

VITOR COSTA OLIVEIRA

**O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO DIREITO
FUNDAMENTAL À COMUNICAÇÃO: ANÁLISE DO REGIME
JURÍDICO DA RADIODIFUSÃO AUDIOVISUAL NO BRASIL.**

Universidade Federal de Sergipe

Programa de Pós-Graduação em Direito - PRODIR

Aracaju, Sergipe

2016

VITOR COSTA OLIVEIRA

**O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO DIREITO
FUNDAMENTAL À COMUNICAÇÃO: ANÁLISE DO REGIME
JURÍDICO DA RADIODIFUSÃO AUDIOVISUAL NO BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe, como parte dos requisitos para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dra. Jussara Maria Moreno Jacintho.

Universidade Federal de Sergipe

Aracaju, Sergipe

2016

VITOR COSTA OLIVEIRA

**ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO DIREITO
FUNDAMENTAL À COMUNICAÇÃO: ANÁLISE DO REGIME
JURÍDICO DA RADIODIFUSÃO AUDIOVISUAL NO BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe, como parte dos requisitos para obtenção do título de Mestre em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Aprovada em fevereiro de 2016

Presidente: Prof^a. Dra. Jussara Maria Moreno Jacintho.

Membro: Prof^a. Dra. Andrea Depieri de Albuquerque Reginato

Membro: Prof^a. Dra. Karyna Batista Sposato

RESUMO

O trabalho pretende apresentar dois conceitos pouco trabalhados na ciência jurídica e que, embora desenvolvidos com objetivos distintos e com históricos também distantes, ajudam a explicar um ao outro. O direito fundamental à comunicação é compreendido neste texto como um direito político, e consiste na possibilidade de experimentar um acesso equilibrado aos meios de comunicação. É político, dado que a formação de ideias, valores e símbolos sociais na sociedade contemporânea se desenvolve em grande parte através dos veículos de mídia que são comandados, por seu turno, por uma parcela ínfima da sociedade. A concentração da propriedade na comunicação de massa forma um controle de opinião com resultados semelhantes ao desequilíbrio da representação política a nível institucional. A possibilidade de existência de um oligopólio, por seu turno, se dá tanto pela fraca regulação quanto pelo desrespeito crônico em relação à existente, e é este o último fator que é aqui destacado. Esta anomia jurídica, em que todos os poderes desconsideram tanto o texto Magno quanto a legislação que o regula chama-se estado de coisas inconstitucional, bem representado na situação da radiodifusão audiovisual brasileira, que o trabalho procura desenvolver através da análise da legislação e dados sobre o setor.

Palavras-chave: Direito à comunicação; democracia; oligopólio; serviço público de radiodifusão.

ABSTRACT

The work intends to present two concepts undeveloped in legal science and that while developed with different objectives and also distant historical, help explain one another. The fundamental right to communication is understood in this text as a political right, and is the ability to experience a balanced access to the media. It is political, since formatting ideas, social values and symbols in contemporary society develops largely through the media outlets that are controlled, in turn, for a very small portion of society. The concentration of ownership in the mass media form an opinion control with results similar to the imbalance of political representation at the institutional level. The possibility of an oligopoly, in turn, is given by both the weak regulation as by chronic disrespect to the existing, and it is the latter factor that is highlighted here. This legal anomie, where all powers disregard both Constitution as to the law that regulates it called unconstitutional standing, well represented in the situation of brazilian audiovisual broadcasting, which this work seeks to develop by analyzing the legislation and data on the sector.

Key-words: Right to communication; democracy; oligopoly; public broadcast service

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
-----------------	---

PARTE 1 – DIREITO À COMUNICAÇÃO COMO DIREITO POLÍTICO

CAPÍTULO 1 - DIREITO À COMUNICAÇÃO: HISTÓRICO E DISPUTA PELO SIGNIFICADO.....	13
1.1 Lugar na categoria dos direitos fundamentais.....	19
CAPÍTULO 2 - DEMOCRACIA, MÍDIA E REPRESENTAÇÃO.....	20
2.1 O dissenso como natureza da democracia.....	21
2.2 Hegemonia e construção política de posições sociais: o uso do <i>mass media</i> como instrumento de poder.....	23
2.3 Mídia e representação política.....	25
2.4 Direito à comunicação como direito político.....	27

PARTE 2 - O SERVIÇO DE RADIODIFUSÃO TELEVISIVA NO BRASIL

CAPÍTULO 1 - HISTÓRICO DA RADIODIFUSÃO BRASILEIRA.....	31
CAPÍTULO 2 - CARACTERÍSTICAS E PANORAMA DA RADIODIFUSÃO TELEVISIVA BRASILEIRA: ANÁLISE E DADOS.....	44
2.1 Ainda dominante.....	44
2.2 Concentração.....	45
2.2.1 <i>Concentração vertical</i>	46
2.2.2 <i>Concentração horizontal</i>	47
2.2.3 <i>Propriedade Cruzada</i>	51
2.3 Clientelismo político.....	55
2.3.1 <i>Veículos de mídia sob propriedade de agentes políticos</i>	60
CAPÍTULO 3 REGULAÇÃO: ENTRE A AUSÊNCIA E A INDIFERENÇA.....	63
3.1 Regras sobre a limitação de propriedade.....	65
3.2 As “redes”	67

3.3 Concessionárias de Radiodifusão e Políticos.....	68
3.4 Aluguel de espaço na TV.....	72
3.5 Critérios de licitação, fiscalização e renovação.....	74

PARTE 3 - O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL (EIC)

CAPÍTULO 1 AS ORIGENS DO INSTITUTO.....	79
CAPÍTULO 2 A AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 347.....	86
CAPÍTULO 3 CRÍTICAS AO INSTITUTO.....	94
CAPÍTULO 4 CABERIA A DECLARAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL PARA O SISTEMA DE RADIODIFUSÃO TELEVISIVA NO BRASIL?.....	100
CONCLUSÃO.....	111
REFERÊNCIAS.....	114

INTRODUÇÃO

“Se quiser ter opinião, tenha um jornal”.

O autor desta frase é Assis Chateaubriand, o primeiro grande magnata das comunicações no Brasil, fundador de um vasto conglomerado jornalístico que ocupou todos os Estados da federação, da década de 30 a 60, através de jornais, revistas, rádio, e começo da televisão brasileira. Chatô, como era conhecido, inaugurou uma história marcada pelo poder irrefreável, concentrado e totalitário: a história da radiodifusão brasileira.

Esta dissertação trata do direito fundamental à comunicação. Objetiva compreender e explicar porque a frase dita por Chateaubriand não pode ter vez numa sociedade plural. Nela, a apropriação, o controle da opinião pública é letal para o sistema democrático, necessariamente alimentado pelo processamento justo e equilibrado da divergência, através de algo que chamamos de política. O direito à comunicação vai, portanto, exigir que os canais de debate público sejam acessíveis de forma equânime por todos os grupos de interesse pertencentes na sociedade. Em razão da sua função central na formação do poder dentro da sociedade, ele tido aqui como um direito político.

Quem deve garantir este direito é o Estado. Pelo menos, diante daquele que é objeto em face do qual o tema do direito fundamental à comunicação é aqui encarado. Explique-se: o espaço de opinião na imprensa, até meados da década de 20, era livremente ocupado pelos jornais, tipo de serviço tipicamente privado. O incremento tecnológico nos trouxe a aparição do rádio e, posteriormente, da televisão. Para o caso destes veículos, a comunicação é realizada através de ondas eletromagnéticas que são, desde sempre, tidas como bem público. Assim, a chamada radiodifusão é um serviço público, que pode ser prestado por particulares ou pelo Estado, o que varia de país para país.

O direito fundamental à comunicação que, repita-se, é tido aqui como o direito a uma expressão equilibrada de pontos de vista através dos meios de comunicação social, será abordado, portanto, em face do serviço de radiodifusão, e especificamente do serviço de radiodifusão de sons e imagens, a conhecida TV. Estuda-se, portanto (como

problema preliminar), a observância ou não do referido direito fundamental na televisão.

A primeira hipótese que foi levantada é que este direito não é garantido pelo Estado de forma satisfatória. Supõe-se que não haja um controle razoável da propriedade dos meios de comunicação, para que se promova um acesso equilibrado dos pontos de vista sociais através do serviço público de radiodifusão audiovisual. Isso seria responsável por uma formação parcial da agenda pública, o que acarretaria a marginalização dos setores da sociedade não atendidos nesse direito, e o empobrecimento da democracia material.

Diversos elementos apontam para a configuração desta hipótese. A quase-ausência regulatória do setor; a ineficácia das poucas normas que o regulam, em razão da leniência do poder público; a notável quantidade de privilégios legais dos concessionários do serviço de radiodifusão audiovisual em face do poder concedente, se comparados a qualquer outra empresa na mesma posição de executora de serviço público; a histórica, e ainda presente, ligação do setor com o meio político, o que sugeriria a manutenção da mesma estrutura de desregulação que vem desde a década de 60.

A tarefa de conceber uma categoria jurídica na qual se enquadrasse uma espécie de “deserto” jurídico não é exatamente simples. Sim, podemos nos valer da própria teoria das normas jurídicas, para explicar o lugar da eficácia das normas na construção do ato jurídico; pode-se lançar mão da sociologia jurídica, a compreender os fenômenos sociais, eventualmente as relações de poder, que se (o)põem entre a validade e a eficácia social da norma. Em todo o caso, no mínimo, analisar o direito através do “não-direito”, não soa tão reconfortante, ou pelo menos tão bem exequível.

O cenário em que se encontra o sistema de radiodifusão televisiva brasileiro nos trouxe à lembrança um instituto jurídico que recentemente foi trazido ao Brasil para apreciação e, até o momento, adoção, pelo Supremo Tribunal Federal: chama-se “estado de coisas inconstitucional”. É descrita como uma situação em que é observado “um quadro de insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia continuada dessas mesmas autoridades” (CAMPOS, 2015a). A gravidade e repetição da burla ao direito fundamental, somado à análise conjuntural de que os

poderes públicos perderam a capacidade de por si só, apresentarem uma solução para o problema, faria com que a corte constitucional, numa situação excepcional, mantivesse a sua jurisdição sobre o caso, para coordenar ações efetivas de correção nas políticas públicas existentes, interferisse na gestão orçamentária, abrisse canais de diálogo com a sociedade civil e fiscalizasse a execução das medidas por ela determinadas, até que a situação encontrasse a normalidade sob o ponto de vista dos direitos fundamentais. O STF foi chamado a se manifestar sobre este tema na ADPF 347, na qual se pedia que o tribunal declarasse o estado de coisas inconstitucional em relação ao sistema prisional brasileiro. A corte acatou parte do pedido cautelar, manifestando-se preliminarmente a favor da nova técnica.

Dito isto, é possível apresentar o problema central da pesquisa: seria possível aplicar a declaração de estado de coisas inconstitucional ao sistema de radiodifusão brasileiro, a fim de que se protegesse o direito fundamental à comunicação? A hipótese inicial da pesquisa foi que sim, em razão do cenário acima apresentado neste sistema, com destaque para a falta de perspectiva que a situação apresenta em função da apropriação dos interesses dos conglomerados de mídia sobre o poder executivo e legislativo.

A dissertação foi dividida em três partes. A primeira delas procura apresentar o direito à comunicação da forma que este trabalho o compreende. Para isto, inicialmente foi feita uma análise histórica deste direito, dando destaque para a disputa em torno do seu significado, um dos quais foi por nós apropriado. O segundo capítulo desta parte procura explicar, com incursões na ciência política e sociologia, o motivo pelo qual se compreende o direito à comunicação como direito político.

Já na segunda parte do trabalho, busca-se apresentar o que chamamos de panorama da radiodifusão televisiva brasileira. Consideramos imprescindível trazer uma abordagem inicial acompanhando a história do setor, mesmo para compreender a origem de diplomas normativos ainda em vigor, quanto para termos noção do *modus operandi* de há muito praticado na área. Posteriormente elencamos aquilo que consideramos serem as características mais relevantes da radiodifusão brasileira, e posteriormente apresentamos uma análise sobre a legislação pertinente ao assunto.

Na terceira parte é o momento de abordar o estado de coisas inconstitucional. A apresentação do instituto será realizada através da ainda pequena bibliografia sobre ao

assunto, e dando destaque para a decisão cautelar do STF na ADPF 347. Dos requisitos desenvolvidos para a possível declaração do estado de coisas inconstitucional, além da fundamentação da decisão pretoriana, é que se analisa a hipótese de enquadramento da situação do sistema de radiodifusão à declaração de estado de coisas inconstitucional e uso de suas técnicas.

PARTE 1 – DIREITO À COMUNICAÇÃO COMO DIREITO POLÍTICO

“A recuperação dos mecanismos representativos depende de uma compreensão ampliada do sentido da própria representação. Na medida que grupos subalternos obtêm êxito no que se refere à inclusão política ou, ao menos, demonstram uma consciência mais aguda do problema, as tensões presentes no campo político se ampliam. Um modelo representativo inclusivo precisa contemplar com mais cuidado as questões ligadas à formação de agenda, ao acesso dos meios de comunicação de massa e às esferas de produção de interesses coletivos”. (MIGUEL, 2014, 97-98)

O termo que dá nome à coisa, nesta dissertação, não é, nem suficientemente conhecido, nem suficientemente unânime, mesmo para quem já procura aplicar algum sentido válido. Daí merecer um prólogo, a aclarar os caminhos que seguirão. O “direito à comunicação” ladeia com institutos mais conhecidos, como a liberdade de expressão, liberdade de imprensa e o direito à informação, estes três compondo um leque de direitos em face do Estado, e que têm como objeto produção de símbolos, signos, sinais, e que são regulados – nos regimes democráticos – de forma a garantir o seu exercício da forma mais plena possível, desde que não colidam com outros direitos igualmente reconhecidos. O direito ora analisado, entretanto, revela-se através de uma realidade temporal e social diversa daquela na qual foram forjados os demais acima citados. Como bem sabido, as liberdades contra o Estado, dentre as quais as liberdades de crença e ideológica, foram conquistas alcançadas no processo civilizatório pelas revoluções liberais a partir do século XVII. Sua reação e marca maior, contra o Estado absoluto, imediatamente revelou como direitos fundamentais mais buscados aqueles que mais tarde viriam chamar de direitos negativos, ou simplesmente aqueles que exultam a liberdade a partir da não intromissão do poder público no que se entende como de esfera privada, íntima. Assim, liberdades de expressão e de imprensa se destacam pela sua essencialidade na caracterização do Estado moderno de modelo constitucional.

