do direito para a legitimação política”.³⁷⁴

A avaliação da política pública deve utilizar critérios de legalidade e legitimidade. A avaliação não deve passar apenas pelo cumprimento da lei em sentido estrito. É essencial que para o atendimento do interesse público e do ordenamento jurídico, a política pública seja legítima. E apenas será legítima se respeitar os princípios constitucionais e da Administração Pública, como Democracia, República, desenvolvimento sustentável, moralidade, economicidade, eficiência, eficácia, igualdade (isonomia e impessoalidade), publicidade

³⁷³ Uma burocracia com servidores profissionalizados, que realize processos que atendam aos princípios constitucionais, de forma democrática e transparente. Sobre a burocracia weberiana ver VIOLIN, Tarso Cabral. Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica, 3ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

³⁷⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 46.

(transparência), finalidade, devido processo legal, entre outros.³⁷⁵ É essencial que a avaliação e o controle das políticas públicas sejam feitos de forma independente, por órgãos de controle interno e externo, para que não haja manipulação nos resultados. O Poder Público, ao avaliar uma *policy*, poderá decidir pela continuação das políticas públicas, pela reestruturação ou extinção.

A **extinção da política pública** se dá quando o problema inicial foi resolvido pela *policy* (com ou sem uma espécie de prazo de validade), quando os problemas observados na avaliação forem insanáveis ou quando não houver mais sentido, mais interesse público, mais utilidade, na manutenção da política.

Uma política de cotas raciais nas universidades públicas pode ser extinta quando nessas instituições estiverem estudando o mesmo percentual de negros e índios da população brasileira. Um ato de redução de juros nos bancos estatais com prazo certo será extinto ao final de sua vigência. No futuro uma política pública de incentivo de leitura de livros físicos pode não ter mais sentido se todos os cidadãos tiverem tablets e todos com o costume e preferência de ler textos nesses aparelhos. Se em alguns anos os jornais impressos forem extintos não há mais sentido que existam *policies* que fomentem a criação ou o crescimento de empresas de jornal impresso.

É claro que agentes públicos e privados podem não ter o interesse na extinção de determinada *policy*. Um prefeito de uma cidade que não conta mais com cidadãos em situação de miséria pode não querer acabar com programa de renda mínima criado especificamente para pessoas nessa situação. Uma ONG pode pretender receber dinheiro público para cuidar da devastação de determinada mata mesmo se esse problema ambiental-social-econômico for resolvido. Caberá aos órgãos de controle e à população a fiscalização para que se evite a manutenção de *policies* que deveriam ser extintas.

³⁷⁵ Não confundir avaliação de política pública com análise de política pública. O avaliador se preocupa com os resultados da *policy*, enquanto que o analista se preocupa com o processo de construção da política pública, em especial com a com a definição de agenda. SERAFIM, Milena Pavan; DIAS, Rafael de Brito. Conceitos e Ferramentas para análise de política pública. In: BENINI, Édi *et al.* Gestão pública e sociedades: fundamentos e políticas de economia solidária. São Paulo: Outras expressões, 2011, p. 319.

Dallari Bucci entende que para ser uma política pública devem existir os elementos como fins, objetivos, princípios, diretrizes, instrumentos, sistema, meios e resultados (metas). Cita vários exemplos em que se não houver metas articuladas ou resultados, para impulsionar a máquina do governo, não seriam *policies*.³⁷⁶ Mas entende-se como não sendo necessário que constem todos esses elementos para que fique caracterizada a existência de uma política pública, pois um ciclo de *policies* pode não conter todas as fases, ou mesmo uma política pública pode não contar com todos esses elementos. Da mesma forma será possível a sua implementação e o seu controle.

Com relação aos modelos de análise das políticas públicas, Thomas R. Dye³⁷⁷ informa que há vários modelos: institucional, de processo, de grupo, de elite, racional, incremental, da teoria de jogos, da opção pública e sistêmico.

Para o **institucionalismo**, uma política não se transforma em política pública antes que seja adotada, implementada e feita cumprir por alguma instituição governamental, poder público que dá às *policies* legitimidade, universalidade e coerção. Dye entende que há pouca atenção às conexões entre as instituições governamentais e o conteúdo das políticas públicas, que avaliando o impacto da estrutura na política pode ser que se descubra que tanto a estrutura quanto a política são em grande parte determinadas por forças econômicas e sociais, com pouco impacto dos diferentes arranjos institucionais. Uma análise institucional das políticas públicas na área da democratização da mídia poderia ser a verificação se o ideal seriam políticas realizadas no âmbito federal, ou estadual e municipal.

No modelo de **processo** se pretende descobrir padrões identificáveis de atividades ou processos político-administrativos em ciclo semelhante ao já tratado: identificação do problema (tornar manifestas as demandas, para a ação governamental), montagem da agenda para deliberação (escolher as questões e problemas a serem tratados, captar a atenção dos formuladores), formulação de propostas (para resolver as questões/problemas), legitimação das políticas (seleção

³⁷⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 12.

³⁷⁷ DYE, Thomas R. Mapeamento dos modelos de análise de políticas públicas, Capítulo 3, p. 99-129. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco (Org.). Políticas Públicas e Desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009.

de uma proposta, articular apoio político e transformá-la em lei ou ato administrativo), implementação (organizar burocracias, prestar serviços ou prover pagamento e criar imposto) e avaliação (estudar os programas, relato de resultados, avaliação sobre os grupos-alvos e outros grupos, se são populares, e propor ajustes). Mas sem se ater à substância das *policies*, apenas sobre o processo. E levando em consideração que nem sempre um bom processo, ou processo democrático, levará a boas políticas públicas. Uma legislação de democratização da mídia advinda de uma Conferência Nacional de Comunicação, com debates com vários setores do Estado e da sociedade, não necessariamente será mais efetiva do que a feita por um determinado governo ou conjunto de especialistas. Há mais chances de ser mais plural e democrática, mas não há uma certeza nesse sentido, de que sendo bom o processo, o resultado também será efetivo.³⁷⁸

Para a teoria dos **grupos** a interação entre os grupos é o fato mais importante da política, grupos com pessoas com interesses comuns para apresentar suas demandas ao Poder Público. A política pública é o equilíbrio alcançado na luta entre os grupos, que são mais ou menos influentes em decorrência da riqueza, tamanho, poder organizacional, liderança, acesso aos formuladores de decisão e coesão interna. No Brasil as grandes corporações da mídia e seus patrocinadores privados conseguiram, até os dias atuais, barrar qualquer política pública que pretenda barrar o poder dos monopólios e oligopólios dos grandes meios de comunicação ou mesmo *policies* que tentassem aumentar a pluralidade dessas grandes empresas de mídia.

A teoria da **elite** entende que é um mito que as políticas públicas reflitam as demandas do povo (apático e mal informado) na democracia de um país, mas sim os interesses da elite governante, elite que molda a opinião das massas sobre questões políticas. Os administradores e servidores públicos apenas executam as

³⁷⁸ “Todos nós talvez prefiramos viver num sistema político em que cada um tenha voz igual na formulação de políticas; em que muitos interesses distintos proponham soluções para os problemas públicos; em que a discussão, o debate e a decisão sejam abertos e acessíveis a todos; em que as escolhas políticas sejam feitas de forma democrática; em que a implementação seja razoável, justa e compassiva. Mas só porque tenhamos preferência por um sistema político não significa que tal sistema necessariamente vá produzir políticas de defesa nacional, educação, bem-estar social, saúde ou justiça criminal, que sejam significativamente diferentes. As relações entre *processo* e *conteúdo* devem ainda ser pesquisadas”. DYE, Thomas R. Mapeamento dos modelos de análise de políticas públicas, Capítulo 3, p. 99-129, p. 106. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco (Org.). Políticas Públicas e Desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009.

políticas estabelecidas pela elite, de cima para baixo, junto às massas, e não o contrário. A sociedade é dividida entre os poucos que têm poder, que não representam as massas e são extraídos desproporcionalmente das camadas superiores socioeconômicas, e os muitos que não têm, e que não decidem sobre as *policies*.³⁷⁹ As políticas públicas serão muito mais incrementais do que revolucionárias. Uma massa analfabeta, analfabeta funcional ou analfabeta política, com pouca leitura, e muita TV, rádios, jornais, revistas e internet dominadas pelos interesses das próprias elites, dificilmente vão conseguir implementar políticas públicas muito radicais na mudança do *status quo*. Por isso a dificuldade ainda maior em sociedades pouco desenvolvidas econômica e socialmente da existência de *policies* que democratizem os meios de comunicação.

O **racionalismo** defende que governos optem por políticas cujos ganhos sociais superem os custos (não apenas monetários, mas todos os valores sociais, políticos e econômicos sacrificados ou alcançados), o que é importante para se discutir o tamanho do Estado. Com isso se pode discutir se para a pluralidade de ideologias e culturas é mais “eficiente” criar canais de radiodifusão estatais, fomentar redes comunitárias sem fins lucrativos ou apenas regular as empresas já existentes para que elas diversifiquem sua programação.

O **incrementalismo** vê a política pública como uma continuidade de governos anteriores com apenas algumas modificações incrementais, pois os tomadores de decisão não reveem anualmente todo o conjunto das políticas existentes e propostas, nem identificam os objetivos da sociedade, nem pesquisam os benefícios e os cursos existentes e propostas alternativas, por restrição de tempo, de informação e de custos, sendo o processo mais conservador de formulação de decisões, pois os atuais programas são pontos de partida e considerados legítimos. Talvez por isso mesmo governos eleitos que antes eram de oposição têm dificuldades de implementar novas políticas públicas na área da democratização da comunicação. Muitas políticas públicas tímidas pela regulação dos meios de comunicação no Brasil foram implementadas no período da ditadura

³⁷⁹ “A movimentação dos não pertencentes à elite para as posições de elite deve ser lenta e contínua para se manter a estabilidade e se evitar a revolução. Apenas os que aceitarem o consenso básico da elite podem ser aceitos nos círculos dos que dominam”. DYE, Thomas R. Mapeamento dos modelos de análise de políticas públicas, Capítulo 3, p. 99-129, p. 110. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco (Org.). Políticas Públicas e Desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009.

militar, mantidos sem modificações nos governos Sarney, Collor, Itamar e FHC, e mesmo nos governos Lula e Dilma foram ou mantidas ou também timidamente aperfeiçoadas. Lula implementou a chamada “mídia técnica”, que retirou parte dos ganhos de dinheiro público da Rede Globo, em decorrência da audiência da rede de comunicação, mas ainda foi considerada uma política pública tímida na redução do monopólio inconstitucional da empresa de comunicação. Ou mesmo o governo Dilma que paralisou o debate sobre um anteprojeto de lei pela democratização da comunicação deixado pelo governo Lula.

A teoria dos **jogos** vê a política como escolha racional em situações competitivas, como se as pessoas fossem totalmente racionais, em que dois ou mais participantes têm opções a fazer, e o resultado depende das escolhas interdependentes que cada um faça. Cada “jogador” (indivíduo, grupo ou governo) ajusta sua conduta para refletir sobre seus desejos e habilidades e a respeito de como os demais agirão, havendo resultados diferentes conforme as informações que cada um tem, blefes e estratégias. Dye pergunta se a teoria é útil para se discutir políticas públicas, sendo para ele mais um instrumento analítico do que um guia prático para a formulação de *policies*, pois as condições da teoria pouco se aproximam da vida real, mas não deixa de ser uma opção interessante para tratar de políticas em situações de conflito. Dificilmente um cidadão comum vai deixar de assistir um canal de TV ou acessar uma rede social, com o intuito de acabar com monopólios da mídia, caso não haja um “prêmio”, uma opção interessante ou prática de canal de TV ou rede social não monopolizada.

A teoria da **opção pública** (*public choice*) vê a política como deliberação coletiva de indivíduos movidos pelo auto-interesse, um estudo econômico da tomada de decisão fora do mercado, na qual os atores políticos procuram ao máximo seus benefícios pessoais, como no mercado. Tem um viés de contrato social de Locke, em uma linha de Estado apenas para garantir segurança e propriedade e regular determinadas atividades. Tenta explicar porque partidos e agentes políticos não deixariam claras suas propostas nas eleições, porque apenas querem ganhar o pleito, não vencem eleições para formular políticas, e acabam convergindo para o centro e, apenas os chamados “ideólogos”, pessoas movidas a ideologias e “irracionais”, ignorariam a estratégia centrista da maximização de votos. Ajuda a entender os grupos de interesse, que se organizam e podem conseguir

benefícios/privilégios junto ao Poder Público com relação aos demais que pagam a conta. Essa teoria pode ser utilizada para analisar o poderio que os grupos de interesse ligados às grandes corporações de meios de comunicação no Brasil têm junto ao Estado Nacional, influenciando para que esses Estados garantam a liberdade de imprensa, não regulem as atividades empresariais dessas empresas, e ainda garantam grandes quantias de dinheiro público com propaganda e assinaturas.

A teoria **sistêmica** concebe a política pública como alocações oficiais de valores dos sistema político (*outputs* ou saídas), como produto do sistema, como resposta de um sistema político às forças (*inputs* ou entradas) que o afetam a partir do meio ambiente. Políticas públicas eficazes de democratização da mídia vão existir apenas se existirem forças suficientes vindas da sociedade, para que haja uma resposta do sistema político para que o produto, a política pública, seja criada e implementada.

Donald R. Winkler entende que esses modelos explicitados por Dye são úteis para a formulação e para a escolha das políticas públicas, mas ignoram a implementação de políticas.³⁸⁰ A implementação das *policies* demandam análises mais amplas, não apenas da ciência política, da economia e das próprias teorias das políticas públicas, mas também a ciência da Administração Pública e do próprio Direito Administrativo.

Sobre o tema das políticas públicas há algumas conclusões parciais: Em uma nação ainda em desenvolvimento como a brasileira é essencial que sejam aprimoradas as instituições da chamada “grande política”. Entretanto, em paralelo com a política tradicional, serão as políticas públicas que poderão garantir que o Estado, por meio da Administração Pública e com a colaboração da sociedade, construa de forma democrática e eficaz ações concretas para a população, utilizando-se, inclusive, de mecanismos da democracia participativa e deliberativa.

O controle, a análise dessas políticas públicas verificará não apenas as questões jurídicas, mas também sociais, econômicas, ambientais e éticas,

³⁸⁰ WINKLER, Donald R. Modelos: da teoria à prática, p. 129-132. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco (Org.). Políticas Públicas e Desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009.

garantindo o atendimento da legalidade, mas também da legitimidade. Para isso é essencial a existência de agentes públicos e privados das mais variadas áreas do conhecimento, como economistas, administradores, cientistas políticos, servidores públicos e juristas, comprometidos com o interesse público e os direitos fundamentais, de toda a coletividade, e não apenas de determinadas elites econômicas ou políticas.