O direito à comunicação, por sua vez, decorre de outros fundamentos. E estes demandam uma compreensão social e também técnica. A imprensa, desde a sua criação, até há pouco tempo, era apenas escrita. Em tese – e muito em tese – todos poderiam circular notícias através do seu noticiário, o que era feito através de jornais e revistas. As eras do rádio e, posteriormente, da TV, modificaram essa premissa de liberdade de

iniciativa e execução: a transmissão através de rádio e TV dependem da utilização do espectro eletromagnético e, tecnicamente, não há espaço para que todos possam fazer uso das frequências existentes; ou pelo menos, para que se viabilize uma utilização razoável, deve haver sua organização e planejamento – o que, em regra, é feito pelo Estado, que lista o serviço de radiodifusão como daqueles de sua titularidade. Disso resulta que, se o **espectro** é limitado, há necessariamente uma disputa pela posse e exercício desses meios de comunicação, que deve ser regulada e mediada pelo Estado. Ou seja: quando falamos de radiodifusão, o direito à comunicação exige não uma postura negativa do Estado, mas uma postura ativa, a garantir que todos os agrupamentos sociais tenham acesso ao serviço público de radiodifusão, e nele possam impingir sua parcela de valores e opiniões na sociedade. Caso o Estado descure desta atribuição regulatória, certamente a formação de monopólios ou oligopólios de mídia farão com que toda uma sociedade, por mais plural que seja, seja informada, representada e traduzida, por um ou apenas poucos pontos de vista, exatamente os daqueles titulares dos meios de comunicação de massa. E isso é um problema que atinge o âmago da proposta democrática.

1. DIREITO À COMUNICAÇÃO: HISTÓRICO E DISPUTA PELO SIGNIFICADO

Por esta breve introdução, depreende-se que um manuseio possível do termo “direito à comunicação” seria separá-lo semanticamente das liberdades de expressão, informação e imprensa, para buscar que, através dele, se assegure o direito de os indivíduos e grupos serem parte ativa do fenômeno comunicacional, e não apenas receptores, como hoje o é, em larga medida.

Se o surgimento de um direito à comunicação estaria ligado à evolução tecnológica dos *mass media*, sua análise retrospectiva deve alcançar um período no qual esta já se fizesse presente. Por isso mesmo, enquanto que os debates acerca da liberdade de expressão se confundem com a própria história das revoluções liberais, o texto inicial chave para abrir as discussões do direito à comunicação encontram-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

O Artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, assim dispõe:

Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Por seu turno, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, também no seu artigo 19, apresenta a liberdade de expressão da seguinte forma:

(1) Toda pessoa tem o direito de expressar as suas opiniões;

(2) Toda pessoa tem o direito à liberdade de expressão; este compreende a liberdade de procurar, receber e divulgar informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de fronteiras, seja oralmente, por escrito, de forma impressa ou artística ou por qualquer outro meio de sua escolha.

Deve-se dizer de já que, embora pelo menos desde a década de 80 exista um debate sobre o direito à comunicação como direito humano (cf. GOMES, 2007), a legislação internacional pouco avançou e as fontes positivadas da discussão geralmente giram em torno destes dois dispositivos acima.

De forma geral, leituras hermenêuticas mais conservadoras, e mais fortes ainda hoje, enxergam o processo comunicativo como uma mão de uma só via, ou defendem os artigos 19 dos documentos internacionais como uma decisão pelo livre fluxo de informações, ou seja, uma completa liberdade de mercado do setor, que em escala global faz com que a mídia mundial seja produzida basicamente nos grandes centros, sem um contraponto local considerável (*idem*). São visões que interessam grupos extremamente fortes mundialmente. Por um lado, os grandes conglomerados de comunicação não se veem coagidos, através de um documento internacional, a se pautarem por qualquer parâmetro de pluralidade discursiva na execução dos seus misteres; por outro lado, os Estados que lhes concedem o espectro radiodifusor podem regular o serviço público sem a preocupação com a multiplicidade da informação.

Entretanto, desde sempre e até hoje, há a luta pela pluralidade e democratização dos meios de comunicação, através do reconhecimento de um direito comunicação como direito humano autônomo. A primeira menção geralmente feita é ao francês Jean

D'Arcy, diretor de TV e mais tarde diretor de meios audiovisuais da ONU que, nos estertores da década de 60, passa a defender a insuficiência do artigo 19 da declaração universal dos direitos humanos. Segundo ele, chegaria o tempo em que a Declaração Universal dos Direitos Humanos teria de “abarcara um direito mais amplo que o direito humano à informação, estabelecido pela primeira vez vinte e um anos atrás no Artigo 19. Trata-se do direito do homem de se comunicar” (BRITOS; COLLAR, 2008)

Segundo os mesmos autores, na década de 70, no âmbito da UNESCO, floresceu o debate sobre comunicação e *mass media* a partir da problemática da posição unilateral do fluxo de informação ao redor do mundo: afirmava-se que a concentração na produção de informações criava um ambiente monopolista de ideias em escala global, com prejuízo para os países mais pobres, que não dispunham de agências internacionais de notícias, a exemplo da Reuters e da Associated Press, pra citar algumas. Na Conferência Geral da UNESCO (Paris, 1978) é promulgada a “Declaração sobre os princípios fundamentais relativos à contribuição dos meios de comunicação de massa para o fortalecimento da paz e da compreensão para a promoção e a luta contra o racismo, o apartheid e o incitamento à guerra”. A declaração é tida como início do movimento NOMIC – Nova Ordem Mundial da Informação e Comunicação. O seu artigo 6º afirma ser “necessário que sejam corrigidas as desigualdades no fluxo de informação com destino aos países procedentes deles e entre eles”, propondo o fortalecimento da cooperação e dos meios de comunicação locais.

O irlandês Sean MacBride presidiu, entre 1978-80, comissão nomeada pela UNESCO para redigir um relatório acerca da comunicação de massa no mundo. O “relatório MacBride”, como ficou conhecido, avançou de forma marcante a discussão sobre o tema, tocando em pontos bastante sensíveis, não apenas quanto à reformulação dos meios de comunicação em massa, mas a estrutura econômica e social envolvida¹. O direito à comunicação é citado em um documento oficial (embora sem caráter

¹ De fato, o relatório não se enquadrou apenas na discussão específica do direito à comunicação sob o ponto de vista técnico. Boa parte do destaque (brilho, para uns; rejeição para outros) se deu por conta da insistente correlação que o texto traz entre a disparidade da informação e a disparidade social como um todo, no que culmina na crítica ao próprio sistema capitalista e a política internacional levada a cabo pelas grandes potências. A questão do fluxo equilibrado de informações, em tese impedido pela produção unilateral de informações ao redor do globo seria, segundo o relatório, “um reflexo das estruturas políticas e econômicas dominantes do mundo, que fortalecem a situação da dependência dos Países pobres em relação aos ricos”. (UNESCO, 1983, p. 243). Esta relação de domínio, novamente é acentuada quando se propõe “colocar o progresso técnico a serviço de uma melhor compreensão entre os povos e da continuação da democratização em cada país, em vez de utilizá-lo para fortalecer os interesses criados pelo poder estabelecido”. (UNESCO, 1983 p.128)

normativo), de forma inédita como direito autônomo, separado do direito à informação ou liberdade de expressão, e nomeado pelo autor como “direito de comunicar”:

Hoje em dia se considera que a comunicação é um aspecto dos direitos humanos. Mas esse direito é cada vez mais concebido como o direito de comunicar, passando-se por cima do direito de receber comunicação ou de ser informado. Acredita-se que a comunicação seja um processo bidirecional, cujos participantes – indivíduos ou coletivos – mantêm um diálogo democrático e equilibrado. Esta ideia de diálogo, contraposta a de monólogo, é a própria base de muitas das ideias atuais que levam ao reconhecimento de novos direitos humanos. (UNESCO, 1983, p. 287).

As ideias defendidas no relatório destoam tanto do senso comum político, social e, claro, sobre mídia global, que ainda hoje pode produzir sensações de respiro contra um discurso único e naturalizado. Entretanto, as grandes potências mundiais não compartilharam deste sentimento de alvíssaras ao encararem o seu teor. Com efeito, a reação foi tão forte, por parte dos conglomerados econômicos de comunicação e dos governos interessados no discurso único, que os Estados Unidos e a Inglaterra simplesmente se desligaram da UNESCO em razão das discussões promovidas através do relatório. Venício LIMA (2008) rememora o contexto político do começo da década de 80, na re(criação) do neoliberalismo, em que a ideia do “livre fluxo de informação tinha um poder retórico tão grande quanto o símbolo da liberdade de imprensa”. A partir da saída dos dois países, o apoio da UNESCO ao tema foi minguando, e o debate acerca da informação global deslocada para o âmbito do GATT e OMC. Vale frisar, o tamanho da reação parece ser proporcional ao do poder que se tomaria e se daria aos indivíduos ao lhes conferir o direito à comunicação.

A década de 90 foi especialmente infrutífera para os debates acerca dos direitos de comunicação. O aprimoramento da agenda neoliberal e a pressão dos grandes blocos econômicos enterraram o tema, que só viria a ser proposto novamente através da sociedade civil organizada. (GOMES, 2007). Em 2001, várias redes sociais – Agência Latino Americana de Informação (Alai), a World Association for Christian Communication (Wacc), a Associação Mundial de Rádios Comunitárias (AMARC) e a rede ALER (Associação Latino-Americana de Educação Radiofônica) lançaram a Campanha CRIS - Direitos de comunicação na sociedade da informação, ator relevante para os debates atuais sobre a matéria. (*idem*). A ONG Article 19 também se notabilizou pela participação nos debates sobre o tema, partir da década de 90.

No Encontro Nacional de Direitos Humanos de 2005, o tema do direito à comunicação mostrou-se preocupação central, e a Carta de Brasília concebeu o direito à comunicação da seguinte maneira:

A comunicação é um direito humano que deve ser tratado no mesmo nível e grau de importância que os demais direitos humanos. O direito humano à comunicação incorpora a inalienável e fundamental liberdade de expressão e o direito à informação, ao acesso pleno e às condições de sua produção, e avança para compreender a garantia de diversidade e pluralidade de meios e conteúdos, a garantia de acesso equitativo às tecnologias da informação e da comunicação, a socialização do conhecimento a partir de um regime equilibrado que expresse a diversidade cultural, racial e sexual; além da participação efetiva da sociedade na construção de políticas públicas, tais como conselhos de comunicação, conferências nacionais e regionais locais. A importância do direito humano à comunicação está ligado ao papel da comunicação na construção de identidades e subjetividades e do imaginário da população, bem como na conformação das relações de poder (Encontro Nacional de Direitos Humanos, 2005)

Perceba-se que, sob o ponto de vista do conceitual, a Carta de Brasília faz o direito à comunicação ser um gênero do qual seriam espécies o direito à informação, a liberdade de expressão e ainda aquilo que foi chamado por MacBride de direito de comunicar, que é o direito de fazer parte de um sistema plural e democrático de comunicação social.

Sem prejuízo das visões já abordadas aqui, há três correntes mais citadas acerca da interpretação que se deva dar ao direito à comunicação. Segundo Brittos e Collar (2008, p.77-80), a teoria legalista pretenderia ver o direito de comunicar, cujas propostas foram iniciadas por Jean D'Arcy, de forma positivada. Desde sempre o autor francês e seus seguidores posteriores entenderam como insuficiente os textos legais internacionais. Seria necessário incluir o direito de comunicar expressamente na legislação internacional.

A teoria liberal, por sua vez, acredita que se trata apenas de um novo rótulo para os direitos de liberdade de expressão e informação. Esta corrente crê que o potencial interpretativo destes direitos ainda não foram totalmente explorados. A este último modo de pensar filiam-se a ONG Article 19 e os autores Mendel e Salomon (2011), que assinam um estudo chamado “Liberdade de expressão e regulação da radiodifusão”, editado pela UNESCO. Durante o seu trabalho, procuram alargar o conteúdo do direito

à liberdade de expressão para algo que nós poderíamos situar mais precisamente como possibilidade de expressão ou comunicação. Para eles “a liberdade de expressão tem uma natureza dual, tendo em vista que não protege apenas o direito de divulgar informações e ideias, mas também o direito de buscá-las e ter acesso a elas”. O Tribunal Interamericano, segundo os autores, declara que a liberdade de expressão exige que “os meios de comunicação sejam potencialmente abertos a todos, sem discriminação, ou, mais precisamente, que nenhum indivíduo ou grupo seja excluído do acesso a esses meios”. Sendo assim, o próprio instituto da liberdade de expressão poderia ser utilizado com um espectro conceitual mais alargado, numa perspectiva interpretativa que pouparia o desgaste político da (difícil) positivação do direito de comunicar.

Brittos e Collar (*op. cit.*) trazem a opinião da CRIS, com uma proposta de que variantes hermenêuticas seriam de fato interessante para se poder trabalhar estrategicamente com a formulação do direito. Entretanto, o direito à comunicação teria em si um conteúdo básico, centrado em quatro eixos: a liberdade de expressão na esfera pública; o uso do conhecimento e do domínio público, o pleno exercício das liberdades civis e o acesso equitativo às tecnologias de informação e comunicação (TICs).

Neste trabalho, considera-se que o termo direito à comunicação, igualmente ao termo direito de comunicar, não guarda identidade senão afluenta com outros direitos como as já citadas liberdades de expressão, informação, opinião e de imprensa. É um direito que traz como especificidade – repita-se – uma ação positiva do Estado, na busca por garantir um equilíbrio ideológico no discurso e agenda pública que são formados através dos meios de comunicação em massa. São contextos diferentes, com propósitos diferentes, então, cremos, sua disciplina, sistematização e estudo devem ter métodos próprios.

Por conta disso, adotamos um conceito trazido pelo coletivo Intervezes, que entende o direito à comunicação como “o direito à participação, em condições de igualdade, na esfera pública mediada pelas comunicações sociais e eletrônicas”. (INTERVOZES; SÃO PAULO, 2015). Conforme concluímos adiante, o direito à comunicação está inserido no âmbito dos direitos políticos, dada a função representativa que o funcionamento da mídia de massa carrega na sociedade atual.