A democratização dos meios de comunicação, com a redução dos monopólios e oligopólios existentes no Brasil com relação às grandes corporações de televisão, rádio, jornais, revistas e portais de internet; e a implementação de uma pluralidade de vozes, com uma maior participação da sociedade e de pequenas e médias empresas, não apenas como receptores de informações formatadas por poucas e grandes empresas, demandará um ajuste de várias forças existentes no Estado, no mercado e na própria sociedade brasileira.

4.2. PROPOSTAS PARA A DEMOCRATIZAÇÃO DA MÍDIA

“[Na democratização da mídia] nada que arranhe a Constituição, nada que fique de fora daquilo que esteja na Constituição.”

Franklin Martins³⁸¹

“Existe uma palavra alemã, *Schadenfreude*, satisfação pessoal com a infelicidade alheia. É esse sentimento que o jornal deve respeitar e alimentar”.

Umberto Eco³⁸²

Antes de ser tratado sobre a possibilidade de que parte da democratização dos meios de comunicação se dê por meio de atos administrativos infraconstitucionais do Chefe do Poder Executivo, serão expostas algumas

³⁸¹ MARTINS, Franklin. Nada além da constituição. Carta Capital, edição 781, janeiro de 2014, p. 54-57.

³⁸² ECO, Umberto. Número Zero. Rio de Janeiro: Record, 2015, p. 143.

propostas de políticas públicas para a democratização dos meios de comunicação no Brasil.³⁸³

Imparcialidade nas eleições. A Corte Constitucional Italiana obriga que as TVs e rádios da Itália, que são serviços públicos, seja imparciais. Nos EUA é possível um editorial de conteúdo político de uma emissora de TV e rádio que veicule apoio a determinado candidato a cargo eletivo, desde que os demais postulantes possam, se quiserem, veicular resposta. No Brasil a Lei das Eleições (Lei 9.504/97), como na Itália, também proíbe que rádios e redes de televisão façam propaganda eleitoral, por serem os serviços de radiodifusão serviços públicos. Entretanto, na prática, as rádios e TVs acabam fazendo propaganda de forma subliminar durante as eleições para seus candidatos preferidos, ou mesmo propaganda negativa para seus adversários, com grande poderio de alteração do resultado eleitoral. Enquanto a Constituição brasileira não for respeitada, no sentido de manutenção de monopólios e oligopólios de TVs e rádios, a imparcialidade deve ser mantida obrigatória, mas com uma maior e mais efetiva fiscalização por parte da Justiça Eleitoral. Isso não deve ser exigido para revistas, jornais e internet, de campanhas dos meios de comunicação para candidatos X ou Y. Entretanto, caso um dia realmente a mídia seja democratizada no Brasil, com o fim dos monopólios e oligopólios, com uma pluralidade no número de meios de comunicação e uma pluralidade de orientações políticas, culturais e ideológicas nas TVs e rádios, principalmente nas abertas, esse dever de imparcialidade poderia ser revogado, para o bem da liberdade de expressão brasileira.³⁸⁴

³⁸³ Renato Monteiro de Rezende entende que “na doutrina brasileira, o mais articulado conjunto de propostas de reforma legislativa nesse âmbito é formulado por [Alexandre] Faraco”. REZENDE, Renato Monteiro de. *Direitos prestacionais da comunicação*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 302. Altamiro Borges faz as seguintes propostas: fortalecimento da radiodifusão pública, revisão dos critérios das concessões, revisão dos critérios da publicidade oficial, estímulo a radiodifusão comunitária, investimento na inclusão digital e urgência do novo marco regulatório. BORGES, Altamiro. *A ditadura da mídia*. São Paulo: Barão de Itararé, 2009, p. 94-109. Pedrinho A. Guareschi e Osvaldo Biz recomendam algumas práticas alternativas, como as rádios comunitárias, a criação de pautas nacionais para a discussão da mídia, TV Sul para a América Latina e seguimento de exemplos internacionais. GUARESCHI, Pedrinho A.; BIZ, Osvaldo. *Mídia & democracia*. Porto Alegre: P.G/O.B, 2005, p. 107-115. Tzvetan Todorov propõe o abandono de alternativas de tudo ou nada com relação à mídia. TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 138-161.

³⁸⁴ Em sentido contrário os defensores da neutralidade dos meios de comunicação nas eleições. Sobre o tema ver GONZÁLEZ, María Olgado. O papel dos meios de comunicação na campanha eleitoral. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2015, vol. 7, n. 12, Jan.-Jun. p. 11-32. Sobre propaganda eleitoral ver MATOS, Heloiza (Org.). *Mídia, eleições e democracia*. São Paulo: Scritta, 1994.

Fim do serviço público de rádio e TV. Caso, na prática, seja possível a concessão ilimitada de rádios e TVs abertas, sem a limitação existente hoje no espectro magnético, com o aperfeiçoamento da tecnologia,³⁸⁵ com a garantia do fim dos monopólios e oligopólios, com a garantia da existência da complementariedade das TVs e rádios estatais, públicas e privadas, com a universalidade tanto no direito de acesso à programação mas também acesso de qualquer cidadão aos meios de comunicação em geral, a recomendação seria pelo fim da caracterização desses serviços como serviços públicos. Poderia ser, assim, uma atividade econômica regulada.

Agência Reguladora da Comunicação Social – ARCOS. Criação de uma autarquia especial reguladora, sem mandato fixo dos seus dirigentes que extrapolassem o mandato da presidência da República, sem poder normativo, com ampla participação no Conselho Diretivo dos setores populares da sociedade, como os movimentos sociais e organizações da sociedade civil organizada, para as atividades de regulação da mídia brasileira. Modelo que poderia ser estendido para os estados e municípios.³⁸⁶

Assinaturas de jornais, revistas e portais da internet pelo Poder Público. Com relação à aquisição de assinaturas pelo Poder Público, em bibliotecas e demais repartições públicas, deveria também ser adquiridas assinaturas de revistas, jornais e portais da internet com respeito à pluralidade de ideologias, para o bem do pluralismo e o debate de ideias, e não apenas os produtos que já são os teoricamente mais vendidos.

Distribuição de impressos. O Tribunal Constitucional Alemão, ao interpretar uma Constituição muito menos específica com relação à intervenção do Estado para fins de democratização da mídia, entendeu que o Poder Público deve proteger e regular a liberdade de expressão. O TCF chegou a permitir a interferência estatal na distribuição de publicações impressas, para garantir a discussão pública contra a

³⁸⁵ Por exemplo, hoje a preferência do brasileiro ainda é a de assistir TV ou rádio por meio de canais de TV e estações de rádio via ondas, mas isso gera uma limitação no espectro magnético. Caso um dia a internet seja suficientemente rápida e fácil de utilizar para a grande maioria da população, não haverá mais a limitação de canais de televisão e estações de rádio.

³⁸⁶ Sobre as agências reguladoras, sob um aspecto crítico, ver BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 162; e VIOLIN, Tarso Cabral. Aspectos Gerais das Agências Reguladoras no Direito Brasileiro. IDAF, Curitiba: Zênite, v. 32, p. 879, 2004.

pressão econômica que impeça a livre disseminação de opiniões.³⁸⁷ O próprio Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência - CADE, no Brasil, já garantiu por um período que o Grupo Abril, após adquirir empresa concorrente de distribuição, dominar 90% do mercado, que por um tempo garantisse a distribuição e o não monopólio total, como já analisado.

No Brasil, uma das formas que os grandes meios de comunicação impressos se utilizam para a garantia de monopólios e oligopólios inconstitucionais é a distribuição de jornais e revistas. Há gôndolas de determinados supermercados que simplesmente vendem apenas uma revista semanal. Grandes empresas de mídia conseguem fazer a distribuição gratuita ou paga, de jornais nos cruzamentos das ruas, diariamente. Determinados jornais e revistas são assinados por entidades e órgãos estatais, com ampla divulgação em bibliotecas e nas sedes de repartições públicas. Outros jornais distribuem brindes valiosíssimos para as pessoas que assinarem ou renovarem suas assinaturas. Caso não se queira que o Poder Judiciário legisle no lugar do Poder Legislativo, com o chamado “ativismo judicial”, é essencial que os Parlamentos municipais, estaduais e federal legislem no sentido de uma garantia de distribuição também dos jornais e revistas elaborados por editoras menores, desde o jornal de um centro acadêmico, passando por uma revista de um sindicato ou um jornal de uma associação de bairro sem fins lucrativos. Por exemplo, é possível que legislação obrigue que estabelecimentos comerciais vendam e deem a mesma visibilidade para jornais e revistas com menor poder de distribuição, no mesmo espaço destinado às revistas e jornais das grandes e poderosas economicamente editoras. E mesmo sem legislação nesse sentido, é totalmente possível que Poder Executivo dos municípios, estados e União criem determinadas políticas públicas de distribuição desses meios de comunicação.

Por exemplo, existem em Curitiba, capital do Paraná, as “Tubotecas”, que são pequenas bibliotecas que funcionam dentro das Estações Tubo dos ônibus do transporte coletivo, com o objetivo de incentivar a leitura em Curitiba. Os cidadãos podem pegar um livro, sem custo ou cadastro e, após a leitura, devolver o exemplar em qualquer Tuboteca. São livros doados inicialmente pela Prefeitura mas também

³⁸⁷ REZENDE, Renato Monteiro de. Direitos prestacionais da comunicação. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 78.

pela própria população. Mas não são aceitos jornais e revistas.³⁸⁸ É possível por meio de simples ato administrativo permitir também jornais e revistas. Bastaria, por meio de chamamento público, cadastrar todos os jornais e revistas interessados em distribuir seu material, o que seria muito bom para a democratização da mídia na cidade. Outro exemplo é a já tratada questão da compra de assinaturas pelo Poder Público, que deveria também adquirir assinaturas de outros revistas e jornais, para o bem do pluralismo e o debate de ideias, e não apenas os produtos que já são os mais vendidos.

Cláusula de consciência. Igual ao que prevê expressamente a Constituição da Espanha (art. 20), devidamente reconhecida e defendida pelo Tribunal Constitucional Espanhol e legislada pelo Parlamento (Lei Orgânica nº 2/1997), e indiretamente a Constituição de Portugal, que dá independência e poder aos jornalistas, anteriormente tratadas, entende-se que é essencial no Brasil que seja assegurada a cláusula de consciência aos trabalhadores da comunicação. A cláusula de consciência, que permite ao jornalista ou ao profissional de comunicação, para preservar sua independência, rescindir o contrato de trabalho com seu empregador e exigir judicialmente as indenizações correspondentes à da despedida sem justa causa, sempre que ocorrer uma sensível mudança de orientação ideológica da empresa de comunicação, o que seria uma garantia de efetividade do direito de informar em face de uma censura interna, assim como um efeito positivo sobre o processo de formação da opinião pública, contribui para o pluralismo e atenua o efeito silenciador que pode produzir o mercado. Portanto, o jornalista não está a serviço da empresa de comunicação, mas sim a serviço do direito à informação e, qualquer impedimento que o dono ou diretor da mídia imponha à atividade do trabalhador de comunicação, o deixa vulnerável, podendo o informador se opor por razão de consciência e dignidade. O empresário remunera as competências do trabalhador em comunicação, mas não as compra.³⁸⁹ A legislação brasileira poderia ser igual à espanhola, no sentido de que além da possibilidade de rescisão do contrato de trabalho em função da mudança ideológica do meio de comunicação, os profissionais da informação deveriam ter o poder de se negar,

³⁸⁸ Prática semelhante também no Município de Pinhais, na região metropolitana de Curitiba, no Bosque Municipal.

³⁸⁹ Sobre o tema ver REZENDE, Renato Monteiro de. Direitos prestacionais da comunicação. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 79.

motivadamente, a participar da elaboração de informações contrárias aos princípios éticos da comunicação, sem possibilidade de ser a ele aplicada sanção ou ter qualquer prejuízo. Conforme já tratado, pelo menos um profissional da Rede Globo de Televisão foi demitido após crítica ao dono da empresa, Roberto Marinho, pela edição absurda que beneficiou Collor em detrimento de Lula no debate das eleições presidenciais de 1989. Com uma lei vigente com cláusula de consciência, o jornalista poderia negar-se a agir de forma tendenciosa por ordem do “patrão”, que é o que ocorre no dia-a-dia dos nossos meios de comunicação. Uma lei nesse sentido estaria em total consonância ao princípio da liberdade de expressão previsto na Constituição brasileira.

Criação de mais canais estatais. Para que haja a garantia de complementariedade nos termos constitucionais, é essencial a criação de mais canais estatais abertos, mas que sejam plurais e com participação social na programação. Robert Alexy alerta que “por meio da criação de um canal de TV estatal no qual apenas um grupo social possa se expressar, todos [os indivíduos] seriam afetados”.³⁹⁰ Atualmente no Brasil praticamente não há canais estatais abertos, sendo que canais como a TV Senado, TV Câmara ou EBC são transmitidos apenas por meio de TVs por assinatura na grande maioria dos municípios brasileiros, o que é um descumprimento do princípio da complementariedade entre as redes estatais, públicas e privadas.³⁹¹

Transparência e democratização interna dos meios de comunicação. Há nos países democráticos uma tendência de aprofundamento do princípio da publicidade na Administração Pública, que aos poucos se estende também às instituições privadas sem fins lucrativos que tenham relações com o Estado, como por exemplo os partidos políticos e as organizações do chamado “terceiro setor” que recebam verbas públicas. Jürgen Habermas propõe que essa transparência seja estendida, também, para os “meios de comunicação de massa politicamente efetivos” por serem “instituições das forças socialmente ativas: organizações privadas da sociedade, exercendo funções públicas dentro da ordem política”, inclusive com uma democracia interna. Para ele, “mesmo o jornalismo político deve, como todas as

³⁹⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 497.

³⁹¹ Sobre TVs públicas ver GUARESCHI, Pedrinho A. O direito humano à comunicação. Petrópolis, Vozes, 2013, p. 168-172.

instituições que exercem uma influência privilegiada, de modo demonstrativo ou manipulativo, na esfera pública, por sua vez estar subordinado ao mandamento democrático de ser abertamente público”.³⁹² Diante disso, é essencial que a Lei de Acesso à Informação seja aplicada também aos meios de comunicação social, seja por meio de alteração na legislação ou por meio de interpretação conforme. Também seria uma política pública interessante a obrigatoriedade de que essas empresas sejam democratizadas também internamente, pois mesmo nas empresas privadas de comunicação não é possível que seja aplicável apenas regras de mercado e de Direito privado, mas também normas publicizáveis de democratização, para o melhor atendimento do interesse público. Não se está, com isso, a dizer que as empresas privadas de meios de comunicação devam seguir, a risca, o mesmo regime jurídico administrativo da Administração Pública, mas apenas se pautar por alguns princípios de interesse público como o da publicidade e o próprio princípio democrático.

Mais liberdade nas normas eleitorais. Se o Brasil peca ao não democratizar seus meios de comunicação, ele também erra ao criar normas eleitorais, muitas vezes de forma inconstitucional, que simplesmente barram a liberdade de expressão no jogo democrático. Resoluções do TSE que praticamente legislam de forma inconstitucional, multas eleitorais desarrazoadas contra cidadãos que participam da política na internet, impedimento que blogs que sejam pessoas jurídicas possam fazer propaganda eleitoral durante as eleições, limitações aos gastos exagerados como propagandas nos jornais. Mais liberdade nas eleições, desde que com o incentivo para o debate público e de ideias e a restrição apenas para que o dinheiro privado ou a máquina pública sejam decisivos nas eleições é o caminho para uma democracia representativa que garanta, de fato, que cada brasileiro seja realmente representado.

Regulação de conteúdo nas TVs e rádios. Algo semelhante à *Fairness Doctrine* estadunidense e a regulação da agência reguladora daquele país, poderia ser aplicado no Brasil, com regulação de conteúdo nas TVs e rádios. Não basta que haja um terço de TVs e rádios estatais, um terço públicas e mais um terço de privadas, conforme manda a Constituição. É necessário um tipo de regulação de

³⁹² HABERMAS, Jürgen. Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003, p. 243-246.

conteúdo realizada por agência reguladora com ampla participação popular, com a obrigatoriedade de que programas de interesse público sejam apresentados, não apenas nas manhãs de sábado ou domingo, mas também e, principalmente, nos chamados “horários nobres”, entre 20h e 22h. Programas que não expressem apenas os ideais dos donos das empresas e de seus patrocinadores, como bancos e empresas transnacionais, mas que representem setores das minorias de direitos, como das mulheres, negros, pobres, público LGBTI, trabalhadores, sem-terras, etc. Além disso, nos telejornais deve haver uma obrigatoriedade no sentido de se escutar o outro lado. E isso não é apenas citar uma nota oficial de quem é atacado, mas também com diferentes pontos de vista nas áreas jurídicas, da economia, na ciência política, etc. Não há problema que a Rede Globo, o SBT, a Band, a Record, a CBN, tenham entre seus apresentadores e comentaristas, de forma predominante, pessoas comprometidas apenas com o neoliberalismo ou mesmo ideais mais conservadores e até reacionários, desde que economistas, juristas, cientistas políticos, políticos, professores e demais membro da sociedade também tivessem voz, para o devido contraponto. A Rede Globo faz a campanha o Agro é Pop, fazendo o povo acreditar que o agronegócio vai fazer o país se desenvolver, enquanto autores consagrados da economia criticam a monocultura dos países em desenvolvimento, o que gera concentração de renda.³⁹³ Não se está a falar em jornais e revistas, mas TVs e rádios que são concessões públicas, de titularidade do Estado e, conseqüentemente, de todo povo brasileiro, e não apenas de uma pequena parcela economicamente privilegiada de uma elite financeira. Essa foi uma prática nos Estados Unidos da América durante grande parte do século XX. Não é possível que durante a madrugada grande parte do povo brasileiro apenas possa ver e escutar o que o que apenas um apresentador tem a falar sobre política ou um comentarista sobre economia no Jornal da Globo, já que os demais canais abertos, nesse horário, estão todos locados com programas com fundamentalistas religiosos. Não é possível que no Jornal Nacional apenas apareçam o mesmo economista e os mesmos juristas, com posições legítimas, mas que representam apenas uma parcela reduzida da sociedade, mas acaba aparecendo que é a verdade inconteste. A auto-regulação dos meios de comunicação é praticamente inexistente, ou ineficaz,

³⁹³ Sobre o tema ver FURTADO, Celso. O subdesenvolvimento revisitado. In: Revista Economia e Sociedade (Unicamp), v. 1, ago. 1992. pp. 05-19, p 15 e 16.

e a regulação estatal, por meio de um controle social da mídia, de forma democrática, plural e participativa, é uma obrigação constitucional.

Divulgação de posições contrárias pelas concessionárias de serviços públicos e fomento para as associações dos usuários. Na década de 1980, nos Estados Unidos, uma agência reguladora da Califórnia editou norma que obriga que as empresas concessionárias de serviços públicos divulgassem em seus envelopes de cobrança notícias da associação dos usuários, para ampliação do debate público. Era um período de neoliberalismo nos EUA, e a Suprema Corte, quase dividida, entendeu que isso iria contra a Primeira Emenda. Mas o próprio Juiz relator do processo, ao negar, entendeu que seria possível outra política pública, como o financiamento público da divulgação dos informes da associação com receitas de taxaço das próprias empresas. Essas duas políticas públicas são cabíveis no ordenamento jurídico brasileiro. É totalmente possível que a legislação obrigue que as empresas concessionárias de serviços públicos divulguem notícias e informações das associações de usuários desses serviços, nos sites, veículos, recibos, envelopes de cobrança, nas área de pedágio de rodovias, telefonia, energia, saneamento, transporte coletivo, etc. Assim como essas associações de usuários poderiam ser subsidiadas com dinheiro de tributação das empresas concessionárias para a divulgação de suas informações para fins de controle social das atividades públicas.

Proibição de uma pessoa ser proprietária de mais de uma emissora no mesmo local. Entre a década de 1940 e a de 1990 vigeu nos EUA a regra que proibia a uma mesma pessoa ser proprietária ou controladora de mais de uma emissora em uma mesma localidade. Isso garantiu, por aproximadamente 50 anos, que monopólios e oligopólios fossem formados no país. Ainda há limitações hoje, mas mais brandas. A título exemplificativo, em Curitiba, as duas únicas rádios de notícias na FM são de propriedade da mesma pessoa, que ainda é dona de outros meios de comunicação como TV e jornais. Mesmo que de forma bastante atrasada, é essencial que haja legislação no Brasil com a mesma proibição.

Proibição de uma pessoa ou grupo ser proprietária de mais uma ou de várias emissoras de âmbito nacional. Nos EUA, na década de 1940, foi proibido que uma mesma pessoa fosse proprietária de um determinado número de emissoras de

TV e de rádio FM no país. No Brasil, o apresentador “Silvio Santos” já chegou a ser proprietário do SBT e da TV Record. Determinadas igrejas são proprietárias ou apresentam programação em vários canais de TV, gerando programação idêntica em mais de um canal nas madrugadas da TV aberta. É essencial que no Brasil haja legislação proibindo que um mesmo grupo seja proprietário ou domine a programação de mais de um canal nacional de TV.³⁹⁴

Proibição de cláusula de exclusividade entre redes nacionais e locais. Nos EUA, até hoje, há limitação na autonomia contratual das emissoras de TV para impedir que as grandes redes usem de seu poder econômico contra as emissoras locais nas negociações dos contratos de afiliações, ficando proibido a cláusula de exclusividade que impossibilitava às emissoras de transmitir programas de outras

³⁹⁴ Sobre os limites verticais, Faraco diz que se nos EUA a dispersão da propriedade faz com que difusores locais se oponham a certas programações do cabeça, no Brasil as redes tem um poder muito maior, ainda mais as líderes de audiência como a Globo. A posição da Globo no mercado é tão desproporcional à de seus concorrentes com relação a espectadores e receitas publicitárias, que é difícil uma afiliada local correm o risco de ser substituída em razão de um confronto. Essa dependência se dá também pela menor escala das afiliadas nos mercados locais, se compararmos com os EUA. Propõe a imposição de obrigatoriedade de uma rede transmitir um determinado percentual de programas produzidos por terceiros independentes sem qualquer ligação com a cabeça, como ocorre na Alemanha (*Rundfunkstaatsvertrag*), com que tem um “poder de opinião” em função da alta audiência, cabendo ao Estado escolher um terceiro independente do cabeça, que se habilite e que possa melhor contribuir para a pluralidade, com a inserção também em horário nobre (260 min semanais, sendo 75 min entre 19h e 23h30). Faraco entende que o modelo é interessante mas sua aplicação é complexa e depende da existência de agentes independentes com escala para produção de programas num cenário de relativa incerteza quanto a sua transmissão; permanente acompanhamento do órgão encarregado pelos índices de audiência; possibilidade de que empresários buscassem reduzir o interesse em seus programas quando chegassem perto do teto; e o risco contra a liberdade de expressão, uma vez que o conteúdo seria definido por um órgão de Estado. Essencial para que as retransmissoras da Globo não apenas retransmitam os programas da cabeça, mas também transmitam programas independentes e plurais. Propõe regulação mais simples e menos custosa, com a fixação direta de um percentual mínimo não fosse a partir da cabeça, independentemente da audiência, isso ocorre nos contratos com as afiliadas, mas deveria ser criada regra obrigatória, com limite, por exemplo, de 25%, com programas desenvolvidos internamente ou por produtores independentes, sem ligação, participação ou intermediação da cabeça (210 minutos semanais, sem contar intervalos, 30 min diários, no horário-nobre). Com metade da programação devendo ser produzida na região ou Estado da emissora, para diluir poder do controlador e atender a regionalização do art. 221, inc. II, da Constituição. Defende sua proposta e não os PLs 256/1991 (Jandira Feghalli) e 5.517/2001 (Waldir Pires). E diz que é diferente ao *Prime Time Access Rule (PTAR)*, criado pela FCC na década de 1970 nos EUA, pois apenas limitava a quantidade de programas próprios que as redes poderiam exibir em horário nobre, não afetando a uniformidade das emissoras integradas, mas apenas diversificando a fonte da informação, regra que foi abandonada por ser ineficiente por limitar a economia de escala. Limitações **cruzadas** ou **multimídia** podem promover dispersão do poder político sem afetar a eficiência das empresas privadas de mídia, pois muitas vezes envolvem meios bastante diversos e não afetam a economia de escala. Que defende a propriedade cruzada poderia argumentar que haveria ganho de escala se fosse mantido um mesmo centro jornalístico para a produção de notícias para TV, rádio e jornal, mas Faraco discorda, pois são habilidades diversas e formas diversas de divulgação da notícia. A única vantagem seria a promoção cruzada que um meio faz do outro. FARACO, Alexandre Ditzel. Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação: rádio, televisão e internet. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

redes. No Brasil é importante que as redes locais possam retransmitir programas também de outras redes, para a garantia da pluralidade.

Proibição do controle de horários da rede nacional da programação das afiliadas. Nos EUA, até hoje, há limitação na autonomia contratual das emissoras de TV para impedir que as grandes redes usem de seu poder econômico contra as emissoras locais nas negociações dos contratos de afiliações, ficando proibido o controle, pela rede, dos horários de programação das afiliadas. No Brasil a Rede Globo de Televisão obriga que suas afiliadas transmitam a programação nos horários fixados pela própria Globo. Por exemplo, a Globo pode obrigar que uma afiliada do Nordeste fixe um jogo de futebol para um horário muito quente para aquela região do país, para unificar o horário dos jogos no domingo antes do programa “Domingão do Faustão”. Ou obrigar que um jogo de quarta-feira comece às 22h,³⁹⁵ após a novela das 21h, gerando o fim do espetáculo à meia-noite e chegada dos torcedores em casa depois da 1h da manhã, no meio da semana.³⁹⁶ A exemplo do que ocorre nos EUA, é essencial a liberdade na fixação dos horários por parte das afiliadas.

Proibição da propriedade cruzada. Na década de 1970 os EUA criaram limites rígidos à propriedade cruzada, com a vedação a quem já detivesse uma licença em determinada área obter outra para serviço diverso, inclusive a mídia impressa. Política pública nesse sentido poderia ser criada no Brasil.

Obrigações das TVs a cabo retransmitirem os canais abertos. Na década de 1990 nos EUA foi aprovada lei que obrigava as operadoras de TV a cabo a reservarem uma quantidade de seus canais para a retransmissão de emissoras locais de TV aberta, para garantir que as emissoras locais não quebrassem e não fossem prejudicados os cidadãos que não têm TV a cabo. No Brasil é necessário política pública semelhante.

Limite de audiência das redes nacionais. Nos EUA há o limite de 39% de audiência para uma emissora de TV, o que permite a existência da CBS-Viacom que

³⁹⁵ Sobre a democratização da mídia na área do futebol o Centro de Estudos da Mídia Alternativa Barão de Itararé fundou em 2015 o Coletivo Futebol Mídia e Democracia.

³⁹⁶ Sobre o tema ver FARACO, Alexandre Ditzel. Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação: rádio, televisão e internet. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 173.

tem essa audiência. Esse tipo de limitação, com percentuais a serem estudados, deve existir no Brasil, para as rádios, TV e empresas de *streaming* e internet.

Programas regionais em horário nobre. Por mais de 20 anos vigeu nos EUA a determinação de reserva de uma hora durante o horário nobre das 18h às 22h para a transmissão, pelas maiores emissoras, de programas que não fossem das redes às quais se filiavam. No Brasil, a não ser noticiários, programas sensacionalistas policiais e comerciais, programações regionais acabam sendo exibidos em horários menos nobres, e ainda em percentual muito baixo com relação à programação nacional. É inadmissível que um menino do interior do Acre conheça mais o Rio de Janeiro do que a sua capital Rio Branco, ou que o povo paranaense não conheça as belezas do interior do seu estado ou dos demais estados do Sul.³⁹⁷ Regra nesse sentido é essencial para estimular o pluralismo, a cultura e a programação local, o que é bom, inclusive, para os profissionais e economias regionais.

Vedação de produzir e transmitir programas. Entre os anos 1970 e 1990 nos EUA existiam regras que vedavam que as redes de TV produzissem junto com terceiros ou atuassem no mercado de produção, a não ser seus próprios programas transmitidos e repassados para as afiliadas dentro do país, com o intuito de incentivar a produção de programas sem predomínio das grandes redes no setor. O que só foi revogado quando se justificou que as redes não gozavam mais do poder que tinham anteriormente, com aumento de competição nos setores de produção e transmissão e crescimento de outras mídias, como a TV a cabo. A revogação acabou acelerando a concentração vertical. Por mais que seja de difícil aprovação no Brasil, seria uma política pública importante para a diversidade da programação e limitação da concentração vertical.

Criação de Conselhos Editoriais nos meios de comunicação. Assim como o que já existe na Constituição de Portugal e o que foi proposta pela sociedade civil durante a Constituinte de 1987, pela FENAJ³⁹⁸ e pelo embrião do FNDC, é essencial a obrigatoriedade no Brasil de que os meios de comunicação em geral, como

³⁹⁷ Sobre o tema ver FARACO, Alexandre Ditzel. Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação: radio, televisão e internet. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 173.