1.1 Lugar nas categorias dos direitos fundamentais

Muito embora cumpra relevante papel didático, por apresentar ao mesmo tempo um viés analítico e histórico, cremos que a conhecida classificação dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões, não cumpre tão bem o papel de explicar a relação entre Estado e indivíduo com o faz a teoria dos quatro *status* de Jellinek. É nesta que nos apoiaremos para localizar o direito à comunicação dentro da teoria dos direitos fundamentais.

Conforme expõe Dirley da Cunha Jr. (2008), a doutrina de Jellinek posiciona o indivíduo em quatro situações distintas perante o Estado, que seriam: o *status subjectionis*; o *status negativus*; o *status positivus*; e o *status activus*. A. O primeiro, o estado de sujeição, aponta para situações nas quais o indivíduo tem deveres perante o Estado, como o pagamento de tributos, o dever de obediência às decisões judiciais e à lei. (O estado pode interferir no indivíduo); B. Ao *status negativus* corresponderiam os chamados direitos de liberdade ou direitos de defesa, consistentes numa esfera individual de liberdade imune ao *jus imperii* do Estado, que, na verdade, é poder juridicamente limitado. (SARLET, 2012) (O Estado não pode interferir no indivíduo); C. O *status positivus* do indivíduo o coloca na posição de exigir do Estado prestações, que poderiam ser, segundo alguns aurores, (MENDES, 2009; SARLET, *op. cit*), divididas em prestações legislativas, em sentido amplo, e prestações materiais, aquelas nas quais se pretende que o estado, através de políticas sociais, garanta o acesso equânime a bens sociais e intervenha para reduzir a desigualdade (O Estado tem o dever de interferir no indivíduo); D. Jellinek ainda destaca o *status activus*, aquele no qual o indivíduo é visto como cidadão, na concepção clássica da política, da participação nas tomadas de decisões públicas. Aqui a relação que se dá é de interferência do indivíduo nas decisões do Estado: é a esfera que mais une do que separa, ao contrário das demais, o indivíduo do Estado, visto que se acolhe uma simbiose entre ambos². Todas as demais relações legitimar-se-iam politicamente, no Estado Democrático de Direito, apenas a partir da garantia aos direitos de cidadania, direitos políticos ou *latu sensu*, o direito de influência no processo de tomada de decisões públicas, que configurariam, em conjunto,

² Autores há, aparentemente com razão, que propõem a releitura da classificação como “direito de participação” Sempre lembrado por esta posição, conferir FARIAS (1996).

o *status activus*. (O indivíduo tem o poder de interferir e entrar no Estado para formar e legitimar suas decisões políticas)³

Segundo pensamos, o direito à comunicação é direito de viés político, é pressuposto da cidadania e da possibilidade de participação do indivíduo no processo público de decisão. Na divisão de Jellinek, localiza-se portanto, como o *status activus*. Deve ser tratado, portanto, através da hermenêutica própria dos direitos políticos, com garantias de pluralidade, diversidade de opiniões, acesso por parte da sociedade e demais princípios que contornam os institutos da participação política. Cuidaremos nas linhas a seguir de elaborar teoricamente a compreensão aqui introduzida.

CAPÍTULO 2 DEMOCRACIA, MÍDIA E REPRESENTAÇÃO.

Tudo deve ser dito no plural: demandas, gostos, estilos, consumos, ideologias, ódios e amores. Numa sociedade democrática, as variadas estampas do ser humano se perdem numa plêiade de tentativas, incertezas e comportamentos variados. Dentro dessa Torre de Babel, a construção dos sentidos e valores mais legitimados depende de uma construção política. E ter a possibilidade de influenciar tais sentidos e valores ligados a todos os substantivos acima é ter em mãos aquela que parece ser a definição mais básica e essencial de poder, que é ser capaz de determinar – de algum modo – o comportamento de outros. A comunicação social, como forma de exposição do tecido social interpretado, confere sentido aos fatos. Não todos os sentidos, mas algum deles, o sentido que quem comunica quer dar – é, portanto, meio de poder em potencial. Como meio de poder, e inserido numa sociedade democrática, deve ser pensado dentro dos parâmetros deste regime político, como igualdade, fiscalização e participação. Mais ainda: como propulsora dos valores e olhares de uma sociedade que, repita-se, é plural, deve ser-lhe atribuída a noção de representação, com a necessidade de inclusão do mais variados pontos de vista no debate político público.

³ Não se olvida de posições como a defendida por SARLET, para quem o *status activus* representaria uma forma de expressão dos direitos de prestação. Entendemos, contudo, que se trata de universos completamente distintos, e por isso merecedores de categorias e processos hermenêuticos próprios. Enxergar os direitos de participação como direitos de prestação é colocar o indivíduo (ou sociedade) numa posição intrinsecamente passiva em relação à formação e processo decisório do Estado, mesmo esvaziando os processos de poder nele envolvidos. No limite, a própria configuração dos direitos à prestação é moldada de acordo com desenvolvimento dado aos processos decisórios, que são o objeto que se tenta transcrever com o *status activus*.

2.1 O dissenso como natureza da democracia

Émile Durkheim forneceu à análise social interessantes categorias para estudar a sociedade moderna. Segundo o autor francês, pode-se distinguir sociedade mecânica e orgânica considerando o grau de diferenciação social e consenso nela existente. Nas sociedades mecânicas, os lugares e papéis sociais são mais claros, e o pertencimento dos indivíduos às regras tradicionais é nítida. O modo de vida urbano, que ressurgiu no mundo com a revolução industrial é responsável por folgar os laços dos indivíduos entre si e destes com a noção de verdade comum o que caracterizaria as sociedades orgânicas (Durkheim, 2008).

Em verdade, a ausência daquele consenso característico das sociedades mecânicas seria da natureza do próprio regime democrático, de acordo com a evolução da teoria democrática. Num primeiro momento, como aponta Adam Przeworski (1994) a “democracia racional” do iluminismo não enxergava a possibilidade de conflitos na deliberação democrática. Assim o era porque se existia uma verdade geral, ontológica, e se os homens eram racionais a ponto de captar aquela vontade, não poderia se cogitar para outro caminho senão a convergência: “se os interesses societários fossem harmoniosos – a hipótese básica da teoria democrática do século XVIII – os conflitos não passariam de desacordo na identificação do bem comum” (1994:30), diz o autor, claramente fazendo alusão ao complexo pensamento de Rousseau.

Ao contrário, contudo, de abstrações apolíticas como vontade geral e uma sociedade civil monolítica, a democracia recebe e deve processar o inevitável dissenso que surge numa sociedade agora plural. Nesse sentido, a filósofa política belga Chantal Mouffe (1996), lembra que o regime da democracia inviabiliza a identidade de sociedades tipicamente centradas na figura do rei, desnorteando os sentidos da verdade e as diversas colunas de sustentação social. Na sociedade democrática, o poder, a lei, o conhecimento, são expostos a uma indeterminação radical, e é caracterizada pela dissolução dos sinalizadores de certeza. Norberto Bobbio (1986), por seu turno, alertou para que, diferentemente do que imaginado pelo iluminismo oitocentista, não floresceu na democracia nada similar a uma vontade geral, racionalmente absorvida pela razão dos homens. Ao contrário, a “revanche dos interesses”, como ele coloca, desanuviava a ideia de que o debate público é forjado por intenções de benevolência social ou

similares. A democracia é formada por grupos de interesses e as suas possibilidades, de acordo com a sua força (política, econômica, social) para garantir direitos e imposição. Arrebatando, deve se ressaltar, com Lefort e Gauchet (1971), que o gesto inaugural da democracia é o reconhecimento da legitimidade do conflito.

Para além disso, e sugerindo uma complexidade social ainda mais profunda, com maior diversidade de interesses e pautas específicas, argumenta-se que, enquanto nos estágios iniciais da democracia moderna a noção de identidade do sujeito sob o ponto de vista político era descrita através das relações binárias “Estado/povo” e “capital/trabalho”, o decorrer do século XX trouxe e avolumou aquilo que os autores tidos como pós-modernos denominam de descentramento do sujeito⁴. Aqui, segundo KUMAR (1997), “a identidade não é unitária nem é essencial, mais fluida e mutável, alimentada por fontes múltiplas e assumindo formas múltiplas”. O efeito quanto à ação política, ainda com o autor, é que “os partidos políticos cedem lugar a movimentos sociais baseados em sexo, raça, localização, sexualidade. As identidades coletivas de classe dissolvem-se em formas mais pluralizadas e específicas”. Ou ainda, segundo ROUANET (1992), numa imagem que se enquadra no texto, os binarismos tradicionais acima descritos são substituídos por “uma política que não é mais genérica, exercida pelo cidadão, mas a específica, de quem está escrito em campos setoriais de dominação – a dialética homem/mulher, antissemita/judeu, etnia dominante/etnias minoritárias.”

Assim, além de vivermos sob um regime político que tem como base aceitação e quiçá produção do dissenso, acompanhamos um processo social de maior pulverização das balizas coletivas, a gerar plúrimas demandas a serem processadas politicamente. Temos, portanto, uma gama bastante numerosa de grupos, interesses, pautas sociais, lutas políticas, e de valores variados que buscam sua aceitação, legitimidade e lugar na sociedade. Ressalta-se, neste trabalho, o papel dianteiro que os meios de comunicação de massa (especificamente a radiodifusão) têm no equilíbrio ou desequilíbrio dos atores sociais, a depender de que forma este serviço público seja tratado – com ou sem uma perspectiva plural e democrática.

⁴ Cf. HALL, Stuart. Identidades culturais na pós-modernidade. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva; Guacira Lopes Louro. 11 ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006

2.2 Hegemonia e construção política de posições sociais: o uso do *mass media* como instrumento de poder.

A disputa democrática é, portanto, intrínseca. E ela se dá em algumas arenas, alguns campos, e o campo dos meios de comunicação de massa, os quais tem a capacidade de operar em primeiro lugar a exposição dos fatos e a interpretação dos fatos e valores sociais, deve receber especial destaque. Caso o debate público e as representações sociais, majoritariamente apreendidas através destes meios, se deem de forma desequilibrada quanto à possibilidade de expressão, com uns grupos tendo o direito de se expressar e outros não, ou não o tendo simetricamente, certamente os valores sociais e interesses específicos defendidos por aqueles que detêm o palanque midiático vão sobressair sobre os demais.

A ausência de uma regulamentação dos meios de comunicação que garanta a pluralidade de ideias tem como consequência uma reduzida possibilidade/capacidade de participação dos grupos minoritários na esfera pública. Esse déficit no direito de expressão dos seus pontos de vista para o público redundará na marginalização do seu discurso, dos seus símbolos e na naturalização da sua posição subalterna, enquanto que o uso monopolista do direito de expressão pelos grupos que a detêm possibilitam-lhes ditar a agenda pública, atribuir verdades, defender e impor valores e naturalizar o seu domínio. Vale, nesse ponto, a citação a Venício LIMA (2011: 155)

Todavia, o papel mais importante que a grande mídia desempenha decorre do poder de longo prazo que ela tem na construção da realidade através da representação que faz dos diferentes aspectos da vida humana – das etnias (branco/negro), dos gêneros (masculino/feminino), das gerações (novo/velho), da estética (feio/bonito), etc. – e, em particular, da política e dos políticos. É sobretudo através da grande mídia que a política é construída, adquire um significado.

A propósito disto, categorias de análise do sociólogo francês Pierre Bourdieu podem ajudar a compreender a questão. Ora, dito que uma sociedade democrática é um campo no qual existem diversas opiniões, valores, sentimentos, ideologias, ou seja, um campo plural, aquele grupo que detiver maior capacidade/possibilidade de expressar os seus pontos de vista (e, ao mesmo tempo, reduzir a do outro) estabelece um *habitus* (uma cadeia de valores, grosso modo) que passa ser seguido por toda a sociedade, já que são os únicos canais de percepção que esta detém. Toda a sociedade, vale dizer: inclusive aqueles a quem os símbolos e valores defendidos militam contrariamente na

disputa social, já que, considerando que os produtos oferecidos pelo campo político são instrumentos de percepção e expressão, a distribuição das opiniões numa população determinada depende do estado dos instrumentos de percepção disponíveis e o acesso que os diferentes grupos têm a esses instrumentos (BOURDIEU, 2001).

Assim, para que se compreenda a relevância da pluralidade da informação é necessário ter em mente a natureza conflituosa da sociedade, e que esta se manifesta em grupos de interesse que disputam entre si os bens e discursos sociais. Retirar a política da sociedade, transformando-a em um todo coeso e neutro é papel do discurso dominante, que procura unificar os valores sociais sob a sua própria ótica, naturalizando (despolitizando, portanto) o seu domínio.

Nesse sentido, como adverte Vogel (2003) o debate sobre a maior pluralidade no acesso aos meios de comunicação é parte da luta pela hegemonia política dos grupos em conflito na sociedade, à medida que a maior amplitude do espectro de valores políticos e sociais em circulação na sociedade dificultaria as estratégias de dominação simbólica empregadas por aqueles setores com maiores recursos materiais e cognitivos. Dessa forma, fundamental é o papel que o acesso plural à mídia - ao maior número possível de grupos sociais existentes na sociedade - exerce sobre o processo político. Ao participarem da elaboração dos discursos sobre a realidade social, os grupos sub-representados passam a enriquecer a sua capacidade cognitiva tanto de desenvolver propostas quanto de entender as estratégias simbólicas utilizadas pelos grupos em conflito.

O estabelecimento de uma democracia material depende fundamentalmente da possibilidade da expressão de valores existentes na sociedade de forma equitativa, dado que, se no Estado moderno de modelo político liberal nenhuma visão de mundo pode reivindicar a verdade, então é fundamental que os grupos em conflito na sociedade possuam os instrumentos (materiais e cognitivos) semelhantes para expressar suas divergências, criar identidades comuns e influenciar a inclusão de certos temas na agenda pública (VOGEL, 2003).

2.3 Mídia e representação política

Até o momento, defendemos que a sociedade democrática é formada por uma variada segmentação de pontos de vista, e estes pontos de vista disputam entre si posições sociais. É que a *mass media* é o canal, por excelência, do desfile de diferentes concepções de mundo e interesses dos grupos da sociedade, e um desequilíbrio no acesso ao direito à comunicação resulta num desequilíbrio de forças na sociedade prejudicial à própria democracia. Neste tópico, sustentamos que os meios de comunicação em massa devem ser tratados de forma análoga à esfera pública institucionalizada (o melhor exemplo é o parlamento), e por conta disso a relação entre seu espaço e a sociedade deve ser o de representação política.