³⁹⁸ PEREIRA, Moacir. A democratização da comunicação e o direito à informação. São Paulo: Global, 1987.

jornais, revistas, TVs e rádios, tenham Conselhos Editoriais para que jornalistas possam ter alguma influência nas entidades midiáticas.³⁹⁹

Responsabilização da Imprensa. No filme *Spotlight - Segredos Revelados*,⁴⁰⁰ um Cardeal fala para um editor de um jornal: “eu descobri que a cidade floresce quando as grandes instituições trabalham em conjunto”. O editor do jornal responde: “obrigado. Mas, pessoalmente, eu acho que para um jornal funcionar bem, você deve trabalhar sozinho”. O filme conta a história verídica de um grupo de jornalistas que investigam denúncias de crimes sexuais de padres católicos contra crianças, acobertados por líderes religiosos da Igreja Católica. Talvez o mais importante do filme seja mostrar que é possível a realização de um trabalho jornalístico sério, aprofundado e imparcial. A exemplo do Direito espanhol, alemão, italiano e de vários

³⁹⁹ Sobre a vedação que o proprietário interfira na atividade editorial e jornalística, Faraco informa que pode ser questionada como ineficaz, pois os jornalistas continuam dependendo do proprietário para permanência de seu emprego no médio e longo prazo. E a proposta ignora que os jornalistas, assim como os proprietários, terão incentivos próprios que afetarão a seleção do conteúdo, com suas preferências políticas e interesses profissionais. Não é claro que a transferência de maior poder aos jornalistas irá resultar em maior pluralismo. Poder-se-ia sugerir que a ética profissional do jornalista faria com que adotasse uma maior imparcialidade, mas essa é uma postura simplista que supõe que a ética será sempre respeitada e que os jornalistas estariam em uma posição moral acima da dos proprietários, o que é impossível generalizar ou aceitar como justificativa para determinada norma. Para Faraco exigir jornalistas e pedagogos em um conselho de programação não é a forma mais prática de se garantir que programas educativos sejam incluídos na programação. Entende-se que não se trata de achar que o jornalista é mais ético do que o proprietário, mas simplesmente ter a convicção de que mais pessoas com formação e experiência de vida diferente da do proprietário, muitas vezes pessoas de classes sociais diferentes, ou até interesses corporativos diferentes, já é uma possibilidade maior de pluralidade nas decisões editoriais e jornalísticas. Já a obrigação de que o quadro de funcionários seja representativo das minorias ou preferência para minorias no licenciamento de novas estações (*Equal Opportunity Rules and Policies*, FCC dos EUA). Faraco entende que a política de cotas raciais dos empregados não garante maior pluralismo, faz perder o foco das políticas setoriais, esvaziando a regulação ou a tornando muito complexa, com dificuldade de controlar, e informa que alguns autores preferem que as regulações estruturais sejam exclusivamente a garantia do pluralismo de fontes. Prefere outros incentivos ou a regulação direta de conteúdo, do que criar estruturas complexas de efeitos incertos. Há risco de simplesmente se transferir o poder ou redução da capacidade e independência da mídia privada, o que “será mais difícil compatibilizá-la com os postulados da liberdade de expressão num regime democrático”. Ele não descarta por completo os incentivos, mas é um crítico. Entende-se que a norma estadunidense não trata apenas de minorias raciais. Minorias são os pobres, negros, índios, mulheres, público LGBT, deficientes, todos minorias de direitos, todos sedentes por ter suas vozes mais ouvidas nos meios de comunicação de massa. Com a necessidade de políticas públicas afirmativas, não bastando apenas a regulação estrutural da mídia. Parece uma posição compatível mais com o modelo estadunidense, uma vez que no Brasil a Constituição é clara no sentido de fomentar, e não apenas limitar. Mais participação de trabalhadores nos conselhos das empresas, mais poder aos jornalistas empregados e mais minorias políticas nas empresas como empregados ou mesmo como responsáveis por gerir a mídia nunca será demais, principalmente em países com a democracia ainda em desenvolvimento. O empresário do setor de radiodifusão tem um incentivo oposto, que é o de concentrar poder político e também em decorrência das características econômicas de sua atividade. FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação: rádio, televisão e internet*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

⁴⁰⁰ *Spotlight - Segredos Revelados*, filme estadunidense de 2015 e lançado no Brasil em 2016, com seis indicações ao Oscar, inclusive melhor filme, melhor diretor e melhor roteiro original.

outros países, e aplicando o inc. XIV do art. 5º da Constituição brasileira de que “é assegurado a todos o acesso à informação”, entende-se que, não apenas para a radiodifusão, mas todos os meios de imprensa devem ser responsabilizados pela agência reguladora a ser criada ou pelo Poder Judiciário, nos casos em que a mídia, não sendo parcial, que pelo menos chegue perto da verdade, com mais investigação, mais boa-fé, mais consulta às posições antagônicas, mais diligências ao informador, com contraste com dados objetivos, simples rumores se transformarem em notícia de capa um dia antes das eleições, com meras invenções ou insinuações.

Normas das rádios comunitárias que poderiam ser aplicadas às TVs e rádios comuns. Na Lei 9.612/1998 das rádios comunitárias há determinadas previsões que poderiam ser obrigações expressas também para as TVs e rádios comuns, como a proibição do proselitismo; programação informativa e opinativa respeitando o princípio da pluralidade de opinião e com versões antagônicas; direito do cidadão de opinar e de se manifestar sobre os assuntos abordados na programação da emissora, durante a programação, mediante pedido (para as TVs e rádios comuns poderia ser um direito dado às entidades e não pessoas físicas); outorga apenas para entidades sem fins lucrativos; instituir um conselho popular para acompanhar a programação das emissoras; proibição de vínculos que subordinem as emissoras ao comando de qualquer outra entidade, mediante compromissos ou relações financeiras, religiosas, familiares, político-partidárias ou comerciais; e proibição da cessão ou arrendamento da emissora ou de horários de sua programação.

Fomento estatal para pequenas empresas de mídia. Para atendimento dos dispositivos constitucionais como os que exigem redução das desigualdades sociais e regionais, proibição de monopólios e oligopólios dos meios de comunicação e priorização às pequenas e médias empresas, cabe ao Estado brasileiro fomentar por meio de repasses de verbas públicas ou isenções fiscais as micro e pequenas empresas de comunicação como jornais, sites, blogs, rádios e TVs comunitárias.⁴⁰¹ O fomento é um dos papéis do Estado Social previsto na Constituição de 1988.⁴⁰²

⁴⁰¹ Faraco, sobre os **incentivos** estruturais, diz que sem impor limites, mas incentivando o surgimento de novos veículos, com políticas públicas de **fomento** e criação de jornais, rádios e TVs públicas. Noruega e Suécia têm subsídios para que pequenas cidades tenham pelo menos dois jornais diários. Subsídios públicos diretos e perenes podem acabar sustentando empresas ineficientes e representar empenho orçamentário de difícil sustentação em país ainda em desenvolvimento. Outras formas:

Controle social da mídia. Políticas públicas tanto no âmbito federal, estadual e municipal que privilegiem o controle social da mídia viria ao encontro da democratização dos meios de comunicação, seja com a criação de Conselhos Populares de Comunicação federal, estaduais e municipais, para fins de debate e deliberação sobre temas como os gastos publicitários de governos, fomento, classificações indicativas, conteúdos que atentem contra direitos dos adolescentes ou minorias, programações das rádios e TVs estatais e públicas, etc., com a participação de representantes da sociedade civil organizada, associações, instituições como a Ordem dos Advogados do Brasil, universidades, etc.⁴⁰³

Contratação de consórcio de empresas de comunicação para divulgação de atos oficiais. Durante os segundo e terceiro governos de Roberto Requião no Estado do Paraná (2003-2010), ao invés da Administração Pública estadual contratar o maior jornal do Estado, a Gazeta do Povo, como ocorria até 2002 e após 2011, com o intuito de diminuir o poder monopolístico do jornal, o governo do Estado passou a contratar para a missão de divulgação dos atos oficiais um consórcio de pequenos jornais espalhados por todo o Estado, o que gerou uma maior capilarização da informação e um fomento aos pequenos e médios meios de comunicação escritos. Uma política pública possível de ser realizada no âmbito federal, dos estados e dos municípios brasileiros.

empréstimos públicos com juros reduzidos, com preferência, em igualdade de condições, para pessoas que não controlam outros meios; e com a venda da empresa um vencimento antecipado do empréstimo. Pluralismo formal de fontes não impede que pessoas distintas tomem decisões semelhantes em termos de conteúdo. Faraco informa que garantir a pluralidade de conteúdo é complexo e pode conduzir a resultados dúbios e contraproducentes, mas para o pluralismo substancial (políticas mais voltadas ao conteúdo do que estrutura). Por exemplo a exigência de conselhos internos na organização da empresa com competência para supervisionar as decisões sobre programação e cuja composição visa refletir a diversidade dos grupos sociais existentes (*Rundfunkräte* – conselhos de radiodifusão - das televisões públicas alemãs, com a existência de órgãos estatais com conselhos que também fiscalizam o pluralismo na programação das TVs privadas). Informa que há autores que sugerem que os *Rundfunkräte* não ficam imunes à politização e à possibilidade de domínio pelas principais forças políticas. Sem querer generalizar, Faraco entende que esse tipo de solução pode conduzir que levem à adoção de uma postura menos crítica em relação aos interesses de seus integrantes, favorecendo conteúdos que não afetem os interesses de nenhuma força política. Informa que antes era favorável à ideia. FARACO, Alexandre Ditzel. Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação: rádio, televisão e internet. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

⁴⁰² Sobre fomento ver VIOLIN, Tarso Cabral. Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica, 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

⁴⁰³ Sobre os conselhos populares de comunicação ver GUARESCHI, Pedrinho A. O direito humano à comunicação. Petrópolis, Vozes, 2013, p. 137-142.

4.3. DEMOCRATIZAÇÃO DA MÍDIA POR ATOS ADMINISTRATIVOS DO PODER EXECUTIVO

“A Constituição não é um simples ideário. Não é apenas uma expressão de anseios, de aspirações, de propósitos. É a transformação de um ideário, é a conversão de anseios e aspirações em regras impositivas. Em comandos. Em preceitos obrigatórios para todos: órgãos do Poder e cidadãos.”⁴⁰⁴

Celso Antônio Bandeira de Mello

Uma das justificativas de governantes para que no Brasil não ocorra a democratização dos meios de comunicação é o imobilismo por parte dos Parlamentos na regulamentação, por meio de lei, de dispositivos constitucionais que tratam do tema.⁴⁰⁵ Entretanto, pelo menos parte das políticas públicas para fins de limitação dos monopólios e oligopólios e para implementação de uma maior pluralidade nas mídias são possíveis de serem implementadas por simples atos administrativos do Poder Executivo.

Sobre a aplicabilidade e a eficácia das normas constitucionais, toda a norma da Constituição, seja uma regra ou um princípio, sempre tem alguma eficácia, podendo, conforme doutrina variada, ser auto-aplicáveis/eficácia plena/direta (aplicabilidade imediata, direta e integral), de eficácia contida (aplicabilidade imediata e direta, mas podem ser restringidas pelo legislador, portanto, possivelmente não integrais) ou dependentes de complementação/eficácia limitada/indireta (dependem de regulamentação), sendo essas de legislação/diferida, programáticas ou de princípios.⁴⁰⁶

⁴⁰⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. Revista de Direito Social nº 7, p. 137. In: <https://isisbollbastos.wordpress.com/2013/05/05/eficacia-das-normas-constitucionais-sobre-justica-social-celso-antonio-bandeira-de-mello-2/>. Acesso em 10.11.2017.

⁴⁰⁵ Fábio Konder Comparato entrou com duas ações no Supremo Tribunal Federal para responsabilizar o Congresso pela omissão de não regulamentar os artigos da Constituição que tratam da comunicação, o que seria apenas uma sanção moral/política, a Procuradoria-Geral da República deu parecer favorável, mas continua “na gaveta” da Ministra Rosa Weber, segundo Paulo Henrique Amorim. AMORIM, Paulo Henrique. O quarto poder: uma outra história. São Paulo: Hedra, 2015, p. 530. O outro advogado na ação foi Georghio Alessandro Tomelin.

⁴⁰⁶ Sobre o tema ver SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009; TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 84-90.

José Afonso da Silva, que divide em normas de eficácia plena, contida e limitada, entende que são de **eficácia plena** as normas constitucionais que contenham vedações/proibições, confirmam isenções/imunidades/prerrogativas, não designem órgãos/autoridades especiais a que incumbam especificamente sua execução, não indiquem processos especiais de sua execução, não exijam a elaboração de novas normas legislativas que lhes complementem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas regulados.⁴⁰⁷ Portanto, de forma exemplificativa, como a Constituição veda a celebração de acordos de vontade entre Poder Público e parlamentares, essa norma é de eficácia plena, por conter uma proibição, sendo que esses parlamentares não poderão ser concessionários de serviços públicos de radiodifusão, sendo uma prática que ocorre no Brasil e poderia ser resolvida no âmbito do próprio Poder Executivo.⁴⁰⁸

Sobre as **normas programáticas**, José Afonso da Silva diz que elas buscam atribuir fins ao Estado, esvaziado pelo liberalismo econômico, e tendem a instaurar uma democracia substancial, mas sem considerar fácil realizar a justiça social num sistema que predomina a concentração de riqueza e que possibilitam uma humanização do capitalismo, “se é que isso seja possível, com valor jurídico e eficácia. Para ele a determinação constitucional segundo a qual as ordens econômica e social têm por fim realizar a justiça social, por exemplo, constitui uma norma-fim, plenamente eficaz e diretamente aplicável. Entende que as normas

⁴⁰⁷ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 86 e 101.

⁴⁰⁸ O art. 54 da Constituição dispõe 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; (...) 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; c) patrocinar causa em que seja interessada qualquer das entidades a que se refere o inciso I, "a";”. São 40 deputados federais e senadores que são donos de concessões de TVs e rádios, mas o Ministério das Comunicações entende que a legislação proíbe o controle e a gestão dos canais, mas não a propriedade, por mais que haja voto da Ministra Rosa Weber em sentido contrário na Ação penal 530 no Supremo tribunal Federal. Sobre o tema ver BARBOSA, Bia. Novo alvo do MPF: os políticos donos da mídia. In <<https://www.cartacapital.com.br/blogs/intervozes/novo-alvo-do-mpf-os-politicos-donos-da-midia-3650.html>>. Acesso em 17.11.2017. Sobre o tema ver, ainda, PELLEGRINI, Marcelo. Rádio e TV no Brasil, uma terra sem lei. In: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/radio-e-tv-no-brasil-uma-terra-sem-lei-8055.html>>. Acesso em 17.11.2017. O governo Michel Temer, por meio da Advocacia-Geral da União, pediu no STF que o Supremo considere legal esse tipo de concessão para deputados e senadores. In: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-11/temer-stf-favor-concessao-radio-tv-politicos>>. Acesso em 17.11.2017.

programáticas que não mencionam uma legislação futura para atuação positiva do programa previsto, não ficam dependentes da atividade do legislador e de sua discricionariedade, pois vinculam todo o Poder Público e abre campo à discricionariedade da legislação, da Administração Pública e da jurisdição, até onde possam, nem sempre carecendo de lei para seu cumprimento. Para o autor há normas programáticas dirigidas à ordem econômica e social em geral, como por exemplo o direito a saúde, que se não for satisfeito pelo Estado, não se trata de programaticidade, mas de desrespeito ao direito. São, para ele, regras jurídicas diretamente aplicáveis, vinculativas de todos os órgãos do Estado, e por mais que dependam de providências institucionais, são imposições constitucionais aos órgãos públicos. Portanto, para o constitucionalista, muitas normas programáticas podem ser aplicadas independentemente de lei, mas por meio de outras providências, como por exemplo a que visa o amparo da cultura pelo Estado. Com relação aos artigos constitucionais que tratam da comunicação social, José Afonso da Silva entende que são normas sócio-ideológicas de eficácia plena o art. 220 (menos os §§ 3º e 4º, que são de natureza intuitiva), 222 e 223.⁴⁰⁹

Assim, são de **eficácia plena** a exigência de que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição; a proibição de que lei contenha dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social; a vedação de toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística; a vedação de que os meios de comunicação social, direta ou indiretamente, sejam objeto de monopólio ou oligopólio; e a desnecessidade de exigência de licença de autoridade para qualquer publicação de veículo impresso de comunicação (art. 220). Depende de lei apenas a regulação das diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada; e o estabelecimento dos meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem a Constituição, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos

⁴⁰⁹ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 141, 142, 144, 147, 150, 152, 154, 155, 163, 164 e 193.

à saúde e ao meio ambiente.

Também são de **eficácia plena** a fixação de que 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; assim como a fixação de competência ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens (prazo da concessão ou permissão será de dez anos para as emissoras de rádio e de quinze para as de televisão), observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal. O Congresso Nacional apenas apreciará esse ato, e a não renovação da concessão ou permissão dependerá de aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal, sendo que o ato de outorga ou renovação somente produzirá efeitos legais após deliberação do Congresso Nacional, e o cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial.

Celso Antônio Bandeira de Mello cria outro critério, que é o da investidura, em prol dos administrados, de direitos mais ou menos amplos descendentes direta e imediatamente da Constituição, sendo três as categorias: normas que outorgam poderes jurídicos (prescindem de regramento subsequente); normas que outorgam direitos (norma desenha a conduta, sem necessidade de regra subsequente); e normas que expressam uma finalidade a ser cumprida (não apontam os meios a serem adotados para a satisfação do bem jurídico, com a posição dos administrados menos consistente). Para as normas que expressam uma finalidade a ser cumprida o autor entende que conferem, ao administrado, direito de opor-se judicialmente ao cumprimento de regras ou à prática de comportamentos que o atinjam, se forem contrários ao sentido do preceito constitucional; ou obter, nas prestações jurisdicionais, interpretação e decisão orientadas no mesmo sentido e direção preconizados por estas normas, sempre que estejam em pauta os interesses constitucionais protegidos por tais regras.⁴¹⁰

⁴¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. Revista de Direito Social nº 7, p. 137. In: <https://isisbollbastos.wordpress.com/2013/05/05/eficacia-das-normas-constitucionais-sobre-justica-social-celso-antonio-bandeira-de-mello-2/>. Acesso em 10.11.2017.

Entretanto, defende-se que, com relação às normas que expressam uma finalidade a ser cumprida, não cabe apenas ao cidadão opor-se, mas também a possibilidade do Poder Executivo atuar por meio de atos administrativos para o atendimento das normas constitucionais, ainda mais quando não existir lei regulamentadora. Seriam atos administrativos infra-constitucionais, respeitadores de obrigações constitucionais, permitidos no ordenamento jurídico brasileiro. Celso Antônio Bandeira de Mello alerta “que pode haver alguma hipótese excepcional na qual a Constituição regule de maneira inteiramente vinculada um dado comportamento administrativo obrigatório”, seria um “ato administrativo imediatamente infraconstitucional”, mesmo com a falta de uma lei.⁴¹¹

Bandeira de Mello ainda entende que entre as normas que outorgam direitos imediatamente fruíveis e exigíveis há normas que delimitam aproximadamente o conteúdo do direito, porque a dicção constitucional vale-se de expressões elásticas, isto é, de significado fluído e impreciso. Para ele, a imprecisão ou fluidez das palavras constitucionais não lhes retira a imediata aplicabilidade dentro do campo indubitado de sua significação; e supor a necessidade de lei para delimitar este campo implicaria outorgar à lei mais força que à Constituição, pois deixaria sem resposta a seguinte pergunta: “de onde a lei sacou a base significativa para dispor do modo em que o fez, ao regular o alcance do preceito constitucional?”.⁴¹²

Portando, mesmo existindo termos indeterminados na Constituição, é possível que mesmo não existindo lei os explicitando, que o Poder Executivo aplique o dispositivo constitucional, por meio de atos administrativos.

André Ramos Tavares entende que não se pode tolerar o abuso de direito que se tem instalado na atividade desempenhada pelos responsáveis por implementar as chamadas normas programáticas e, após diversos anos de vigência da Constituição com o desprezo a determinados comandos constitucionais.⁴¹³

⁴¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 369.

⁴¹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. Revista de Direito Social nº 7, p. 137. In: <https://isisbollbastos.wordpress.com/2013/05/05/eficacia-das-normas-constitucionais-sobre-justica-social-celso-antonio-bandeira-de-mello-2/>. Acesso em 10.11.2017.

⁴¹³ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 84-90.

Sobre a Ordem Social da Constituição, Celso Antônio Bandeira de Mello defende que são normas prescritivas, expressam um comando, um ‘dever ser’. Por exemplo, quando a Constituição trata da “valorização do trabalho” e dignidade humana, o autor entende que essa regra não é apenas um comando para o legislador e uma diretriz inafastável quer para o Executivo, na produção de sua política econômica e social, quer para os empregadores, mas também uma fonte de direito subjetivo para o trabalhador. O autor ensina que a Constituição, como um corpo de normas jurídicas, é a transformação de um ideário, é a conversão de anseios e aspirações em regras impositivas, em comandos, em preceitos obrigatórios para todos, seja para os órgãos do Poder ou para os cidadãos; não são conselhos, são determinações; a Constituição é um conjunto de dispositivos que estabelecem comportamentos obrigatórios para o Estado e para os indivíduos. Para o autor, mesmo quando dispõe sobre a realização da Justiça Social, com as chamadas normas programáticas, está, na verdade, imperativamente, constituindo o Estado brasileiro no indeclinável dever jurídico de realizá-la. Conclui que a Constituição, como norma jurídica, é desobedecida quer quando se faz o que ela proíbe quer quando não se faz o que ela determina, há violação a ela tanto quando se faz o que ela inadmite como quando se omite fazer o que ela impõe, e se omissão houver ficará configurada uma inconstitucionalidade.⁴¹⁴

J. J. Gomes Canotinho alerta que às normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico aos dos demais preceitos constitucionais, e eventual mediação legiferante não significa que esse tipo de norma careça de positividade jurídica, isto é, que sua normatividade seja apenas gerada pela *interpositio* do legislador. Para o autor, há uma vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores, seja na legislação, execução ou jurisdição. Segundo Canotinho há uma aplicabilidade direta de direitos, liberdades, garantias e de normas organizatórias, mas também das normas programáticas (normas-fim e normas-tarefa), pois constituem princípios e regras definidoras de diretrizes para o legislativo e para a Administração Pública e vinculam também os tribunais.⁴¹⁵

⁴¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. Revista de Direito Social nº 7, p. 137. In: <https://isisbollbastos.wordpress.com/2013/05/05/eficacia-das-normas-constitucionais-sobre-justica-social-celso-antonio-bandeira-de-mello-2/>. Acesso em 10.11.2017.

⁴¹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1176-1180.

A função administrativa, segundo a clássica definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infra-legais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário. Para o autor, a função legislativa é a que exerce, por via de normas gerais, normalmente abstratas, que inovam inicialmente na ordem jurídica. Para ele, o princípio da legalidade prevê a subordinação da Administração Pública à lei, do Poder Legislativo, e surge como decorrência natural do princípio da indisponibilidade do interesse público, é o que qualifica e que dá identidade própria ao Estado de Direito, é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo. Bandeira de Mello alerta que esse princípio se contrapõe ao personalismo de governantes, sejam os autoritários, absolutistas ou os caudilhos e messiânicos de países subdesenvolvidos, é um antídoto natural do poder monocrático/oligárquico, pois tem como raiz a ideia de soberania popular, de exaltação da cidadania, contra a relação de submissão de soberano-súdito. De forma acertada, o autor ainda deixa claro que não existe regulamento ou decreto autônomo no Direito brasileiro, sendo que apenas em situações excepcionais haverá a possibilidade da utilização de medidas provisórias ou decretação de estado de defesa ou de sítio.⁴¹⁶

Romeu Felipe Bacellar Filho alerta que o princípio da legalidade tem sido entendido em duas acepções absolutamente distintas, em sentido estrito (conformidade da Administração com a lei) e em sentido amplo (ou juridicidade, a conformidade não só com a lei, mas com o direito como um todo, abarcando princípios como finalidade pública, moralidade, boa-fé, confiança, ética, etc.).⁴¹⁷

O princípio da legalidade é previsto no art. 5º, inc. II, da Constituição, no sentido de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, a não ser em virtude de lei, mas a Administração Pública tem uma vinculação positiva a esse princípio, no sentido de só poder fazer o que está previsto no ordenamento jurídico. O Poder Executivo não pode inovar na ordem jurídica, devendo atuar conforme as

⁴¹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 35, 36, 72, 73, 96-103

⁴¹⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Direito Administrativo, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 30

normas constitucionais e legais, mas, é claro, há postulados nos quais há reserva legal, com matéria prevista na Constituição que só pode ser disciplinado por lei estrita do poder Legislativo.⁴¹⁸ Hely Lopes Meirelles é claro quando diz que “na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”.⁴¹⁹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro aduz que em decorrência do princípio da legalidade “a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei”.⁴²⁰

Contrário ao que chama de princípio da constitucionalidade, que seria “ninguém poderia ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude da Constituição”, o que seria uma tese fundada “na supremacia da Constituição na ordem jurídica”, Marçal Justen Filho diz que essa proposta deve ser examinada com cautela, pois ele entende que o princípio da constitucionalidade não substitui o princípio da legalidade, pois o termo “lei” do art. 5º, inc. II, seria um ato normativo infraconstitucional de órgão que represente a soberania popular, e “a atividade administrativa depende, como regra, da existência de uma lei propriamente dita”, e o princípio da legalidade significa “em grande parte dos casos, a insuficiência da previsão constitucional para a validade de uma atividade administrativa”, sendo a Constituição “insuficiente para disciplinar a atividade administrativa” e as leis infraconstitucionais como “garantia específica e precisa da existência de normas mais concretas e determinadas”, e por mais que a atividade administrativa seja determinada pela própria Constituição e as leis devem ser interpretadas de acordo com a Constituição, “isso não significa a desnecessidade da existência de leis infraconstitucionais disciplinadoras da atividade administrativa”. Mas ele mesmo cita Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que amplia o princípio da legalidade, no sentido de que a Constituição de 1988 ampliou o conceito, no sentido de que a atividade administrativa deve estar pautada nos princípios gerais do direito e nos

⁴¹⁸ Sobre o tema ver NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*, 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 65-70.

⁴¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 89.

⁴²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 98.

princípios constitucionais (RMS 16.536/PE, 2.2.2010).⁴²¹

Note-se que está a se analisar a possibilidade de atuação via atos administrativos quando existir previsão constitucional e sem previsão legal para fins da democratização dos meios de comunicação. Mas lembre-se que também é possível a democratização dos meios de comunicação por meio de legislação já existente. Por exemplo, o art. 26 da Lei 8.987/95 admite a subconcessão de serviços públicos apenas se essa possibilidade estiver prevista no contrato administrativo de concessão e expressamente autorizada pelo Poder concedente, desde que realizada por meio de licitação na modalidade concorrência. O próprio art. 175 da Constituição prevê, sem ressalvas, a necessidade de licitação para as concessões de serviços públicos exclusivos.⁴²² Assim, o Poder Executivo já tem instrumentos para evitar o que ocorre na prática no Brasil, que é o repasse de uma concessão de serviços de radiodifusão de um particular para outro particular, sem licitação, o que desrespeita a Constituição e legislação já existente.

Diante de todo o exposto, entende-se que:

a) Mesmo sem regulamentação por meio de lei exarada pelo Parlamento, no Brasil é possível a efetivação de políticas públicas para fins da democratização dos meios de comunicação por meio de atos administrativos infraconstitucionais expedidos pelo Poder Executivo, no exercício da função administrativa, para fins de limitação dos monopólios e oligopólios e pluralidade da mídia no país, nos termos do princípio da juridicidade ou constitucionalidade, atos esses que não seriam atos ou decretos autônomos, pois não estariam inovando na ordem jurídica;

b) A não ser normas constitucionais dependentes expressamente de regulamentação, as normas de eficácia plena com proibições e que confirmam prerrogativas são auto-aplicáveis, mesmo com atos administrativos do Poder Executivo, assim como as chamadas “normas programáticas” na parte da Ordem

⁴²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo, 7ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 192-193.

⁴²² Nesse sentido ver GABARDO, Emerson; VALIATI, Thiago Priess. A prática de subconcessão promovida por concessionárias de serviços públicos de radiodifusão sonora e de sons e imagem – “Aluguel” de horários para televentas e programas religiosos. A & C - Revista de Direito administrativo e Constitucional, ano 14, nº 57, p. 85-103, jul/set. 2014. Em sentido contrário FREITAS, Rafael Véras de. A subconcessão de serviço público. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 5, n. 10, p. 75-101, jul./dez. 2016.