A democracia, no seu ideal, é direta. Cabe aos cidadãos, através da sua própria voz, adotar como correto aquilo que creem, diante daquilo que veem, e interferir pessoalmente nas escolhas de caráter público. Assim se deu nos seus primórdios atenienses, mesmo que sempre seja necessária a ressalva de que poucos eram de fato aqueles que gozavam de direitos de cidadania ativa. A representação, enquanto modo de se executar a democracia, nasce em razão de uma questão prática relevante, que é a dificuldade, senão impossibilidade, de se reunir um montante gigantesco de indivíduos politicamente capazes, simultaneamente ciosos de grande parte dos debates de interesse público, para que tomem partido acerca destes temas por meio do voto, quase que diariamente. A política, sendo ela desde sempre usualmente desenvolvida através de grupos, encontrou na representação a saída para retirar a vontade direta sem retirar a democracia formal. Desta forma, os grupos sociais elegem representantes, que servem como suas vozes nos fóruns de debates e decisões públicas, advogando, em tese, as posições defendidas pelos que lhe conferiram o mandato.

Nas arenas parlamentares, próprias do regime democrático, a representatividade atende também pelo nome de proporcionalidade, sistema eleitoral que procura conferir à casa legislativa o mais fiel retrato possível da diversidade presente na sociedade. O espaço público institucional, esta é a mensagem, deve ser tão plural quanto o meio em que se desenvolve.

E da mesma maneira como a impossibilidade de tomada direta de decisões pelo povo torna imprescindível a representação parlamentar, a impossibilidade de uma discussão pública envolvendo a todos gera a necessidade da representação de diferentes

vozes da sociedade no debate público. E o grande canal das discussões sociais são os meios de comunicação de massa.

Por isso, parece razoável propor, como o fazem alguns autores, que há uma evidente semelhança teleológica entre o espaço público institucional (fóruns, parlamentos, tribunais), e aquele desenvolvido através dos meios de comunicação de massa. (MIGUEL, 2014; VOGUEL, 2013). Esta percepção decorre uma forma ampliada de se enxergar o poder, que considera não apenas o processo de tomada decisão, mas também a formação da agenda pública e do debate público (MIGUEL, 2014). Não seria nada ousado afirmar que parte considerável da agenda pública é desenvolvida nos meios de comunicação, quando não exclusivamente pautada e orientada por ele, sendo as instâncias deliberativas, como os parlamentos, meros receptores das suas ações. Segundo o mesmo autor citado, a questão da formação da agenda pública se dá mais pelo que não é dito do que pelo que é mostrado de fato na mídia. Noutro dizer, na democracia representativa, a exclusão política toma a forma de silêncio.

Em síntese, a importância da compreensão dos meios de comunicação como esfera pública de representação política pode assim ser colocado:

Entender os meios de comunicação como uma esfera de representação política é entendê-los como espaço privilegiado de disseminação das diferentes perspectivas e dos projetos dos grupos em conflito na sociedade. Isso significa que o bom funcionamento das instituições representativas exige que sejam apresentadas as vozes dos vários agrupamentos políticos, permitindo que o cidadão, em sua condição de consumidor de informação, tenha acesso aos valores, argumentos e fatos que instruem as correntes políticas em competição, e possa formar, de modo abalizado, sua própria opinião política. É o que se pode chamar de “pluralismo político” da mídia. Mas significa também, sobretudo em sociedades estratificadas e multiculturais, permitir a disseminação de visões de mundo associadas às diferentes posições no espaço social, que são a matéria-prima na construção das identidades coletivas, por sua vez, fundadoras das opções políticas. É o que vou chamar de “pluralismo social” (...) Assim, é importante assinalar a necessidade de que os meios de comunicação representem de maneira adequada as diferentes posições presentes na sociedade, incorporando tanto o pluralismo político tanto quanto o social (MIGUEL, op. cit., p. 122-123).

2.4 Direito à comunicação como direito político.

“A condição básica para a realização dos direitos políticos da cidadania no mundo contemporâneo é a existência de um mercado de mídia policêntrico e democrático, vale dizer, garantia para que cada um possa exercer plenamente seu direito à comunicação”. (LIMA, 2011: 215).

A essa altura parece claro que a proposta conceitual aqui defendida liga diretamente direito à comunicação aos direitos políticos, como foi bem resumido na citação acima. Ser condição ou mesmo núcleo deste direito – ou seja, o direito à comunicação sendo entendido como direito político – requer, contudo, uma compreensão mais alargada dos conceitos de poder e política, que aparentemente a literatura jurídica ainda não conseguiu absorver. Se as relações de poder estavam basicamente centradas no Estado, elas hoje se diluíram para o seio da sociedade, e numa estrutura democrática a política aparece como participação e voz não apenas no processo eleitoral, mas na construção da agenda pública que precede os eventos decisórios e a própria promoção das normas e valores sociais que regem os mecanismos de funcionamento da sociedade.

A literatura constitucional mais conhecida, de fato, foca no plano institucional dos direitos políticos. José Afonso da Silva (2004: 344) os considera como sendo “as prerrogativas, os atributos, faculdades ou poder de intervenção dos cidadãos ativos no governo de seu país, intervenção direta ou só indireta, mais ou menos ampla, segundo a intensidade de gozo desses direitos”. Consoante ensina Pinto Ferreira (1989:288-289), direitos políticos “são aquelas prerrogativas que permitem ao cidadão participar na formação e comando do governo”.

Se o conceito de direitos políticos encontra uma construção, sob o prisma jurídico, pouco refletora da ampliação das próprias noções de poder e representação, o conceito de cidadania, por outro lado, parece ser mais bem trabalhado naqueles sentidos. Num primeiro momento, aparece ainda vinculado essencialmente à ideia de participação no processo formal de construção do governo. Nesse sentido a cidadania seria, como em Atenas, um *status* adquirido pelo indivíduo de participar da formação do governo. A “prerrogativa que se concede aos cidadãos, diante da verificação de certos requisitos legais, para enfim poderem exercer os seus direitos políticos e consequentemente virem cumprir os deveres cívicos” (TAVARES, 2007:719).

É possível, contudo, enxergá-lo de forma mais alargada. A noção de cidadania construída por Hannah Arendt, como “direito a ter direitos” (LAFER, 1997) é um ponto de partida substantivo para compreender um viés da cidadania como o acesso aos bens produzidos na sociedade. Segundo essa visão, a ela

implica na participação ou a qualidade de membro da comunidade, pelo que formas distintas da comunidade política acarretam diferentes formas de cidadania. Nesse sentido, tem-se que, por exemplo, no estado social de direito a cidadania abrange, além de direitos civis e políticos, o gozo de direitos econômicos, sociais e culturais (GONÇALVES, 2005:504).

Assim, fazer parte da “cidade” não significa apenas ser sujeito participante das suas decisões, mas usufruir dos bens que determinada comunidade tem a oferecer. Outro ponto vista, não tão distante, mas um novo olhar sobre participação, traz Venício Lima (2011: 219-220) , ao remeter a uma divisão histórica da cidadania apoiado na literatura de T.H. Marshall – que, inclusive, assemelha-se à conhecida divisão por gerações, dos direitos fundamentais. A cidadania civil teria como princípio básico a liberdade individual. A segunda é a cidadania política, que tem como princípio básico o direito à informação e que significa participar do exercício do poder público tanto diretamente, pelo governo, quanto indiretamente, pelo voto. A sua garantia é dada pela existência de partidos políticos consolidados, por um conjunto de novas institucionalidades, constituídas por diferentes movimentos sociais, mas sobretudo, por um sistema de mídia policêntrico. É esse sistema que, segundo a doutrina liberal, deve informar e formar uma opinião pública autônoma, periodicamente chamada a escolher os seus representantes em eleições livres para constituir o governo consentido. A terceira dimensão seria encampada pela justiça social e por políticas públicas de acesso ao direito à comunicação.

Em todos os casos, tomando por base a noção de direito políticos mais restrita ou acompanhada do desenvolvimento do conceito de cidadania, o fim básico dos direitos políticos é de interferir nos assuntos públicos, ou participar do público. Há uma intersecção visível entre o seu sentido e a teleologia do direito à comunicação à medida que ambos possibilitam o exercício da participação na vida pública. No limite, mesmo aquele que exerça direito político ativo, pode ter menos influência nas decisões públicas do que aquele que detém o direito ativo à comunicação. É um diagnóstico que poucos

desafiariam, daí que parece surgir como interessante uma maior aproximação entre os institutos. A noção de poder e política até aqui utilizada se vale dos conceitos de poder simbólico, representação e inclusão da formação da agenda enquanto ato estrutural de poder. Devemos deixar aclarada a simbiose entre estas perspectivas para a defesa da conexão entre os direitos subjetivos fundamentais em análise.

O campo político está ligado à aquisição e ao exercício do poder político através do uso, dentre outros, do poder simbólico. O exercício do poder político depende do uso do poder simbólico para cultivar e sustentar a crença na legitimidade. Como dito, o poder simbólico age na naturalização das relações de dominação, na construção de uma hegemonia pretendida como a-histórica. Para exercer esse poder, é necessária a utilização de vários tipos de recursos, mas, basicamente, usar a mídia, que produz e transmite capital simbólico. E este “se transformou no bem mais precioso que um político pode ter e a mídia passa a ser a arena privilegiada em que são criadas, sustentadas ou destruídas as relações do campo político” (LIMA, 2011:217-218).

A comparação que é feita entre o campo político institucional e a mídia (tida, também, como campo poder) não pode, por isso, deixar de considerar a relativa dependência que o primeiro criou da segunda. Como já foi dito, a formação da agenda, e a formação dos valores sociais, são momentos prévios e indissociáveis dos mecanismos de poder. No momento de votar, ou realizar demais escolhas da vida em sociedade, já há uma indicação para determinados valores, que filtram, ou editam diversas das opções existentes. E quem assume o papel de editor? Para Miguel (2014:119), embora diversos grupos sociais pretendam ver suas pautas no palanque “quem ocupa a posição central são os meios de comunicação em massa, conforme tem demonstrado a ampla literatura sobre a chamada agenda-setting”. Desta forma, “os grupos de interesse, mesmo os representantes eleitos, na medida em que desejam introduzir determinadas questões na agenda pública, têm que sensibilizar os meios de comunicação”.(idem:120)

Com efeito, quando se coloca a questão da formação da agenda pública como a própria porção do poder da sociedade, a própria noção de política deve ser transferida do plano apenas institucional/estatal, para as fontes de produção dessa força social. Nesse momento é que podemos incluir os meios de comunicação de massa. Nas sociedades contemporâneas, eles detêm quase monopólio da difusão de informações de discursos e de representações simbólicas do mundo social. “Na medida em que o debate

público não se limita a fóruns formais como o parlamento, mas deve alcançar o conjunto da sociedade é evidente que a mídia passa a desempenhar uma função-chave” (*idem*)

Por fim, se a mídia (1) é, nas sociedades contemporâneas, o principal instrumento de difusão das visões de mundo e dos projetos políticos, ou seja, o local em que estão expostas as diversas representações do mundo social, associadas aos diversos grupos e interesses presentes na sociedade; (2) e se são estes valores que vão formar e hierarquizar a agenda pública, que irão influenciar, mesmo manejar as ações dos poderes políticos formalmente instituídos (3) torna-se um grave problema para os direitos de participação política, de cidadania e, no fim e ao cabo, para a democracia, a inexistência, nos meios de comunicação, de um discurso tão plural quanto forem as vozes da sociedade. A má distribuição de espaço midiático para que a diversidade inerente à democracia encontre eco social retira dos indivíduos a sua capacidade de interferir eficazmente na sociedade, o que abala, por questão semântica, seus direitos políticos.

PARTE 2

O SERVIÇO DE RADIODIFUSÃO TELEVISIVA NO BRASIL

“Não tem a menor graça, o bom não é ser presidente, o bom é que, para o cara ser presidente, ele tem de bater naquela porta, pedir para entrar, tirar o chapéu, sentar aqui e perguntar se pode ser candidato à Presidência”. (Frase atribuída a Assis Chateaubriand, em MORAIS (1996))

CAPÍTULO 1 HISTÓRICO DA RADIODIFUSÃO BRASILEIRA

Nome obrigatório para se estudar a história da imprensa brasileira, seja escrita, por rádio ou televisiva, é Francisco Assis Chateaubriand Bandeira de Mello, ou simplesmente, Assis Chateaubriand⁵. Sua influência e o império de comunicação que construiu formou as bases para o modelo de radiodifusão aplicado no Brasil até os dias atuais, desde a estreita ligação com os governos, até o oligopólio e falta de regulação do setor.

Mesmo tendo acesso ao meio político e grande talento e prestígio enquanto advogado, a certeza de que o verdadeiro poder estaria através do controle da opinião pública povoou desde muito jovem as ideias do ambicioso Chateaubriand, no começo do século XX, época na qual a imprensa escrita brasileira já começava uma transição entre o amadorismo e o profissionalismo. Naquele momento, importantes jornais, como o Estado de São Paulo, a Folha de São Paulo, o Globo, o Jornal do Brasil, dentre outros, passam a funcionar como grandes empresas de comunicação, com espírito e método capitalista (FERNANDES, 2009).

Em 1924, financiado por diversos empresários e políticos, com quem passou a manter estreitas relações sociais e políticas, o então articulista e provocador Chateaubriand adquire *O Jornal*. A partir daí, põe em prática diversas modificações na imprensa escrita brasileira, resultando no crescimento do seu jornal e a progressiva aquisição de outros meios. A mais marcante foi a compra da revista *O Cruzeiro*, em

⁵ Conferir, a propósito. MORAIS, Fernando. *Chatô: o rei do Brasil*. Companhia das Letras: São Paulo, 1996.

1928, que em pouco tempo passou a ter circulação nacional, com importante tiragem e ganho com publicidade (MORAIS, 1996).

Nesta época, a comunicação brasileira já tinha conhecido seu mais novo agente revolucionário: o rádio. Suas primeiras transmissões ocorreram em 1919, na cidade do Recife, de forma experimental. A primeira estação de rádio surgiu em 1923, com a Rádio Sociedade do Rio de Janeiro, e a partir de então se viu veloz multiplicação e popularização à medida que o aparelho tornava-se mais barato. (FERNANDES, 2009).