Social, da qual a radiodifusão faz parte, com o intuito da instauração da democracia substancial;

c) Assim, pode, ou melhor, deve o Poder Executivo Federal, seja por meio da Presidência da República ou o Ministério das Comunicação,⁴²³ por meio de atos administrativos, proibir a existência de monopólios e oligopólios incontroversos de TVs, rádios, jornais, revistas e sites de notícias; proibir que parlamentares sejam “donos” de concessões de rádio e televisão; outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens,⁴²⁴ observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal;

d) Mesmo existindo autorização constitucional para a atuação via atos administrativos do Poder Executivo para a democratização da mídia, seria ainda mais legítimo que o governo implementasse as políticas públicas por meio de amplo debate com o povo, com a sociedade civil organizada, movimentos sociais e demais interessados diretos e indiretos no tema da comunicação, adotando instrumentos de Democracia direta, participativa e deliberativa, para o melhor atendimento da Constituição Social, Republicana, Desenvolvimentista e Democrática de Direito de 1988.

⁴²³ Note-se que o governo federal liderado pelo presidente Michel Temer (PMDB) extinguiu o Ministério das Comunicações e transformou o Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação em Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (Lei 13.341/2016).

⁴²⁴ Com apreciação do Congresso Nacional, sendo que o cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial.

5. CONCLUSÕES

“Está comprometido este país culturalmente, nós temos uma televisão imbecilizante, uma fábrica de idiotices, que é para tornar o povo absolutamente alheio a tudo, para tornar o povo imbecil, idiota, incapaz de se defender de qualquer coisa, qualquer vendedor de qualquer coisa, faz o povo engolir qualquer coisa, nós precisamos democratizar a televisão”.

Geraldo Ataliba⁴²⁵

1. A Constituição brasileira de 1988 é vinculante no sentido de que o Estado brasileiro deve ser um Estado Social, Republicano, Desenvolvimentista e Democrático de Direito, o que é uma antítese ao neoliberalismo, ao Estado mínimo e até mesmo ao Estado apenas regulador. Se a Constituição é Social e prevê que um dia sejamos de fato um Estado de Bem-Estar Social, com uma sociedade livre, justa e solidária, com desenvolvimento nacional sustentável, com a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades, o bem estar e o bem de todos, respeito aos direitos humanos, igualdade, Justiça Social, livre iniciativa com os valores sociais do trabalho, função social da propriedade, favorecimento às empresas de pequeno porte, dever do Estado na educação e saúde, salário mínimo capaz de atender as necessidades vitais básicas de uma família, entre outras disposições humanistas. Desenvolvimentista para fins de um desenvolvimento sustentável, tanto no âmbito social, ambiental, econômico, ético, jurídico e político. Republicano no sentido de busca do bem comum, do interesse público primário, contra o patrimonialismo, com uma Administração Pública profissionalizada e participativa. Democrático no sentido de uma Democracia representativa e participativa-deliberativa efetivas, com a chamada Democracia substancial. De Direito porque devem existir Poderes que se controlam de forma harmônica e independente, e que são controlados pelo povo, sempre com a busca do atendimento dos direitos fundamentais.

⁴²⁵ ATALIBA, Geraldo. Roda Viva de 31.08.1992, sobre o Impeachment de Collor, na TV Cultura. Acesso em 08.04.2016. <https://youtu.be/eG774DYiIPE>

2. Um país como o Brasil com alta taxa de analfabetos e de analfabetos funcionais, com baixo índice de leitura de livros, com uma rede de TV que domina a audiência de forma monopolística (concentração de propriedade horizontal, vertical e cruzada) e é uma das 30 maiores empresas no mundo, sendo que apenas sete famílias dominam a mídia no país, com baixa regulação dos meios de comunicação, com alta possibilidade de desvirtuamento democrático nesse poderio midiático, com meios de comunicação que não são plurais, é uma nação que está longe de cumprir com suas obrigações constitucionais. A televisão ainda é a primeira fonte de informação para 64% dos brasileiros, sendo que 77% dos brasileiros assistem TV todos os dias, e a TV Globo é a mais assistida por 62% dos brasileiros.

3. O Brasil não será uma nação livre se o seu ideal de liberdade for apenas liberdade entendida como limitadora do Poder estatal e garantia das liberdades individuais-egoísticas como a propriedade privada e a liberdade de imprensa, pois na sociedade atual a liberdade deve vir junto com igualdade substancial, justiça social, bem-estar coletivos e interesse público/vontade geral; liberdade com relação ao Estado e ao mercado; liberdade para a escolha de representantes políticos mas também para participação cidadã nos assuntos políticos e das políticas públicas; liberdade financeira; e liberdade para que a comunidade mais ampla possa se expressar e não apenas que uma pessoa física ou jurídica tenha garantida a sua manifestação. Em uma Democracia a população participa da tomada de decisões políticas, seja de forma direta ou indireta, em um governo do povo. Entretanto, uma Democracia se faz não apenas com eleições livres e regulares e a participação da sociedade nas decisões de interesse público, mas também com liberdade de expressão e pluralidade de vozes no jogo político e comunicacional. Essa liberdade de expressão não quer dizer apenas a liberdade que o cidadão tem de expressão perante o Estado, inclusive contra o Estado, com um simples dever de abstenção do Estado. Essa ideia é incompleta e ultrapassada desde pelo menos o início do século XX. A liberdade de expressão também se garante por meio de uma atuação positiva do Estado, inclusive em países com constituições mais liberais na área econômica.

4. Uma Democracia substancial pressupõe a existência de cidadãos bem informados politicamente, mas também com poder de pautar o jogo político de forma participativa e deliberativa, pois não há Democracia de fato em um país onde apenas os detentores dos maiores recursos privados têm liberdade e permissão

para controlar e influenciar o curso do debate político, o que os favorecerá para a manutenção dos seus privilégios. Essa liberdade apenas para quem detém o capital gera mais desigualdade no jogo político, concentração de recursos na economia e injustiça social. Não se espera mais do Estado apenas uma abstenção no sentido de garantir a voz para a pessoa que distribui um panfleto ou que possa montar em um caixote na esquina e falar o que bem entender, inclusive contra o próprio Estado, pois deve existir a garantia de que a população não veja, escute ou leia apenas os grandes meios de comunicação de TV, rádio, jornais, revistas e portais de internet, devendo o Estado garantir a distribuição de megafones para a população que pretender se expressar, para assegurar o direito positivo da comunicação e da liberdade de expressão substancial. Isso é democratização dos meios de comunicação, sem grupos privados que detêm o controle dos meios de comunicação podendo restringir a liberdade de expressão ainda mais do que o próprio Estado, com a seletividade na informação, não existindo liberdade de expressão com a falta de pluralidade de ideais nos meios de comunicação.

5. A liberdade de expressão passou de um direito de defesa que determina a abstenção do Estado para um direito prestacional, que também obriga que o próprio Estado fomente e regule as atividades comunicacionais, de forma democrática e participativa. A liberdade de expressão não é apenas a de um cidadão se expressar individualmente ou das grandes corporações de meios de comunicação se manifestarem, mas também o direito à informação do público receptor, e para isso necessita de uma atuação positiva do Estado. É necessária uma discussão pública, dialógica, e não apenas que a expressão de grandes corporações privadas seja garantida de forma unilateral, monopolística/oligopolística e pouco plural.

6. Note-se que um monopólio não obrigatoriamente é de pensamento único, assim como a existência de uma quantidade grande de meios de comunicação não garante a pluralidade de ideias. Ainda mais importante do que uma quantidade de falas, é a quantidade de ideias que farão com que a decisão política seja ainda mais democrática. Não há notícia imparcial e muito menos neutra. Toda notícia expõe uma ideia, uma opinião, um juízo de valor.

7. Mesmo para os defensores do neoliberalismo o Estado realiza políticas públicas para pelo menos regular as atividades que estejam nas mãos da iniciativa

privada. Se qualquer área da economia pode ser regulada pelo Estado, não há razão para que os meios de comunicação não sofram algum tipo de regulação. E se todos os Poderes do Estado se controlam e são controlados pelo povo, também não há justificativa para que os meios de comunicação também não o sejam.

8. As políticas públicas (*policies*) são decisões públicas advindas de processos democráticos destinadas a realizar melhorias na sociedade, para atendimento do interesse público e dos direitos fundamentais, nos termos constitucionais, atreladas à política (*politic*) exercida nessa sociedade, e podem ser externalizadas por meio de atos legislativos ou administrativos. O ciclo das *policies* podem ocorrer com a identificação do problema (no caso da democratização já bem identificado), a formação da agenda (nem sempre a fixação de uma agenda do Poder Executivo tem desdobramentos no Parlamento), a formulação de alternativas (aqui papel importante da sociedade civil), a tomada de decisão (pelo Poder Público), a implementação (pelo Poder Público ou particulares), a avaliação e a extinção. As políticas públicas pela democratização dos meios de comunicação podem ser regulatórias, que fixam regras para agentes e entidades públicas ou privadas, como a regulação econômica da comunicação; distributivas, que ocorrem às custas de uma coletividade mais ampla para determinados grupos sociais, como as políticas de fomento econômico às rádios comunitárias e blogs; e redistributivas, benefícios concentrados a determinado estrato social com custos concentrados para outra determinada categoria, como subsídios às TVs comunitárias arcados pelas grandes redes de televisão.

9. Em uma nação ainda em desenvolvimento como a brasileira é essencial que sejam aprimoradas as instituições da chamada “grande política”. Entretanto, em paralelo com a política tradicional, serão as políticas públicas que poderão garantir que o Estado, por meio da Administração Pública e com a colaboração da sociedade, construa de forma democrática e eficaz ações concretas para a população, utilizando-se, inclusive, de mecanismos da democracia participativa e deliberativa. O controle, a análise dessas políticas públicas verificará não apenas as questões jurídicas, mas também sociais, econômicas, ambientais e éticas, garantindo o atendimento da legalidade, mas também da legitimidade. Para isso é essencial a existência de agentes públicos e privados das mais variadas áreas do conhecimento, como economistas, administradores, cientistas políticos, servidores

públicos e juristas, compromissados com o interesse público e os direitos fundamentais, de toda a coletividade, e não apenas de determinadas elites econômicas ou políticas. A democratização dos meios de comunicação, com a redução dos monopólios e oligopólios existentes no Brasil com relação às grandes corporações de televisão, rádio, jornais, revistas e portais de internet; e a implementação de uma pluralidade de vozes, com uma maior participação da sociedade e de pequenas e médias empresas, não apenas como receptores de informações formatadas por poucas e grandes empresas, demandará um ajuste de várias forças existentes no Estado, no mercado e na própria sociedade brasileira.

10. Mesmo sem regulamentação por meio de lei exarada pelo Parlamento, no Brasil é possível a efetivação de políticas públicas para fins da democratização dos meios de comunicação por meio de atos administrativos infraconstitucionais expedidos pelo Poder Executivo, no exercício da função administrativa, para fins de limitação dos monopólios e oligopólios e pluralidade da mídia no país, nos termos do princípio da juridicidade ou constitucionalidade, atos esses que não seriam atos ou decretos autônomos, pois não estariam inovando na ordem jurídica.

11. A não ser normas constitucionais dependentes expressamente de regulamentação, as normas de eficácia plena com proibições e que confirmam prerrogativas são auto-aplicáveis, mesmo com atos administrativos do Poder Executivo, assim como as chamadas “normas programáticas” na parte da Ordem Social, da qual a radiodifusão faz parte, com o intuito da instauração da democracia substancial.

12. Assim, pode, ou melhor, deve o Poder Executivo Federal, seja por meio da Presidência da República ou o Ministério das Comunicação,⁴²⁶ por meio de atos administrativos, proibir a existência de monopólios e oligopólios incontroversos de TVs, rádios, jornais, revistas e sites de notícias; proibir que parlamentares sejam “donos” de concessões de rádio e televisão; outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens (com apreciação do Congresso Nacional e o cancelamento antes de vencido o prazo depende de decisão judicial), observado o princípio da complementaridade dos

⁴²⁶ Note-se que o governo federal liderado pelo presidente Michel Temer (PMDB) extinguiu o Ministério das Comunicações e transformou o Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação em Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (Lei 13.341/2016).

sistemas privado, público e estatal.

13. Mesmo existindo autorização constitucional para a atuação via atos administrativos do Poder Executivo para a democratização da mídia, seria ainda mais legítimo que o governo implementasse as políticas públicas por meio de amplo debate com o povo, com a sociedade civil organizada, movimentos sociais e demais interessados diretos e indiretos no tema da comunicação, adotando instrumentos de Democracia direta, participativa e deliberativa, para o melhor atendimento da Constituição Social, Republicana, Desenvolvimentista e Democrática de Direito de 1988.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, Theodor W. A indústria cultural, p. 287-295. In: COHN, Gabriel (Org.). Comunicação e industrial cultural: leitura de análise dos meios de comunicação na sociedade contemporânea e das manifestações de opinião pública, propaganda e cultura de massa na sociedade, 4ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1978.
- ALBARRAN, Alan B.; MIERZEJEWSKA, Bozena I. Media Concentration in U.S. and European Union: a comparative analysis. Centre d'études sur les médias and Journal of Media Economics. 6th World Media Economics Conference. 12 a 15.05.2004. Disponível em: <http://cem.ulaval.ca/pdf/albarran_mierzejewska.pdf>. Acesso em 17.02.2016.
- ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Beto. O papel do Estado e o jornalismo de integração, p. 21-31. In: MIELLI, Renata (Org.). Comunicação pública no Brasil: uma exigência democrática. São Paulo: Coleção Vermelho / Anita Garibaldi, 2009.
- ALVES, Júlia Falivene. A invasão cultural norte-americana, 20ª ed. São Paulo: Moderna, 1988.
- AMORIM, Paulo Henrique. O quarto poder: uma outra história. São Paulo: Hedra, 2015.
- ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir (Org.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. São Paulo: Paz e Terra, 1998.
- ARBEZ JR., José. O jornalismo canalha. São Paulo: Casa Amarela, 2003.
- ARISTÓTELES. Política. Livro III. In: Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999, pp. 211-251.
- ASSANGE, Julian. Quando o Google encontrou o WikiLeaks. São Paulo: Boitempo, 2015.
- ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- ATALIBA, Geraldo. Roda Viva de 31.08.1992, sobre o Impeachment de Collor, na TV Cultura. Acesso em 08.04.2016. <https://youtu.be/eG774DYiIPE>.
- AVELÃS NUNES, António José. Neoliberalismo e direitos humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BADENI, Gregorio. Manual de Derecho constitucional. Buenos Aires: La Ley, 2011.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Direito Administrativo, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BAGDIKAN, Ben H. The media monopoly, third edition. Boston: Beacon Press, 1990.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. In: Revista de Direito Administrativo nº 212, abr./jun./98, p. 57-70.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. Revista de Direito Social nº 7, p. 137. In: <https://isisbollbastos.wordpress.com/2013/05/05/eficacia-das-normas-constitucionais-sobre-justica-social-celso-antonio-bandeira-de-mello-2/>. Acesso em 10.11.2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Entrevista para Luis Nassif no Programa Brasilianas na TV Brasil em 12.01.2015, <<https://youtu.be/eHa6Bpt-7XQ>>, acessado em 18 de janeiro de 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Entrevista para o Portal Vermelho publicada em 21 de outubro de 2015 no site <http://www.vermelho.org.br/noticia/271729-146>. Acessado em 18 de janeiro de 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O poder público é o grande atravancador do poder Judiciário. Entrevista em 24.06.2011 para o Correio da Cidadania (Gabriel Brito e Valéria Nader). <http://www.correiocidadania.com.br>. Acesso em 22.05.2017.