Neste momento, coube ao Estado brasileiro pela primeira vez optar pelo modelo de radiodifusão a ser seguido. Em razão da relevância estratégica da tecnologia em questão, a radiodifusão sempre foi tida por todos os países como serviço público, ou seja, a titularidade do espectro pertence ao Estado, cabendo a este decidir como disciplinar seu uso (a regulação) e por quem será prestado o serviço. Quanto a esta última questão, desde as décadas de 20 e 30, dois modelos diferentes despontaram, um na Europa e outro nos Estados Unidos. Mais precisamente na Inglaterra, em que em primeiro lugar se apresentou o debate, o serviço de radiodifusão foi tomado pelo Estado para a sua própria execução. Assim, segundo PINHEIRO (2014), a BBC, criada inicialmente como empresa privada, foi reconstituída como empresa pública, e desde a década de 20 transmite na Inglaterra sob a supervisão de Royal Charters, que são organizações premiadas com selo real, e a Independent Broadcast Authority, que funcionou até a década de 90. O caráter público adotado para a circulação informação revela a relevância que os países europeus dariam, posteriormente, à relação entre a mídia e a democracia⁶, além de externarem uma visão bastante própria de eficiência. O mesmo autor mencionado cita Curren, para quem “BBC foi fundada numa premissa que rejeitava ‘both market forces and politics in favor of efficiency and planned growth controlled by experts’”⁷. A Inglaterra viria a permitir a televisão comercial em 1954. Outros exemplos Europeus, nos quais o serviço de radiodifusão foi executado pelo poder público, em moldes semelhantes ao inglês, foram a França (France Télévision), a Espanha (TVE), Portugal (RTP) e Itália (RAI). Na Alemanha, as TV estatais “ARD” e

⁶ Como exemplo, a situação, na Alemanha, narrada por FERNANDES (2009:349): “Na Alemanha, a legislação que trata da concentração econômica da televisão estabeleceu o percentual de 30% da audiência nacional, apurado no período de 1 ano, como patamar de concentração para as emissoras privadas de televisão. Caso o limite de 30% de audiência seja atingido por um determinado grupo de comunicação, a legislação alemã pressupõe que há uma situação de controle de opinião, contrária aos princípios de pluralismo e a diversidade de pontos de vista na televisão aberta

⁷ Em tradução livre: “Tanto forças políticas e do mercado em favor da eficiência e crescimento planejado controlado por experts”.

“ZDF”, criadas após a segunda guerra, são líderes em audiência, mesmo competindo com redes privadas atualmente (AGUIAR, 2014).

Numa linha oposta, o cenário ianque desde sempre optou pelo chamado *trusteeship model*. Por este modelo, o serviço de titularidade do Estado é executado basicamente pela iniciativa privada, de forma comercial, cabendo àquele uma função de curadoria (LIMA, 2011). A regulação do serviço de radiodifusão passou a ser melhor estabelecido em 1927, com o *Radio Act*, tido como medida necessária para amainar o caos que se instalou no setor em razão das interferências de sinal das estações entre si. Na década de 20 e 30, 4 grandes grupos foram responsáveis por concentrar o mercado de rádio nos Estados Unidos: A RCA, a Westinghouse, a AT&T e a General Eletrics. (PINHEIRO, 2014). Em 1934, a Federal Communications Commission (FCC) é criada para promover a regulação do setor.

O Brasil adotou o modelo de concessão para a iniciativa privada. Na constituição de 1934, a primeira a tratar do tema, ficou estabelecido no Artigo 5º, VIII competir à União “explorar ou dar em concessão os serviços de telegraphos, radio-communicação e navegação aerea, inclusive as installações de pouso, bem como as vias-ferreas que liguem, directamente portos maritimos a fronteiras nacionaes, ou transponham os limites de um Estado”. Antes um pouco em, 1932, o decreto 21.111, que regulamentava ineditamente o serviço de radiocomunicação, autorizou a veiculação de propaganda comercial, no limite de 10% do tempo total de irradiação de cada programa, e que foi aumentado para 20% através do decreto 24.655/34, que dispunha sobre a concessão do serviço.

Fato marcante e único na história da radiodifusão brasileira foi a estatização da Rádio Nacional do Rio de Janeiro, 1940, por Getúlio Vargas. Constitui-se no único exemplo de execução pública do serviço de radiodifusão que conseguiu grande alcance e serviu como parâmetro técnico e de mobilização social. De 1940 a 1950, a Rádio Nacional obteve bastante prestígio, sendo responsável pela transmissão das duas primeiras radionovelas brasileiras, programas esportivos, humorísticos, e o “Repórter Esso”, noticiário mais ouvido à época.

A característica fundamental da radiodifusão nacional, no seu início, foi a falta de regulação, principalmente quanto a limitação do conteúdo⁸ e de propriedade⁹. Em razão disso, Assis Chateaubriand, que sempre manteve relações por vezes próximas quanto discordantes de Getúlio Vargas, conseguiu fazer com que seu vasto domínio na imprensa escrita fosse transposto para o rádio, com uma larga cadeia que o grupo Diários e Emissoras Associados atingiu.

Vale dizer que, mesmo num ambiente de convite à iniciativa empresarial, como nos Estados Unidos, a preocupação com os limites de propriedade e conteúdo estiveram presentes desde o início da história da radiodifusão. A propósito disto, FERNANDES (2014) destaca dois episódios nos quais poder regulador lá se fez presente. No primeiro caso, a empresa NBC, divisão da RCA, através de duas rádios – a Red Network e a Blue Network – amealhou, no final da década de 30, grande parte da audiência e mercado publicitário. A FCC determina a venda de uma das rádios para terceiros, decisão cuja validade é confirmada pela Suprema Corte em 1943, o que faz com que a Blue Network seja vendida para empresário que fundaria a ABC.

Em outro caso, foi colocada em questão a chamada “Fairness Doctrine”, pela qual, em resumo, as emissoras de radiodifusão devem respeitar a diversidade de pontos de vista em questões polêmicas de interesse coletivo, assegurando um debate equilibrado no tocante aos diversos pontos de vista. A Suprema Corte teve a oportunidade de debater o tema, ao convalidar uma decisão do FCC que garantia o direito de resposta a um escritor que se sentiu desprestigiado por comentários em um programa. A Corte pronunciou-se no sentido de que, sendo o espectro radioelétrico limitado, as emissoras de radiodifusão devem se comportar a garantir o equilíbrio de pontos de vista.

Desde sempre, esta foi uma realidade muito distante da forma de regulação no direito brasileiro, e assim continuou a ser com a chegada, por volta de 1950, da

⁸ À exceção do Estado Novo. A CF de 1937, a “Polaca”, traz o artigo 122 da seguinte forma: **Art. 122.** A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

15) todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei. A lei pode prescrever: **A)** 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.

⁹ Desde 1934, contudo, já percebe dicção que irá acompanhar as constituições vindouras, quanto à proibição da propriedade de veículos jornalísticos e de radiodifusão por estrangeiros e pessoas jurídicas.

televisão. Assis Chateaubriand, há muito o principal empresário do mercado da comunicação, começa a instalar a primeira emissora de TV brasileira, a TV Tupi, em 1950. Sem praticamente nenhuma regulação para o serviço radiodifusor, o sistema que se instalava apresentava duas características marcantes, segundo GÖRGEN (2008):

O controle total de anunciantes e agências de publicidade internacionais sobre a programação das primeiras estações (Chateaubriand percebeu logo que não teria recursos para sustentar produção própria ao vivo), impondo uma ética e uma estética de cunho essencialmente privado e comercial sobre os conteúdos e a estrutura da programação; e a concentração da indústria audiovisual no eixo Rio-São Paulo, uma vez que as duas primeiras concessões da Tupi foram para essas cidades.

Até o ano de 1961, sem qualquer regulação do setor, o grupo Diários e Emissoras Associados já contava com 19 TV's, em boa parte das capitais brasileiras (MORAIS, 1996). Outras emissoras surgem, como a TV Paulista, TV Record de São Paulo, TV Rio e TV Excelsior (FERNANDES, *op.cit.*). Até 1959, a penetração da TV em todo o território nacional ainda era dependente da instalação de emissoras nas próprias cidades em que a programação era exibida, em razão da inexistência de transmissão por satélite e mesmo do vídeo-tape, o que não permitiu naquele momento a formação de uma rede nacional de televisão.

Em 1962, surge a primeira norma regulamentadora do serviço de radiodifusão televisiva. Em verdade, a lei 4.117/62, o Código Brasileiro de Telecomunicações, trata não apenas da TV, mas dos serviços de telecomunicação de forma geral. GÖRGEN (*op. cit.*) cita como novidades trazidas pela lei, uma política de concessões e renovações de concessões de emissoras, a destinação de percentual de horários da programação para a transmissão de conteúdos jornalísticos e a subordinação da programação a finalidades educativas e culturais.

Os caminhos que levaram ao texto final do código, entretanto, fazem parte de um capítulo muito peculiar da história brasileira. No auge da guerra fria, requeitada pela revolução cubana, o presidente eleito Jânio Quadros renunciou. Seu vice, João Goulart, encontrava-se em missão oficial na China. Apenas com a chamada campanha da legalidade, capitaneada por Leonel Brizola, foi possível assegurar o retorno do presidente, agora, contudo, submetido a um sistema parlamentarista que resultou na indicação, como primeiro-ministro, de Tancredo Neves. Havia uma pressão intensa do setor econômico e pela Casa Branca pela saída de Jango, que era acusado de conspirar

com o regime comunista. Esta acusação era assegurada exatamente pelos grupos de mídia dominantes, como o grupo “O Globo”, os “Diários e Emissoras Associados” e o “Jornal do Brasil”, estes mesmos responsáveis por dirigir a opinião pública para o apoio ao golpe militar de 1964¹⁰.

A lei 4.117/62 foi aprovada em um momento em que já se percebia uma relevante parcela de políticos que eram proprietários de empresas de radiodifusão, e em um momento de fragilidade do Presidente da República. Apesar disso, João Goulart vetou nada menos do que 52 dispositivos da lei (INTERVOZES, 2015). Como destaca LIMA (2012), a disputa para tentar derrubar os vetos uniu os empresários do setor, que criaram a mais forte associação de empresas de mídia do Brasil, a ABERT – Associação Brasileira de emissoras de Rádio e Televisão. O grupo desde já mostrou sua força e conseguiu derrubar todos os vetos do Presidente. O mesmo autor destaca os vetos derrubados pelo Congresso que diziam respeito especificamente à radiodifusão. De forma sistemática e resumida, ei-los: (i) os artigos 53, 54 e 83 dizem respeito à ausência de limites e responsabilização da imprensa na divulgação de informações e opiniões, cujo eventual dano só poderia ser reparado *a posteriori*, a não ser que o veículo comprovasse ter agido de boa-fé, mas por “erro de informação”; (ii) os parágrafos 3º e 4º do artigo 33 determinam um período notavelmente extenso para as concessões de rádio (10 anos) e TV (15 anos), e com renovação automática caso o executivo não se pronunciasse em 120 dias contados do requerimento de renovação; (iv) o artigo 75, párr.único aponta como direito subjetivo a renovação da concessão ou permissão, caso tenham sido cumpridas, pela empresa detentora da outorga, as exigências legais; (v) o artigo 73 elabora um procedimento de mandado de segurança específica para ser utilizado pelas concessionárias e permissionárias de serviços de radiodifusão; (vi) O artigo 98 remete para o artigo 322 do código penal aquele que embarçar a liberdade de radiodifusão ou televisão, especificamente.

A legislação pertinente ao tema sob escrita será analisada posteriormente, mas já é dado afirmar que privilégios legais para determinado setor econômico raramente se

¹⁰ <http://oglobo.globo.com/brasil/apoio-editorial-ao-golpe-de-64-foi-um-erro-9771604>.

encontram com tamanha robustez no mundo civilizado, e em qualquer outra área da atividade econômica, à exceção, às escâncaras, do mercado financeiro.¹¹

Em 1965, opera-se o fato que redesenha o futuro da TV brasileira e, de algum modo, garante que o histórico de concentração oligopolista da radiodifusão nacional se perpetue. A Rede Globo surge através da injeção de dinheiro e técnica do grupo norte americano Time-Life. Discute-se até hoje acerca da legalidade do acordo, visto que a injeção de capital internacional em grupo de mídia brasileiro era vedado pela constituição de 1946¹².

O fato é que, com o apoio financeiro e de expertise trazida pelos profissionais ianques, a Globo alcançou um nível de transmissão inédito, o que possibilitou que, já no final da década de 60, assumisse posição de liderança no cenário nacional. Contribuíram ainda para isso alguns fatores: Assis Chateaubriand viria a falecer em 1968, sem ter tempo de impor a sua marca empresarial na televisão, deixando o caminho aberto para a Globo; a popularização, de fato da TV, passou a se dar exatamente no final da década de 60; a Globo pode fazer uso, tanto da tecnologia de *video-tape*, quanto do sistema de transmissão via satélite do sistema nacional de transmissão terrestre de sinais por micro-ondas da Embratel (Sim, um sistema público, bem público, foi a infraestrutura técnica que garantiu a propagação do sinal da Rede Globo por todo território nacional). Isso possibilitou que, pela primeira vez, se formasse uma rede nacional de televisão (FERNANDES, op. cit)

O somatório destes fatores resultou naquilo que BOLAÑO (1988) narra como a transição de um mercado de TV relativamente competitivo, no começo da década de 60, para a configuração de um monopólio, já no começo da década de 70. É essencial ressaltar, por outro lado, que o desenvolvimento inicial da popularização da televisão brasileira deu-se com uma concomitância precisa entre ela a instauração do regime militar no Brasil. Dessa forma, obviamente que a simbiose ideológica seria aquela a permear a relação concedente/concessionário entre qualquer veículo de comunicação embrionário e a ditadura recém-instalada.

¹¹ Cf. DOWBOR, Ladislau. O sistema financeiro atual trava o desenvolvimento econômico brasileiro. *Le Monde Diplomatique Brasil*. Número 89, 2014; PIKETTY, Thomas. O capital no século XXI. São Paulo: Intrínseca, 2014.

¹² Sobre o tema, com visões distintas: Daniel Herz. A história secreta da Rede Globo. Porto Alegre: Tchê!, 1986 e <<http://memoriaglobo.globo.com/acusacoes-falsas/caso-time-life.htm>>

E tal qual um regime autoritário, o Estado de exceção no Brasil contou com sua televisão oficial – neste caso uma empresa privada, concessionária do serviço público. Durante a década de 70, a Rede Globo dominou de forma absoluta a TV brasileira. A sua propagação, através do contrato de filiação com emissoras locais, foi feito a partir de critérios estritamente políticos. Assim, segundo GÖRGEN (op. cit)

“para manter a fidelidade à cabeça de rede nas principais praças e garantir os resultados financeiros as famílias dos grupos afiliados tratavam de criar o seu modelo de filiação intrarregional usando de sua influência junto ao governo militar para receber concessões de rádio e TV entregá-las a parentes e amigos”

Vale destacar que em 1967, foi editado o decreto-lei 236. O referido diploma é basicamente a única norma jurídica no sistema que regulamenta e limita de alguma forma a propriedade de empresas de comunicação no Brasil. Por exemplo, estipula um número máximo de geradoras e retransmissoras por emissora, e proíbe a formação de redes dependentes de direção única. Soa bastante estranho apresentar tal norma, logo depois de uma descrição do pomposo monopólio da Rede Globo nos anos 70. De fato, é! A análise mais detida do decreto e, principalmente de sua ineficácia, serão feitas nos capítulos a seguir.

O início da década de 80 trouxe um período intenso na radiodifusão nacional. A começar pela cassação da concessão outorgada ao outrora grande grupo de comunicação, os Diários e Emissoras Associados. Os canais da TV Tupi foram extintos e, em seu lugar, o processo de concorrência apontou a outorga para o empresário Silvio Santos – proprietário do SBT, fundado em 1974 – e para o grupo editorial Bloch, fundador da TV Manchete (BOLAÑO, *op. cit.*).

Entretanto, o grande aquecimento do mercado radiodifusor se deu, tanto no momento da redemocratização, quanto na constituinte. Houve um verdadeiro “feirão” de concessões de rádio e TV, na busca de apoio político. Venício LIMA (2011) aponta que, entre 1982 e 1985, o general Figueiredo outorgou 634 concessões. No período entre 1985 e 1988, José Sarney e seu Ministro das Comunicações, Antônio Carlos Magalhães, foram assinadas 1.028 outorgas. Para se ter uma dimensão, até de 1934 a 1982, haviam sido assinadas 1.713 outorgas (GÖRGEN, *op. cit.*).

Sob o ponto de vista normativo, de há muito não se observava qualquer novidade relevante. A onda desregulamentação que atingiu o mundo após Thatcher e

Reagan não fez água aqui simplesmente porque a regulamentação jamais havia chegado. Entretanto, com a Constituição de 1988, algumas inovações normativas foram notadas. A Carta Magna inaugurou um capítulo sobre comunicação social e lá foi positivada a proibição do monopólio e oligopólio. Além disso, no que toca ao conteúdo, estabeleceu importantes diretrizes, como a regionalização da programação. Quanto à estrutura, determinou a existência da complementaridade entre os sistemas privado, público e estatal, numa tentativa de dar outro rumo à história basicamente comercial da radiodifusão brasileira.

Contudo, o impacto do texto constitucional não foi suficiente para mudar a realidade. Com pouco tempo, percebeu-se que estrutura da radiodifusão brasileira simplesmente seguia. As normas regulamentares continuaram as mesmas da década de 60, e se não viu um movimento forte o suficiente para garantir a eficácia da nova Constituição quanto ao tema.

Entretanto, a década de 90 iria presenciar mais algumas revoluções tecnológicas. As TV's por assinatura e a telefonia móvel certamente modificaram a forma de o brasileiro se relacionar com a comunicação. Somado a isto, o processo de desestatização do serviço de telefonia acendeu a necessidade de uma nova regulamentação do setor de telecomunicações. O velho Código Brasileiro de Telecomunicações já não era suficiente para atender a nova realidade que se impunha.

A lei 8.977 regulamentou serviço de TV a cabo, ou TV por assinatura. Nela, foram previstos alguns instrumentos de inclusão de desconcentração que se colocaram como novidade. O “must-carry” é uma regra que impõe a obrigação de um operador de TV a cabo de inserir na sua lista de canais, alguns que a norma considera como relevantes para a informação pública ou diversidade de opiniões¹³. Por este motivo é

¹³Art. 23. A operadora de TV a Cabo, na sua área de prestação do serviço, deverá tornar disponíveis canais para as seguintes destinações:

I - CANAIS BÁSICOS DE UTILIZAÇÃO GRATUITA: a) canais destinados à distribuição obrigatória, integral e simultânea, sem inserção de qualquer informação, da programação das emissoras geradoras locais de radiodifusão de sons e imagens, em VHF ou UHF, abertos e não codificados, cujo sinal alcance a área do serviço de TV a Cabo e apresente nível técnico adequado, conforme padrões estabelecidos pelo Poder Executivo; b) um canal legislativo municipal/estadual, reservado para o uso compartilhado entre as Câmaras de Vereadores localizadas nos municípios da área de prestação do serviço e a Assembléia Legislativa do respectivo Estado, sendo o canal voltado para a documentação dos trabalhos parlamentares, especialmente a transmissão ao vivo das sessões; c) um canal reservado para a Câmara dos Deputados, para a documentação dos seus trabalhos, especialmente a transmissão ao vivo das sessões; d) um canal reservado para o Senado Federal, para a documentação dos seus trabalhos, especialmente a transmissão ao vivo das sessões; e) um canal universitário, reservado para o uso compartilhado entre as

que se tornou tão familiar a presença de emissoras como a TV Câmara, TV Senado e TV Justiça, por exemplo. A lei 12.485, que deu nova disciplina à TV por assinatura, traz algumas regras de limitação à concentração vertical, como a proibição de produzir o seu próprio conteúdo nacional, devendo optar por produtores independentes (art. 6º), em atenção, inclusive, ao artigo 221, II, da Constituição Federal¹⁴¹⁵.

A lei geral de telecomunicações (lei 9.472/97), por seu turno, serviu como meio de regulamentar a nova estrutura de tecnologia presente, assim como o novo desenho de prestação de serviços públicos, como dito. Entretanto, esta norma deixa claro que ela revoga o a lei 4.117, exceto “quanto aos preceitos relativos à radiodifusão” (Art. 215, I).

Interessa observar que TV por assinatura é tida pela legislação como inserida nas telecomunicações, e não na radiodifusão. Isso gera uma notável e curiosa situação na qual, o programa “Fantástico”, quando exibido pela Rede Globo, está enquadrado nas normas da radiodifusão. Quando, porém, é reproduzido pela GloboNews, canal de propriedade da Rede Globo, transmitido através de algumas operadoras de TV por assinatura – a exemplo da NET, também propriedade da Globo – está sujeito às regras das telecomunicações.

Essa esquizofrenia jurídica teve como objetivo tão somente manter os grupos de radiodifusão livres de qualquer tipo de regulamentação da sua atividade, disciplinados apenas por diplomas normativos absolutamente anacrônicos (Lei 4.117 e Decreto-lei 236/67) e cujas regras existentes, inclusive, jamais foram respeitadas.

Abrindo outro capítulo na história da radiodifusão brasileira, em 1998 começa a ser debatida a implantação da tecnologia digital. A então novidade trazia possibilidades interessantes, por uma característica que pode ser explicada sem recorrer ao primor técnico: ela possibilita uma compactação muito grande de dados, fazendo com que um

universidades localizadas no município ou municípios da área de prestação do serviço; f) um canal educativo-cultural, reservado para utilização pelos órgãos que tratam de educação e cultura no governo federal e nos governos estadual e municipal com jurisdição sobre a área de prestação do serviço; g) um canal comunitário aberto para utilização livre por entidades não governamentais e sem fins lucrativos; h) um canal reservado ao Supremo Tribunal Federal, para a divulgação dos atos do Poder Judiciário e dos serviços essenciais à Justiça;(Alínea incluída pela Lei nº 10.461, de 17.5.2002).

¹⁴ Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios (..) II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;

¹⁵ Contra alguns dispositivos desta lei, foram propostas ações diretas de inconstitucionalidade (4.679, 4.747, 4.756 e 4.923).

código preencha muito mais informação em um mesmo espaço, se comparado com o sistema anterior. Assim, se no sistema analógico, todo o espaço de uma radiofrequência de uma emissora é ocupado (no Brasil esse espaço é de 6 MHz), através do sistema digital, a quantidade de bits enviados, faz com que, numa mesma qualidade de imagem e som (ou seja, de informação), seja dispendido um espaço muito menor da potencial daquele canal.(FERNANDES, *op. cit.*)

Este espaço vazio pode ser preenchido de duas formas, basicamente: ou através da melhoria de som e imagem dentro capacidade da emissora, ou da inclusão, simultânea, de várias programações ou canais. Estas opções correspondem, respectivamente, aos modelos HDTV (*High Definition Television*) ou SDTV (*Standard Definition Television*). O debate brasileiro consistiu na escolha, dentro das opções acima, entre os modelos americano, japonês e europeu. Grosso modo, os dois primeiros privilegiavam a qualidade de som e imagem (HDTV), enquanto que o do velho continente, a multiplicidade de canais.

O que importa, enfim, ressaltar, é que a tecnologia digital poderia ter resultado numa mudança significativa das estruturas de poder na comunicação brasileira. O sistema europeu possibilitaria a entrada de novos atores no mercado de radiodifusão, novos canais, possibilidade de produção nacional independente e programação pública, a baixo custo operacional. Entretanto, sagrou-se vitorioso o modelo japonês, que coloca todas as atenções no aspecto de qualidade de imagem e som. Em resumo, ao invés de uma variedade de canais e programas produzidos por novos profissionais, e diferentes formas de retratar a realidade, optou-se por ver novela em *high definition*.

Evidentemente, a adoção de modelo nipônico, consagrado pelo Decreto 5.820/06, atendeu às concessionárias já estabelecidas, e impôs a manutenção da concentração do serviço de radiodifusão no Brasil nas mãos de um número minúsculo de proprietários. De fato, como retrata FERNANDES (*op. cit.*), após a substituição do ministro das comunicações Miro Teixeira, por Hélio Costa, a situação da tecnologia digital foi praticamente deixada nas mãos das grandes concessionárias. O então ministro, ex-repórter da Rede Globo, desde o primeiro minuto apoiou o interesse das empresas.

Foi dito atrás que alguns países, notadamente os europeus, privilegiaram, na sua política de radiodifusão, a execução do serviço através de empresas públicas, ao

contrário do Brasil, que radicalmente optou pelo sistema de exploração comercial, à exceção da experiência da Rádio Nacional do Rio de Janeiro, estatizada na década de 40. A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 223 dispõe que “Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para serviço de radiodifusão sonora de sons e imagens, observado o princípio da complementariedade dos sistemas privado, público e estatal”. Embora os conceitos não tenham sido explicitados por interpretação autêntica, de forma geral eles são compreendidos da seguinte forma:

Sistema público: compreende as emissoras de caráter público ou associativo-comunitário, geridas de maneira participativa, a partir da possibilidade de acesso dos cidadãos a suas estruturas dirigentes e submetidas a regras democráticas de gestão, desde que sua finalidade principal não seja a transmissão de atos dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário;

Sistema privado: abrange as emissoras de propriedade de entidades privadas em que a natureza institucional e o formato de gestão sejam restritos, sejam estas entidades de finalidade lucrativa ou não;

Sistema estatal: abrange as emissoras cuja finalidade principal seja a transmissão de atos dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e aquelas controladas por instituições públicas vinculadas aos poderes do Estado nas três esferas da Federação que não atendam aos requisitos de gestão definidos para o sistema público (INTERVOZES; SÃO PAULO, 2014).

Segundo Venício Lima, que faz diversas menções ao ex-senador Artur da Távola, redator da proposta na constituinte, a exegese a ser dada ao artigo constitucional visa impor ao poder público a uma distribuição equânime de outorgas entre estes três sistemas, dado que o dispositivo pretende “corrigir o inquestionável desequilíbrio histórico existente entre esses três sistemas, com a óbvia hegemonia do sistema privado”(2011:100).

Vinte anos após a alvorada da Constituição Federal, a lei 11.652/08 autorizou o poder executivo a criar a Empresa Brasil de Comunicação – EBC. Dentro da ideia trazida pelo texto político, a empresa teria o potencial de servir como alternativa à concentração da radiodifusão. Ocorre que, até o momento, a principal fonte de financiamento da empresa continua indisponível. A “Contribuição para o fomento da radiodifusão pública”, instituído pelo artigo 32 do referido diploma, até o momento não

foi regulamentado, além de grassar disputa judicial acerca da sua constitucionalidade, o que inviabiliza o crescimento da proposta (INTERVOZES; ARTICLE 19, 2015). Talvez por essa questão, afora a cultura comercial que caracteriza a radiodifusão nacional, a TV Brasil, braço televisivo da empresa, é conhecida por apenas 31% da população (BRASIL, 2015).

A história da radiodifusão nacional foi formada através do pilar da hegemonia econômica, e que, pela natureza da atividade, se transformou também em ideológica. O tempo e a força política e econômica dos principais agentes da comunicação brasileira fizeram com que um serviço público fosse apropriado pelo mercado sem que praticamente nenhum limite jurídico relevante fosse efetivamente aplicado. Como consequência, a própria naturalização de tal domínio, *a priori* inconcebível, é percebida quando a qualquer sinal ou proposta de regulamentação do setor, vozes levantam-se a reclamar de censura, inclusive com o aplauso daqueles que experimentam a mudez da ausência do direito à comunicação.

É necessário, naturalmente, separar o joio do trigo. Acautelar-se com a possibilidade de regulação de conteúdo dos meios de comunicação tem todo o sentido já que ela pode se tornar um obstáculo para a livre expressão. Embora em todas as democracias a regulação de conteúdo exista, é sempre necessário que a sociedade fiscalize a sua intensidade. Temas como indicação classificativa por idade, percentual de programação regional, conteúdo educacional e proibição de discursos de ódio batem de frente com a ideia do conteúdo da mensagem desenvolvida e, portanto, com a limitação do direito à liberdade de expressão.