BARÃO de Itararé. < <http://www.baraodeitarare.org.br>>, acessado em 02.02.2015.

BARBOSA, Bia. Novo alvo do MPF: os políticos donos da mídia. In < <https://www.cartacapital.com.br/blogs/intervozes/novo-alvo-do-mpf-os-politicos-donos-da-midia-3650.html>>. Acesso em 17.11.2017.

BARBOSA, Marialva. História da comunicação no Brasil. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

BAUDOUIN, Jean. Rumo à sociedade aberta (Posfácio). In: POPPER, Karl; CONDRY, John. Televisão: um perigo para a democracia. Lisboa: Gradiva, 2007, p. 69-80.

BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. Tradução: Aline Mesquita (UFABC).

BEYOND Citizen Kane. Direção: Simon Hartog. Londres: BBC, 1992. Disponível no Youtube <<https://youtu.be/ZEP4bNYxKZk>> acessado em 18.02.2016.

BIANCHI, Felipe (Org.). Mídia e democracia nas Américas. São Paulo: Centro de Estudos da Mídia Alternativa Barão de Itararé, 2016.

BIANCHI, Felipe; BORGES, Altamiro. Blogueir@s, uni-vos!: (mas nem tanto...). São Paulo: Centro de Estudos da Mídia Alternativa Barão de Itararé, 2014.

BINENBOJM, Gustavo; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. Prefácio. In: FISS, Owen M. A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, 148 p. 01-24.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política, 12ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.

BOBBIO, Norberto. A teoria das formas de governo, 10ª ed. Brasília: UNB, 2001.

BOBBIO, Norberto. Estado, Governo e Sociedade, 10ª ed. São Paulo: Paz e Terra.

BONAVIDES, Paulo. Teoria constitucional da democracia participativa, São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BORELLI, Sílvia; PEREIRA, Simone Luci. Cultura de massa, p. 101-110. In: CITELLI, Adilson [et al.]. Dicionário de comunicação: escolas, teorias e autores. São Paulo: Contexto, 2014.

BORGES, Altamiro. A ditadura da mídia. São Paulo: Barão de Itararé, 2009.

BORGES, Altamiro. Democratização da mídia. Palestra organizada pelo Centro Acadêmico XI de Agosto em 21.03.2014, <https://youtu.be/H7Yk5e0Rf5o>, acesso em 28.11.2017.

BOSETTI, Giancarlo. Introdução. In: POPPER, Karl; CONDRY, John. Televisão: um perigo para a democracia. Lisboa: Gradiva, 2007, p. 7-14.

BOURDIEU, Pierre. Sobre a televisão. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

BRANCO, Elcir Castello. Teoria geral do estado. São Paulo: Saraiva, 1988.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Comunicação Social. Pesquisa Brasileira de Mídia 2016. Brasília: Secom (Ibope Inteligência), 2016.

BREUS, Thiago Lima. Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BRITTO, Carlos Ayres. Democracia. In: IV Congresso Brasileiro de Direito Eleitoral, em 29.05.2014, Universidade Positivo, Curitiba, Paraná.

BROTMAN, Stuart. N. Communications Law and Practice. New York: Law Journal Press, 2006, 2-34, § 2.03[1].

BUCCI, Maria Paula Dallari. Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). São Paulo: Saraiva, 2009.

CAMARGO, Cláudio. O meio é a mensagem: a globalização da mídia, p. 269-284. In: MARTINS, Ana Luiza; LUCA, Tania Regina de (Org.). História da Imprensa no Brasil. São Paulo: Contexto, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Direito de informação e liberdade de expressão. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CASAGRANDE, Renato; FREITAS FILHO, Roberto. O problema do tempo decisório nas políticas públicas. Revista de Informação legislativa nº 187 jul./set. 2010, p. 33. Sobre as variadas espécies de atos administrativos ver MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CASTELLS, Manuel. O poder da comunicação. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

CASTRO, Cláudio de Moura. A Prática da Sala de Aula. Curso ministrado na Universidade Positivo entre 07 e 11.02.2011.

CHARAUDEAU, Patrick. Discurso das mídias, 2ª ed. São Paulo: Contexto, 2015.

CHAUÍ, Marilena. Simulacro de poder: uma análise da mídia. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006.

CÍCERO, Marco Túlio. Da República. Livro Primeiro, capítulo I, Site Livros Grátis: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000017.pdf>.

CIVITA, Roberto. Ata da 6ª Reunião Ordinária da Subcomissão da Ciência e Tecnologia e da Comunicação, em 28.04.1987. www.senado.gov.br, em publicações, anais do senado, anais da República, anais da Assembleia Constituinte, audiências públicas, acesso em 28.02.2016.

COBOS, Emilio Pradilla. Los territorios del neoliberalismo en América Latina: compilación de ensayos. México: Universidad Autónoma Metropolitana, 2009.

COHN, Gabriel (Org.). Comunicação e industrial cultural: leitura de análise dos meios de comunicação na sociedade contemporânea e das manifestações de opinião pública, propaganda e cultura de massa na sociedade. 4ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1978.

COHN, Gabriel. Escola de Frankfurt, p. 147-158. In: CITELLI, Adilson [et al.]. Dicionário de comunicação: escolas, teorias e autores. São Paulo: Contexto, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. Revista de Informação Legislativa n. 138 abr./jun., 1998.

CONDY, John. Ladra do tempo, criada infiel. In: POPPER, Karl; CONDRY, John. Televisão: um perigo para a democracia. Lisboa: Gradiva, 2007, p. 33-67.

CONSELHO DE COMUNICAÇÃO SOCIAL. Os desafios da comunicação social no Brasil. Brasília: Congresso Nacional, 2006

CONVERGÊNCIA de mídias. <<http://www.convergenciademidias.gov.br>>, acessado em 02.02.2015.

CORTELLA, Mario Sergio; JANINE RIBEIRO, Renato. Política para não ser idiota, 9ª ed. Campinas: Papirus 7 Mares, 2012.

COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica, in COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). O Estado de Direito: história, teoria e crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 95-198.

DAHL, Robert. La democracia. PostData 10, Diciembre-2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado, 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DANTAS, Marcos. Da Confecom ao PNBL: balance e perspectivas do debate sobre comunicações no Brasil, p. 35-54. In: DANTAS, Marcos; KISCHINHEVSKY, Marcelo (Org.). Políticas públicas e pluralidade na comunicação e na cultura. Rio de Janeiro: E-papers, 2014.

DEMOCRACIA em preto e branco. Direção: Pedro Asbeq. Brasil: TV Zero e ESPN Brasil, 2014, 1h14, color.

DIAS, Eduardo Covalesky. Lei dos meios audiovisuais: o contexto de disputa de poder entre os campos político e midiático na Argentina, p. 211-238. In: SOMMA NETO, João; ANDRÉ, Hendryo (Org.). Mídia e política: observações e críticas. Curitiba: UFPR, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública, 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DINIZ, Cláudio Smirne. Estado e desenvolvimento econômico. In: MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Direito Concorrencial e Regulação Econômica. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

DIZARD, Wilson. A nova mídia: a comunicação de massa na era da informação, 2ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

DONOS da mídia. <<http://donosdamidia.com.br>>, acessado em 26.02.2016.

DUMÉNIL, Gérard, LÉVY, Dominique. A crise do neoliberalismo. São Paulo: Boitempo, 2014.

DWORKIN, Ronald. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DYE, Thomas R. Mapeamento dos modelos de análise de políticas públicas, Capítulo 3, p. 99-129. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco (Org.). Políticas Públicas e Desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009.

ECO, Umberto. Número Zero. Rio de Janeiro: Record, 2015.

ELEUTÉRIO, Maria de Lourdes. Imprensa a serviço do progresso, p. 83-102. In: MARTINS, Ana Luiza; LUCA, Tania Regina de (Org.). História da Imprensa no Brasil. São Paulo: Contexto, 2015.

FARACO, Alexandre Ditzel. Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação: rádio, televisão e internet. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FARACO, Alexandre Ditzel. Regulação e direito concorrencial (as telecomunicações). São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION. Editorializing by broadcast licensees. Whashington, 1949. Disponível em https://transition.fcc.gov/Bureaus/Mass_Media/Databases/documents_collection/490608.pdf. Acesso em 25.01.2016.

FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION. Sixth Annual Report. United States Government Printing Office: Washington, 1940, p. 68 e FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION. Seventh Annual Report. United States Government Printing Office: Washington, 1941, p. 34.

FISS, Owen M. A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, 148 p.

FISS, Owen. Democracia y disenso. Una teoría de la libertad de expresión. Ad-hoc, 2010.

FISS, Owen. Libertad de expresión y estrutura social. México, D.F.: Distribuciones Fontamara, 1997, 204 p.

FNDC, <<http://www.fndc.org.br>>, acessado em 02.02.2015.

FOUCAULT, Michel. Nascimento da biopolítica. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais, 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

FREITAS, Rafael Vêras de. A subconcessão de serviço público. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 5, n. 10, p. 75-101, jul./dez. 2016.

FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e Liberdade*, 2ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

FRIEDMAN, Milton. *Liberdade de escolher*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Record, 1980.

FROMM, Erich. *O medo à Liberdade*, 14ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1983.

FURTADO, Celso. O subdesenvolvimento revisitado. In: *Revista Economia e Sociedade (Unicamp)*, v. 1, ago. 1992. pp. 05-19.

GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. Administração Pública e seus fundamentos de gestão: eficiência, interesse público, direitos fundamentais e desenvolvimento. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. *Direito Público do Mercosul*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 241-251.

GABARDO, Emerson; VALIATI, Thiago Priess. A prática de subconcessão promovida por concessionárias de serviços públicos de radiodifusão sonora e de sons e imagem – “Aluguel” de horários para televidas e programas religiosos. *A & C - Revista de Direito administrativo e Constitucional*, ano 14, nº 57, p. 85-103, jul/set. 2014.

GIL, Gilberto; BUARQUE, Chico. *Cálice*. 1973.

GOMES, Marcos Emílio (Coord). *A Constituição de 1988, 25 anos: a Construção da Democracia & liberdade de expressão: o Brasil antes, durante e depois da Constituinte*. São Paulo: Instituto Vladimir Herzog, 2013.

GONTIJO, Silvana. *O livro de outro da comunicação*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.

GONZÁLEZ, María Olgado. O papel dos meios de comunicação na campanha eleitoral. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2015, vol. 7, n. 12, Jan.-Jun. p. 11-32.

GÖRGEN, James. Apontamentos sobre a regulação dos sistemas e mercados de comunicação no Brasil. In: SARAVIA, Enrique; MARTINS, Paulo Emílio Matos; PIERANTI, Octavio Penna. *Democracia e regulação dos meios de comunicação de massa*. Rio de Janeiro: FGV, 2008, pp. 197-221.

GOULART, Jefferson O. (Org.). *Mídia e democracia*. São Paulo: Annablume, 2006.

GREENWALD, Glenn. *Sem lugar para se esconder*. Rio de Janeiro: Sextante, 2014.

GUARESCHI, Pedrinho A. *O direito humano à comunicação*. Petrópolis, Vozes, 2013.

GUARESCHI, Pedrinho A.; BIZ, Osvaldo. *Mídia & democracia*. Porto Alegre: P.G/O.B, 2005.

GUIMARÃES, Juarez; AMORIM, Ana Paola. A corrupção da opinião pública: uma defesa republicana da liberdade de expressão. São Paulo: Boitempo, 2013.

HABERMAS, Jürgen. Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003.

HACHEM, Daniel Wunder. Princípio constitucional da supremacia do interesse público. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HARVEY, David. O enigma do capital: e as crises do capitalismo. São Paulo: Boitempo, 2011.

HOBBS, Thomas. Leviatã. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

HOOVER, Calvin B. A economia, a liberdade e o estado. Rio de Janeiro: Agir, 1964.

HUGO, Victor. Os miseráveis. Livro 4, I.

INTERVOZES – COLETIVO BRASIL DE COMUNICAÇÃO SOCIAL. Vozes da democracia: histórias da comunicação na redemocratização do Brasil. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006.

JORNET, Carlos; DESSEIN, Daniel (Comps.). Tiempos turbulentos: médios y libertad de expresión en la Argentina de hoy. Buenos Aires: Ariel, 2014.

JUDT, Tony. O mal ronda a terra: um tratado sobre as insatisfações do presente. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo, 7ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002.

KANTAR Ibope Media. <<https://www.kantaribopemedia.com>>.

KELSEN, Hans. A Democracia, 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado, 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KUCINSKI, Bernardo. Cartas a Lula: o jornal particular do presidente e sua influência no governo do Brasil. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2014.

LA dictadura perfecta. Direção: Luis Estrada. México:, 2014, 2h23min, color.

LAURENZA, Ana Maria de Abreu. Batalhas em letra de forma: Chatô, Wainer e Lacerda, p. 179-187. In: MARTINS, Ana Luiza; LUCA, Tania Regina de (Org.). História da Imprensa no Brasil. São Paulo: Contexto, 2015.

LEAL FILHO, Laurindo Lalo. A melhor TV do mundo. São Paulo: Summus, 1997.

LEMKE, Thomas (2001). 'The birth of bio-politics': Michel Foucault's lecture at the Collège de France on neo-liberal governmentality'. *Economy and Society*. Volume 30. Number 2, p. 190-207.

LEYS, Colin. A política a serviço do mercado: democracia neoliberal e interesse público. Rio de Janeiro: Record, 2004.

LIMA, Venício A. de. Mídia: teoria e política, 2ª ed. São Paulo: Perseu Abramo, 2004.

LIMA, Venício A. de. Para garantir o direito à comunicação: a lei argentina, o relatório Leveson (Inglaterra) e o HLG da União Europeia. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2014.

LIMA, Venício A. Política de comunicações: um balanço dos governos Lula [2003-2010]. São Paulo: Publisher Brasil, 2012.

LIMA, Venício; LOPES, Cristiano Aguiar. Rádios comunitárias: coronelismo eletrônico de novo tipo (1999-2004). Disponível em: <http://observatoriodaimprensa.com.br/download/Coronelismo_eletronico_de_novo_tipo.pdf>. Acesso em: 08.03.2016, p. 16 e 40.