Entretanto, relacionar pluralização do acesso aos meios de comunicação e a proibição da criação de oligopólios com censura simplesmente não é sério. O fenômeno é bem descrito por Guilherme CANELA (2008: 155), quando coloca que “a atitude de, a qualquer sinal de se discutir a regulamentação do setor, se trazer a ideia de censura à baila, configura uma estratégia de encerrar a discussão sem discussão, um colete à prova de balas”. E baseado nesta retórica e uma sempre muito próxima relação com o poder político, o serviço de radiodifusão brasileiro vai aproximando-se de 90 anos com características ainda bastante similares ao seu início, características estas a seguir aprofundadas, com apoio na narrativa que aqui se propôs apresentar.

CAPÍTULO 2: CARACTERÍSTICAS E PANORAMA DA RADIODIFUSÃO TELEVISIVA BRASILEIRA: ANÁLISE E DADOS.

Com efeito, o caminho que o serviço público de radiodifusão tomou no Brasil fez com que sua identidade fosse marcada por uma colossal concentração de poder, sendo responsável, inclusive, por influir decididamente tanto no cotidiano como eventos políticos de grande porte, desde o fim da República Velha até a instauração do um regime militar na década de 60 e o desenho de forças políticas na redemocratização. Pretende-se aqui fazer um panorama da TV brasileira através de diferentes temas, o que parece ser mais hábil para apresentar suas características. Sendo assim, inicialmente apresenta-se um quadro da influência da TV nos dias atuais, em que concorre com outras tecnologias, a exemplo da Internet e outras fontes de entretenimento. Posteriormente, serão abordados os tópicos da concentração midiática, do clientelismo político, do chamado “clientelismo eletrônico”, e da ineficácia das leis que disciplinariam a radiodifusão.

2.1 Ainda dominante

A última década sedimentou um processo cultural do uso da tecnologia da informação de forma pessoal, iniciado com mais destaque com os computadores domésticos. A internet, como fonte de informação e entretenimento, toma cada vez mais tempo na rotina dos indivíduos, com um grande destaque para as redes sociais. Muito embora isto, e uma provável tendência de aprofundamento, no Brasil a rede mundial de computadores ainda mantém-se relativamente distante da TV como principal mídia usufruída. Segundo a Pesquisa Brasileira de Mídia 2015, desenvolvida pela Secretaria de Comunicação da Presidência da República, (BRASIL, 2014b), a internet foi apontada por 42% dos brasileiros como um dos três meios de comunicação mais utilizados. Por esses critérios, ela ficaria atrás da televisão (93%) e, por uma pequena diferença, do rádio (46%).

A pesquisa mostra que 48% dos brasileiros utilizam a Internet, enquanto 55% utilizam o rádio e 95% veem TV. Destes que se ocupam com a televisão, 73% o fazem todos os dias da semana. Quantos às modalidades de TVs mais vistas, a pesquisa perguntou, dentre os que afirmaram ver TV, se tinham acesso à TV aberta, TV por

assinatura ou parabólica. 72% afirmaram ter acesso à TV aberta, 26%, à TV por assinatura, enquanto que 23% acessavam através de antena parabólica.

De forma bastante destacada, portanto, a maior parte da população brasileira informa-se ainda através da TV, e da TV aberta, com uma tendência progressiva de uma maior uso da Internet e da TV por assinatura, como também demonstra a pesquisa, quando compara com as anteriores.

2.2 Concentração

O esforço histórico apresentado sublinhou como uma das características marcantes da radiodifusão brasileira a ausência de pluralidade, motivada notadamente pelo domínio de poucos agentes na prestação deste serviço, o que configuraria uma estrutura oligopolista, portanto.

Como lembra FERNANDES (*op. cit.*), é próprio do sistema capitalista a formação de oligopólios, a não ser que haja a regulação estatal em defesa da concorrência. De forma básica, divide-se a concentração econômica entre vertical e horizontal. A primeira é aquela na qual um agente econômico possui toda a cadeia produtiva, como no caso de uma empresa têxtil que possui a plantação de algodão, a fábrica de fios, tecelagens para a produção de tecidos e, finalmente, uma confecção de roupas. A concentração horizontal, por seu turno, é aquela na qual uma pessoa ou empresa controla outras empresas que operam na mesma atividade econômica. Assim, a compra de uma grande cervejaria por outra configuraria este tipo de concentração.

No âmbito dos meios de comunicação há ainda a chamada propriedade cruzada. Nela, o mesmo grupo controla mais de um tipo diferente mídia ao mesmo tempo, como a TV, o rádio e a imprensa escrita, por exemplo.

No Brasil, o exercício dessas três formas de concentração sempre foi a regra. Considerando que, como mencionado atrás, o modelo nacional optou pelo exercício do serviço de radiodifusão pela iniciativa privada, é de se observar que caberia ao Conselho de Administração e Desenvolvimento Econômico – CADE coibir a concentração no setor, o que pouco tem sido feito.

2.2.1 Concentração vertical.

Na TV aberta brasileira, é bastante comum que as emissoras produzam a maior parte daquilo que apresentam, e isso de tal forma que uma realidade oposta se afigura como excêntrica. Desde programas de auditório, seriados e telenovelas, boa parte dos programas é própria, e quando não o são, geralmente as produções são internacionais.

A Constituição Federal, por seu turno, no artigo 221, II, elenca como princípio da radiodifusão promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação. Essa medida serve exatamente para que não se tenha concentração em toda a cadeia produtiva da indústria televisiva. O ideal, segundo o princípio constitucional, seria que os canais contratassem produtoras, por exemplo, para a produção de seriados, programas jornalísticos e educativos. Dessa forma, ao mesmo tempo em que se promove algum grau pluralidade social e artística, fortalece-se o mercado jornalístico e de entretenimento.

No Brasil, a primeira limitação à propriedade por meio infraconstitucional, que apresenta barreiras à concentração vertical, deu-se com a entrada em vigor da lei 12.485/11, a lei da TV por assinatura. O artigo 6º do referido diploma assim dispõe:

Art. 6º As prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, bem como suas controladas, controladoras ou coligadas, não poderão, com a finalidade de produzir conteúdo audiovisual para sua veiculação no serviço de acesso condicionado ou no serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens:

I - adquirir ou financiar a aquisição de direitos de exploração de imagens de eventos de interesse nacional; e

II - contratar talentos artísticos nacionais de qualquer natureza, inclusive direitos sobre obras de autores nacionais.

As prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo são as operadoras. Assim, segundo a norma, elas não podem usar dos artifícios do incisos mencionados para produção de conteúdo. Devem, portanto, lançar mão de produtoras independentes. Este dispositivo foi alvo de ações diretas de inconstitucionalidade (4.679, 4.747, 4.756 e 4.923), que já contam com 5 votos, todos a favor da sua validade. Dado o raro tratamento do tema da concentração dos meios de comunicação pela jurisprudência, e notadamente pelo STF, vale abordar o voto condutor do relator, o

Ministro Luiz Fux¹⁶. No trecho que aborda especificamente a matéria, assim se expressa:

A lógica por trás desse impedimento parte da constatação, pelo legislador, de que a aquisição ou financiamento à aquisição de direitos de exploração de imagens de eventos, assim como a contratação de talentos artísticos de qualquer natureza, aí incluídos os direitos sobre obras de autores “são insumos fundamentais para as atividades de produção e programação e, conseqüentemente, implicam os principais custos para aqueles que atuam neste segmento”. Ocorre que “as prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo são as principais empresas detentoras do insumo essencial na cadeia produtiva da distribuição de conteúdo audiovisual ao assinante, qual seja, as suas redes telecomunicações” (Trecho supracitado da manifestação do Deputado Paulo Roberto na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática). Pretendeu, portanto, o legislador evitar que um único agente econômico controle insumos essenciais para etapas diferentes da cadeia de valor do audiovisual (no caso, as etapas de produção de conteúdo e de distribuição do sinal), concentrando verticalmente mais de um elo estratégico da estrutura produtiva. Quis-se, com isso, impedir um “cenário de competição desigual”. (BRASIL, 2015).

Afora esta limitação, entretanto, não se encontram outras. Os argumentos (*ratio juris*) da decisão em nada se distanciam de qualquer limitação que se deva impor ao mercado audiovisual como um todo, como a necessária limitação da concentração vertical da TV (canais abertos e fechados), com a inserção, ao menos, de cotas de produção independente de conteúdo nacional.

2.2.2 Concentração horizontal

A pesquisa Mídia Dados Brasil 2015 aponta que, apenas com a televisão, a Rede Globo chega a 98,6% dos municípios brasileiros. O SBT, a 85,7%. A Record, a 79,3%. Já a Bandeirantes alcança 64,1% e a Rede TV, 56,7%. Nenhuma outra emissora chega a dois dígitos. Esta concentração reflete-se, também, na audiência. Em 2014, a líder Globo obteve, em média, 37,8%. O SBT, 13,4%. Bem próximo a isso, a Record chegou a 13,1%. A Band, a 5,1%. Já a Rede TV! teve, em média, 1,7%. Todas as demais emissoras somadas totalizaram 28,9%.

¹⁶ Os demais votos, dos Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Teori Zavaski e da Ministra Rosa Weber não haviam sido disponibilizados até o momento da redação deste texto.

Quatro grupos dominam 69,4% de toda a audiência televisiva. Indo além, é possível afirmar que boa parte dos meios de comunicação tradicionais do país (rádio, televisão aberta, jornais, revistas) é controlada pelas famílias Marinho (Organizações Globo), Abravanel (SBT), Saad (Rede Bandeirantes), Sirotsky (RBS), Civita (Editora Abril), Frias (Folha de S. Paulo), Mesquita (O Estado de S. Paulo), bem como por duas igrejas, a Universal do Reino de Deus (Record) e a Igreja Católica (Rede Vida). Segundo o INTERVOZES (2015), no segmento da TV paga, as quatro principais operadoras (Claro/NET/Embratel¹⁷; SKY; Oi e Telefônica/GVT) chegam a controlar 91,69% do número total de acessos.

Quadro 1. Total de municípios e domicílios atingidos por emissora.

Cobertura geográfica de tv Tv geographic coverage					
		DOMICÍLIOS / MUNICÍPIOS		MDB YEAR	
		Tudo		MDB 2015	
REDE	NA	%	NA	%	
SBT	4.772	85,7%	59.725.609	92,2%	
REC	4.417	79,3%	58.465.562	90,2%	
RTV	3.157	56,7%	49.566.596	76,5%	
CNT	271	4,9%	23.029.779	35,5%	
GAZ	248	4,5%	15.773.405	24,3%	
BAN	3.569	64,1%	56.734.751	87,6%	
GLO	5.490	98,6%	62.689.905	96,7%	
REC NEWS	374	6,7%	27.735.772	42,8%	
TOTAL	5.570	100,0%	62.938.799	100,0%	

	MUNICÍPIOS	DOMICÍLIOS COM TV
GLO	98,6%	96,7%
SBT	85,7%	92,2%
REC	79,3%	90,2%
BAN	64,1%	87,6%
RTV	56,7%	76,5%
REC NEWS	6,7%	42,8%
CNT	4,9%	35,5%
GAZ	4,5%	24,3%
TOTAL	100,0%	100,0%

FONTE/SOURCE:
 Jove Informática, Atlas de Cobertura Geográfica das Redes

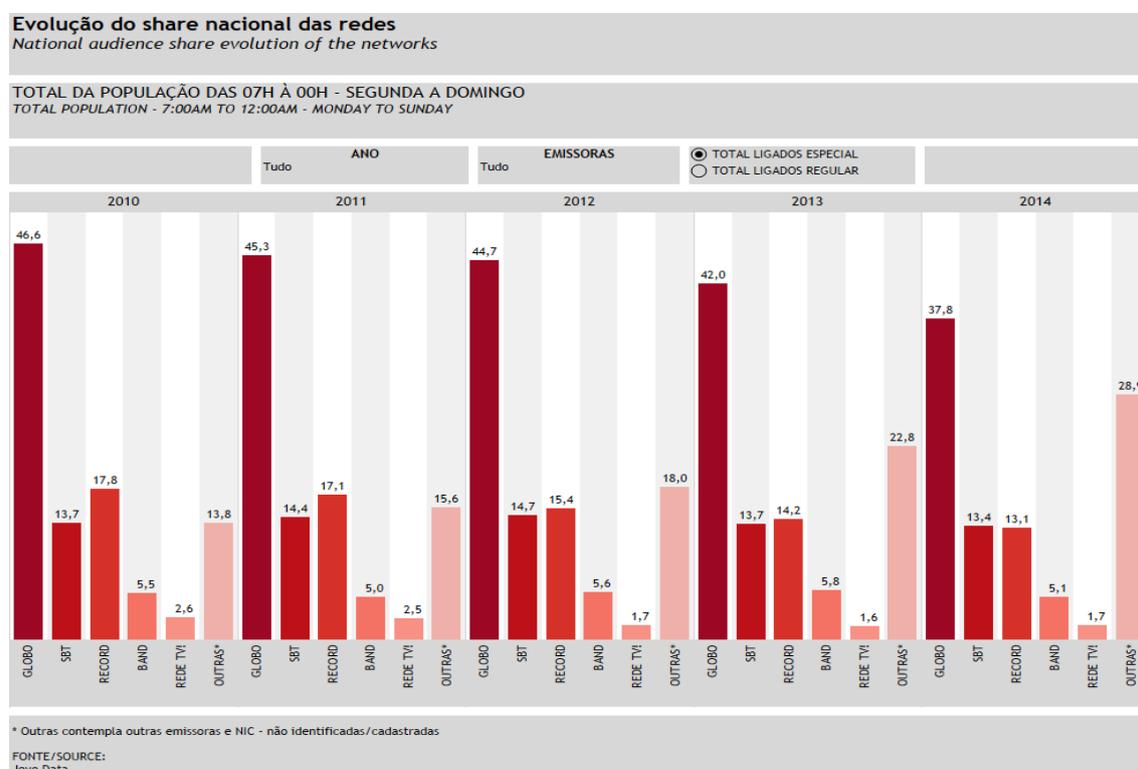
Fonte: Grupo de Mídia São Paulo (2015)

Esse grande alcance que possuem poucas emissoras de TV no Brasil é possível, principalmente, através de contratos de afiliação. Para melhor compreender esta relação, é necessário mencionar a estrutura de uma transmissão de TV em escala nacional. Pensemos na Rede Globo de televisão. A Globo possui 5 emissoras próprias, que são sediadas em São Paulo, no Rio de Janeiro, em Brasília, em Recife e Belo Horizonte. As duas primeiras são geradoras e as três demais filiais. As geradoras (também chamadas “cabeças-de-rede” são as que, de fato, levam conteúdo até o aparelho de TV. O caminho

¹⁷ Estas empresas são pertencentes ao mesmo grupo, o América Móvil. Conferir <http://www.teleco.com.br/operadoras/amovilbrasil.asp>

que percorrem estas imagens depende de onde estiver o telespectador. Caso esteja no Rio ou São Paulo, as imagens chegam diretamente das geradoras oficiais da emissora. Caso esteja em Aracaju, a situação é outra: as geradoras enviam por satélite, que rebote as imagens para as afiliadas. Elas ficam geralmente em cidades grandes ou médias, as mais destacadas em uma região. Geralmente produzem um reduzido conteúdo próprio, servindo basicamente como extensão das geradoras. Em razão do reduzido tamanho do território, população e demanda, o estado de Sergipe conta com apenas uma afiliada da Rede Globo – o Estado do Paraná, para se dar um exemplo, possui 8 afiliadas em diferentes cidades. Caso o espectador esteja em Canindé do São Francisco, entretanto, não receberá as imagens que veem diretamente do satélite, como em Aracaju, visto que o sinal não consegue alcançar um raio tão extenso. Para isso existem as retransmissoras, que repassam o sinal para outras cidades. As estações retransmissoras, em regra, não produzem conteúdo, mas apenas, como o nome denuncia, retransmite as imagens que veem da afiliada – são pontes de sinal, uma estrutura puramente técnica. No caso de mais de uma afiliada em um estado, é o contrato de afiliação que irá determinar a extensão do sinal de cada afiliada.