LOBATO, Elvira. FHC distribuiu rádios e TVs educativas para políticos. Folha de S. Paulo, 24.08.2002. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u36586.shtml>>. Acesso em 09.03.2016.

LOBATO, Elvira. Governo Lula distribuiu TVs e rádios educativas a políticos. Folha de S. Paulo, 18.06.2006. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u79613.shtml>>. Acesso em: 09.03.2016.

LOCKE, John. Segundo Tratado Sobre o governo Civil. Editora Vozes.

LOWI, T. J. Four systems of policy, politics, and choice. *Public administration review*, v. 32, n. 4, pp. 298-310, jul-ago, 1972.

LOWI, Theodore J. O Estado e a Ciência Política ou Como nos Convertemos Naquilo que Estudamos. *BIB – Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, n. 38, 2º sem. 1994.

LUCA, Tania Regina de. A grande imprensa na primeira metade do século XX, p. 149-17543. In: MARTINS, Ana Luiza; LUCA, Tania Regina de (Org.). *História da Imprensa no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2015.

LUHMANN, Niklas. A realidade dos meios de comunicação. São Paulo: Paulus, 2005.

MAIGRET, Éric. *Sociologia da comunicação e das mídias*. São Paulo: Senac, 2010.

MALCOM X. Pensador. <<https://www.pensador.com/frase/ODg2OTYx>>. Acesso em 27.11.2017.

- MALUF, Sahid. Teoria Geral do Estado, 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MANDELA, Nelson. Discurso, 1993. www.citador.pt. Acesso em 22.05.2017.
- MAQUIAVEL, Nicolau. O Príncipe. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- MARCONDES FILHO, Ciro. Prefácio à edição brasileira, p. 7-12. In: LUHMANN, Niklas. A realidade dos meios de comunicação. São Paulo: Paulus, 2005.
- MARTINS, Carlos Estevam. Vida e Obra, in MAQUIAVEL, Nicolau. Os Pensadores (O Príncipe e Os Escritos Políticos), São Paulo: Nova Cultural, p. 20.
- MARTINS, Franklin. Democratização da Mídia. Evento realizado pela TV Carta Maior em 2011 <<https://youtu.be/wlyC3vYLoEY>>. Acesso 28.11.2017.
- MARTINS, Franklin. Nada além da constituição. Carta Capital, edição 781, janeiro de 2014.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 63-66.
- MATOS, Heloiza (Org.). Mídia, eleições e democracia. São Paulo: Scritta, 1994.
- MATTELART, Armand. História da sociedade da informação, 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2006.
- MEDAUAR, Odete. Controle da Administração Pública, 3ª ed. São Paulo: RT, 2014.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MERCADO de notícias. Direção: Jorge Furtado. Brasil: Casa de Cultura de Porto Alegre, 2014, 94 min, color. Disponível no Youtube <<https://youtu.be/zq4CpvHdbAA>> acessado em 27.10.2017.
- MEYER, Thomas; HINCHMAN, Lew. Democracia Midiática: como a mídia coloniza a política. São Paulo: Edições Loyola, 2008.
- MILL, John Stuart. Governo representativo. São Paulo: Ibrasa, 1964.
- MONTEIRO, Hamilton M. Brasil República, 3ª ed. São Paulo: Ática, 1994.
- MONTESQUIEU, O Espírito das Leis, Livro II, cap. I.
- MORAIS, Fernando. Chatô: o rei do Brasil, a vida de Assis Chateaubriand. São Paulo: Companhia das Letras, 1994, 736 p.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A atuação do Estado no domínio econômico. Genesis – Revista de Direito Administrativo Aplicado, Curitiba, p. 681-701, dez. 1994.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOREIRA, Egon Bockmann. O direito administrativo da economia, a ponderação de interesses e o paradigma da intervenção sensata”. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. Estudos de direito econômico. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

MOREIRA, Vital. Auto-regulação profissional e Administração Pública. Coimbra: Coimbra editora, 1997.

MOREIRA, Vital. O direito de resposta na comunicação social. Coimbra: Coimbra Editora; 1994.

MOREL, Marco. Os primeiros passos da palavra impressa, p. 23-43. In: MARTINS, Ana Luiza; LUCA, Tania Regina de (Org.). História da Imprensa no Brasil. São Paulo: Contexto, 2015.

MORISON, Eliot Morison. A liberdade na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1959.

NABUCO, Wagner. Crise política em debate. Programa Ver TV de 03.04.2016 (45'). <http://tvbrasil.ebc.com.br/vertv/episodio/crise-politica-em-debate>. Acesso em 13.08.2017.

NESTER, Alexandre Wagner. Regulação e planejamento: a criação do Pro-Reg. In: MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Direito Concorrencial e Regulação Econômica. Belo Horizonte: Fórum, 2010, pp. 467-480.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. Mídia, democracia e hipermodernidade periférica, p. 11-22. In: GOULART, Jefferson O. (Org.). Mídia e democracia. São Paulo: Annablume, 2006.

NOHARA, Irene Patrícia. Direito Administrativo, 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NOZICK, Robert. Anarquia, Estado e Utopia. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991

O governo Michel Temer, por meio da Advocacia-Geral da União, pediu no STF que o Supremo considere legal esse tipo de concessão para deputados e senadores. In: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-11/temer-stf-favor-concessao-radio-tv-politicos>>. Acesso em 17.11.2017.

OFFE, Claus. A democracia contra o Estado do bem-estar? Fundamentos estruturais das oportunidades políticas neoconservadoras. In: Capitalismo desorganizado: transformações contemporâneas do trabalho e da política, capítulo 8, p. 269-317.

OFFE, Claus. Problemas estruturais do Estado capitalista, p. 140-177.

OLIVEIRA, Ricardo Costa de. Na teia do nepotismo: sociologia política das relações de parentesco e poder político no Paraná e no Brasil. Curitiba: Insight, 2012.

PARA expressar a liberdade. <<http://www.paraexpressaraliberdade.org.br>>, acessado em 02.02.1015.

PARADA, Eugenio Lahera. Política y Políticas Públicas. In: SARAIVA, Enrique. FERRAREZZI, Elisabete. (Orgs.) Políticas Públicas, coletânea. V. 1. Brasília: ENAP: 2006.

PARRY, Roger. A ascensão da mídia: a história dos meios de comunicação de Gilgamesh ao Google. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

PASKIN NETO, Max. O direito de ser rude: liberdade de expressão e imprensa. Curitiba: Bonijuris, 2015.

PELLEGRINI, Marcelo. Rádio e TV no Brasil, uma terra sem lei. In: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/radio-e-tv-no-brasil-uma-terra-sem-lei-8055.html>>. Acesso em 17.11.2017.

PENNA, Lincoln de Abreu. República Brasileira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

PEREIRA, Moacir. A democratização da comunicação e o direito à informação. São Paulo: Global, 1987.

PINTO, Joelma Sílvia Santos. A regulação do Estado no campo econômico: breve introdução ao Direito da Concorrência. In: MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Direito Concorrencial e Regulação Econômica. Belo Horizonte: Fórum, 2010, pp. 259-275.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. O Estado social e democrático e o serviço público: um breve ensaio sobre liberdade, igualdade e fraternidade. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PLEBE RUDE. Censura. 1987.

POPPER, Karl; CONDRY, John. Televisão: um perigo para a democracia. Lisboa: Gradiva, 2007.

POPPER, Karl. Uma lei para a televisão. In: POPPER, Karl; CONDRY, John. Televisão: um perigo para a democracia. Lisboa: Gradiva, 2007, p. 15-31.

PORTAL Brasil. Governo facilita acesso a outorgas de rádio e TV. <http://www.brasil.gov.br/governo/2016/01/governo-facilita-acesso-a-outorgas-de-radio-e-tv>>. Acesso em: 09.03.2016.

POTOTSKI, Dan. "Pai da televisão", cientista russo se arrependeu de invenção no fim da vida. Gazeta Russa. 03.08.2014. https://gazetarussa.com.br/ciencia/2014/08/03/pai_da_televisao_cientista_russo_se_arrependeu_de_invencao_no_fim_da_26713. Acesso em 03.06.2017.

PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; TENENBAUM, Marcio; RAMOS FILHO, Wilson (orgs.). A resistência ao golpe de 2016. Bauru: Canal 6, 2016.

PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; TENENBAUM, Marcio; RAMOS FILHO, Wilson (orgs.). A resistência ao golpe de 2016. Bauru: Canal 6, 2016.

- PROUDHON, Pierre-Joseph. A propriedade é um roubo. Porto Alegre: L&PM, 2011.
- RAMONET, Ignacio. A tirania da comunicação, 5ª ed. Petrópolis, Vozes, 2010.
- RAWLS, John. Uma teoria da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 1997, 2ª tiragem em 2000.
- READ, Jason. "A Genealogy of Homo-Economicus: Neoliberalism and the Production of Subjectivity". *Foucault Studies*, No 6, pp. 25-36.
- REZENDE, Renato Monteiro de. Direitos prestacionais da comunicação. São Paulo: Saraiva, 2014.
- RIBEIRO, Renato Janine. Democracia versus República: a questão do desejo nas lutas sociais. In: BIGNOTTO, Newton (Org.). *Pensar a República*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2000, p. 13-25.
- RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. Liberdades públicas. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 8.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais dos servidores públicos. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ROLLEMBERG, Armando. Ata da 6ª Reunião Ordinária da Subcomissão da Ciência e Tecnologia e da Comunicação, em 28.04.1987. www.senado.gov.br, em publicações, anais do senado, anais da República, anais da Assembleia Constituinte, audiências públicas, acesso em 28.02.2016.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. São Paulo: Nova Cultura, 1999.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social. Porto Alegre: L&PM, 2009.
- ROVAI, Renato. Golpe 16. São Paulo: Publisher Brasil, 2016.
- RÜDIGER, Francisco. Theodor Adorno, p. 158-163. In: CITELLI, Adilson [et al.]. Dicionário de comunicação: escolas, teorias e autores. São Paulo: Contexto, 2014.
- SADER, Emir, GENTILI, Pablo. Pós-neoliberalismo II: que Estado para que democracia?, 4ª ed. Petrópolis: Vozes, 2004.
- SALGADO, Eneida Desiree. Constituição e Democracia: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- SALGADO, Eneida Desiree. Lei de Acesso à Informação (LAI): comentários à lei nº 12.527/2011 e ao decreto nº 7.724/2012. São Paulo: Atlas, 2015.
- SALGADO, Eneida Desiree. Princípios Constitucionais Eleitorais. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SALGADO, Eneida Desiree. Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral. Tese de Doutorado em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito, na Universidade Federal do Paraná, 2010.

SALGADO, Eneida Desiree. Um diário do governo interino. Curitiba, Íthala, 2016.

SARAIVA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: SARAIVA, Enrique. FERRAREZZI, Elisabete. (Orgs.) Políticas Públicas, coletânea. V. 1. Brasília: ENAP: 2006.

SARTOR, Giovani. Videopolítica: médios, información y democracia de sondeo. Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, 2003.

SECCHI, Leonardo. Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos, 2ª ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

SERAFIM, Milena Pavan; DIAS, Rafael de Brito. Conceitos e Ferramentas para análise de política pública. In: BENINI, Édi *et all*. Gestão pública e sociedades: fundamentos e políticas de economia solidária. São Paulo: Outras expressões, 2011.

SERRANO, Pascoal. Democracia e liberdade de imprensa, p. 71-82. In: MORAES, Dênis de; RAMONET, Ignacio; SERRANO, Pascual. Mídia, poder e contrapoder: da concentração monopólica à democratização da informação. São Paulo: Boitempo, 2013.

SERRANO, Pedro. Por uma mídia mais democrática, p. 299-302. In: SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. A Justiça na sociedade do espetáculo: reflexões públicas sobre direito, política e cidadania. São Paulo: Alameda, 2015.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, José Afonso da. Poder Constituinte e Poder Popular. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul-dez 2006.

SOUZA, Claudia Beeck Moreira de; COSTA, Tailane. Libertarismo, Felicidade e Justiça. In: GABARDO, EMERSON; SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). Direito, Felicidade e Justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 133-154.

SOUZA, Jessé. A radiografia do golpe: entenda como e por que você foi enganado. Rio de Janeiro: Leya, 2016.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. A universalidade parcial dos direitos humanos. Trabalho apresentado originalmente para seminário em Quito, Equador, organizado pelo Instituto Latino-americano de Serviços Legais Alternativos, 1994. Publicado em espanhol na Série Documentos de ILSA, Bogotá. Corrigido para o Seminário Internacional “Ciência, cientistas e tolerância”.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O renascer dos povos indígenas para o direito. Curitiba: Juruá, 1998.

SPOTLIGHT - Segredos Revelados. EUA, 2015.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. Ciência Política e Teoria Geral do Estado, 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. Ciência Política e Teoria Geral do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços públicos e regulação estatal. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). Direito Administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2000.

SUNSTEIN, Cass R. A Constituição Parcial. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TODOROV, Tzvetan. Os inimigos íntimos da democracia. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

TCHAKHOTINE, Serge. Le Viol des foules par la propagande politique. Paris: Gallimard, 1952, capítulo IV (O simbolismo e a propaganda política).

TOP Thirty Global Media Owners da ZenithOptimedia, <<http://www.zenithoptimedia.com>>.

VIOLIN, Tarso Cabral. *As agências reguladoras no direito brasileiro: aspectos gerais, suas licitações e respectivas contratações, e o regime jurídico dos servidores*. Monografia (Especialização em Direito Administrativo) – IBEJ, 2001.

VIOLIN, Tarso Cabral. Aspectos Gerais das Agências Reguladoras no Direito Brasileiro. IDAF, Curitiba: Zênite, v. 32, p. 879, 2004.

VIOLIN, Tarso Cabral. Neoliberalismo e a Constituição Social. In: Daniel Wunder Hachem; Emerson Gabardo; Eneida Desiree Salgado. (Org.). Direito Administrativo e Suas Transformações Atuais. 1ed. Curitiba: Íthala, 2016, v. 1, p. 227-.

VIOLIN, Tarso Cabral. Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica, 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

WACHOWICZ, Marcos (Coord.). Direito autoral & marco civil da internet. Curitiba: Gedai, 2015.

WINKLER, Donald R. Modelos: da teoria à prática, p. 129-132. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco (Org.). Políticas Públicas e Desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009.

WU, Tim. Império da Comunicação: do telefone à internet, da AT&T ao Google. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

ZENITH optimedia. <<http://www.zenithoptimedia.com>>, acessado em 02.02.2015.

ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria Geral do Estado, 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.