Quadro 2. Números consolidados anuais de audiência por rede.



Fonte: Grupo de Mídia São Paulo (2015)

O acordo geralmente funciona com uma geradora oferecendo a sua programação em troca do direito de explorar com exclusividade a publicidade no plano nacional. Em contrapartida, a TV afiliada responde com alguma percentagem de programação e fica com a parcela da publicidade local (FERNANDES, *op. cit.*). No final das contas, a programação da geradora acaba chegando a uma parcela relevante do território nacional, e se colocando como prioritária em relação à parca programação local. Além disso, a estética e a linha editorial dos próprios programas locais acabam sendo influenciados, ou mesmo determinados, pelas cabeças de rede. Há, portanto, uma padronização nacional da programação, veementemente condenável sob o ponto de vista da pluralidade cultural e social. GORGEN (2009) realizou um mapeamento da formação de redes e sua influência no total de veículos de comunicação.

Com base nestes critérios e na consulta realizada na base do sítio Donos da Mídia, pode-se afirmar que o Sistema Central de Mídia no Brasil é composto por dez conglomerados: (1) Organizações Globo, (2) Sílvio Santos, (3) Igreja Universal do Reino de Deus, (4) Bandeirantes, (5) Governo Federal, (6) TeleTV, (7) Abril, (8) Amaral de Carvalho, (9) Governo do Estado de São Paulo e (10) Organização Monteiro de Barros. Juntas, estas organizações controlam direta ou indiretamente 1.310 veículos, sendo 343 emissoras de televisão, 391 rádios FM, 259 rádios AM, 37 rádios OC, 26 rádios OT, 2 rádios comunitárias, 83 jornais, 85 revistas, 29 operadoras de TV a cabo, 27 de MMDS, 2 de DTH, 6 canais TVA e 20 programadoras de TV por assinatura (Canal TVA). O número de veículos ligados aos dez líderes do sistema representa mais da metade do total ligado às redes de rádio e TV e ultrapassa o total de 1.239 ligados aos grupos nacionais e regionais. Eles também são responsáveis pela produção e distribuição de conteúdo de 21 das 54 redes, sendo nove de rádio e 12 de TV. Em termos percentuais, o domínio dos dez conglomerados é cristalino no caso da televisão. Nada menos do que 81% das geradoras são ligadas a eles.

Esse modelo acaba por gerar, também, a formação de grandes oligopólios em nível regional. Em regra, muito embora seja comum que uma geradora tenha mais de uma afiliada por Estado, o contrato é firmado quase sempre com o mesmo grupo para todas as afiliadas. Assim é que, por exemplo, o Grupo Rede Bahia controla as 6 afiliadas da Globo na Bahia; as Organizações Jaime Câmara controlam as 8 afiliadas da Globo em Goiás e 3 no Tocantins, as Organizações Rômulo Maiorana controlam 9 das 10 afiliadas da Globo no Pará. No Rio Grande do Sul se concentra o grupo regional mais poderoso do Brasil, o Grupo RBS, comandado pela família Sirotsky, que detém 17

concessões de TV, sendo as 13 afiliadas da Globo no Rio Grande do Sul e as 4 em Santa Catarina¹⁸.

2.2.3 Propriedade Cruzada.

Os Diários e Emissoras Associados, de Assis Chateaubriand, conseguiram comandar, ao mesmo tempo, todos os tipos de meios de comunicação existentes até a década de 60, quando começou a ruir seu império. O grupo detinha o domínio concomitante de jornais, revistas, rádios e TV, e apenas esta última de forma apenas regional, em razão de impossibilidade técnica, no início dos anos 60, de retransmitir os conteúdos das geradoras. Como já conceituado atrás, a propriedade, ao mesmo tempo, de mais de uma espécie de mídia é chamada propriedade cruzada. Os grandes grupos de televisivos no Brasil, em razão da posição economicamente superior do seu mercado – que concentra a maior parte da verba publicitária – em relação às outras mídias, acabam por criar e adquirir outros veículos de comunicação, formando um grande conglomerado de empresas do setor. O quadro 3 mostra os veículos dominados pelo Grupo Globo. Ele está presente em rádios, revistas, programadoras, operadoras e canais de TV a Cabo, internet, jornais e cinema¹⁹.

Não apenas a Globo, mas diversas outras emissoras detém um controle bastante considerável de todas as porções de mídia existentes. O quadro 4 o demonstra, apresentando o número de veículos ligados aos maiores grupos de mídia existentes no Brasil²⁰

No que diz respeito a essa modalidade de concentração, existe sim um limite imposto por lei. É lei 12.485/11, que atualizou a lei de TV por assinatura. No seu artigo 5º, ela estipula o seguinte:

¹⁸ Fernandes (*op. cit.*) ainda aponta a propriedade, pelo RBS, de dois canais de TV comunitária, um no RS e outro em SC; o Canal Rural; diversos jornais em ambos os estados (com destaque para o Zero Hora, de Porto Alegre); 20 emissoras de rádio em ambos os estados, uma editora (RBS Publicações) e um selo fonográfico (Orbeat Music). Como se vê no tópico a seguir, é um caso notável de propriedade cruzada.

¹⁹ Outras fontes: <http://www.grupoglobo.globo.com/>; <http://gindre.com.br/conheca-as-organizacoes-globo/>; https://pt.wikipedia.org/wiki/Grupo_Globo.

²⁰ Quanto ao gráfico, deve ser feita a observação de que a quantidade de grupos afiliados não corresponde à mesma quantidade de emissoras afiliadas. Por exemplo, o grupo RBS, como já dito mais acima, possui 13 afiliadas da Globo no Estado do Rio Grande do Sul e 6 em Santa Catarina. A Organização Jaime Câmara, por seu turno, possui 8 afiliadas da Globo no Estado de Goiás.

Quadro 3: Propriedade cruzada. Organograma de empresas pertencentes às Organizações Globo



(Fonte: <http://arturoilha.com.br/organizacoes-globo-saiba-quais-empresas-do-grupo-globo/>)

Art. 5º O controle ou a titularidade de participação superior a 50% (cinquenta por cento) do capital total e votante de empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo não poderá ser detido, direta, indiretamente ou por meio de empresa sob controle comum, por concessionárias e permissionárias de radiodifusão sonora e de sons e imagens e por produtoras e programadoras com sede no Brasil, ficando vedado a estas explorar diretamente aqueles serviços.

§ 1º O controle ou a titularidade de participação superior a 30% (trinta por cento) do capital total e votante de concessionárias e permissionárias de radiodifusão sonora e de sons e imagens e de produtoras e programadoras com sede no Brasil não poderá ser detido, direta, indiretamente ou por meio de empresa sob controle comum, por prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, ficando vedado a estas explorar diretamente aqueles serviços.

Quadro 4. Números da propriedade cruzada dos meios de comunicação no Brasil.

Tabela 8 Conglomerados que integram o Sistema Central de Mídia no Brasil

Conglomerado	Redes controladas	Grupos afiliados	TVs	FMs	OMs	OCs	OTs	Radcom	Jornais	Revistas	Cabo	MMDS	DTH	TVA	Canal	Veículos por conglomerado
1. Organizações Globo	Rede Globo, CBN AM, CBN FM, Globo AM	40	111	86	67	11	4	1	37	27	9	10	1	2	17	383
2. Sílvio Santos	SBT	37	58	70	39	1	2	1	12	0	1	10	1	0	0	195
3. Bandeirantes	Band, PlayTV, Band News FM, Band FM e Band Sat AM	26	45	58	50	5	4	0	12	0	13	1	0	0	2	190
4. Igreja Universal do Reino de Deus	Record, Família, Record News, Rede Aleluia	34	49	54	36	5	3	0	9	0	0	0	0	0	0	156
5. Governo Federal	TV Brasil	12	18	32	27	10	7	0	1	0	0	0	0	0	0	95
6. TeleTV	Rede TV!	21	26	33	17	0	2	0	4	0	1	1	0	0	0	84
7. Abril	MTV Brasil	7	2	6	2	0	0	0	0	58	5	5	0	4	1	83
8. Amaral de Carvalho	Jovem Pan Sat FM e AM	12	22	30	11	0	1	0	6	0	0	0	0	0	0	70
9. Governo do Estado de São Paulo	TV Cultura	12	11	15	7	5	2	0	1	0	0	0	0	0	0	41
10. Organização Monteiro de Barros	Rede Vida	3	1	7	3	0	1	0	1	0	0	0	0	0	0	13
Sistema Central de Mídia		204*	343	391	259	37	26	2	83	85	29	27	2	6	20	1.310

Fonte: Levantamento do autor com base nos dados do Projeto Donos da Mídia (2008)

* O número de grupos que compõe o Sistema Central de Mídia inclui os casos de dupla afiliação, ou seja, grupos que se relacionam com mais de um conglomerado de mídia. Por isso, o total supera os 183 grupos existentes no País.

A norma proíbe que empresas de telecomunicações controlem empresas de radiodifusão e vice-versa. Também impede que os serviços de cada setor sejam prestados por um grupo que atua no outro. Assim, empresas telefônicas que distribuem o sinal da TV paga estão proibidas, por exemplo, de produzir conteúdos para esses canais (INTERVOZES, 2015).

Este dispositivo foi, de igual forma ao o artigo 6º, I e II, analisados logo atrás, alvo das mesmas ações de inconstitucionalidade e, assim como aqueles, foram considerados válidos, pelo placar parcial de 5 x 0. Na análise do voto do relator, foi dada uma especial atenção aos componentes do direito econômico para sustentar a validade da norma, além de muitos dos argumentos trazidos dos próprios debates legislativos, numa interpretação histórica. A disciplina constitucional acerca dos meios de comunicação não foi olvidada, contudo, com menções ao risco à democracia que a concentração econômica, especialmente neste mercado, pode trazer.

No mercado de produtos audiovisuais, os efeitos deletérios da concentração excessiva de poder econômico suscitam problemas adicionais e de inegável sensibilidade constitucional. Refiro-me aqui aos desdobramentos nocivos da concorrência imperfeita sobre o direito à liberdade de expressão e à liberdade de informação. Embora tratando do tema principalmente sob a ótica da radiodifusão, transcrevo a lição precisa de Alexandre Sankiewicz, cujo magistério, acredito, aplica-se, *mutatis mutandis*, à hipótese da TV por assinatura, enquanto espécie de comunicação social: ‘No campo da comunicação social, porém, os efeitos vão além dos prejuízos econômicos. Monopólios e oligopólios acarretam a diminuição da diversidade de informação ofertada na esfera pública com consequências deletérias para a democracia coparticipativa. Concentrações ilegais, nesse campo, não terão como consequência o mero aumento do preço do jornal, mas podem afetar o pluralismo, a veracidade e a objetividade da informação divulgada. Ademais, a diversidade dos produtos midiáticos exerce influência considerável sobre os valores da sociedade que consome tais produtos e contribui para a formação da agenda pública e da opinião da população sobre temas de relevante interesse nacional. Na mídia, a concentração econômica é considerada uma ameaça ao mercado de ideias, pois tende a provocar um impacto negativo no pluralismo informativo e de conteúdos que se espera dos meios de comunicação social. Quanto menor o número de instituições, menor o número de pessoas tomando decisões sobre a diversidade de conteúdo e, em princípio, menor o número de vozes que conseguem se fazer representar na esfera pública. (...) Os efeitos indesejados da concentração ademais não são circunscritos apenas à redução da diversidade. Eles também aumentam o risco de que certos interesses políticos, pessoais ou econômicos prevaleçam sobre o dever de veracidade e objetividade. Na área da comunicação social, em especial, concentração econômica significa concentração de influência, que pode ser facilmente usada para obtenção de lucros políticos e ideológicos’.

É de notar que a limitação trazida pela lei se dá numa esfera de regime privado, dado que é essa a natureza do serviço da TV por assinatura. Se assim o é, que dizer quando o regime é o público, como é o caso das concessionárias de radiodifusão? Com muito mais razão os princípios acima devem ser aplicados. Interessa notar que, quanto aos critérios que o governo federal utiliza nos editais de concessão para TV de alta potência, o critério econômico é o mais relevante (INTERVOZES, SÃO PAULO, *op cit.*), o que faz com que a possibilidade da aparição de novos atores no mercado torne-se praticamente inviável devido à concorrência brutal em face de um poderio econômico formado há quase meio século. Tratando-se de um serviço público, o exercício por particular deverá ser exercido na linha do que sucintamente afirmou e, detalhadamente, através da pena alheia, endossou o ministro da corte. Toda a política de comunicação

nacional deve estar voltada para vedar a formação (no caso, manutenção) do oligopólio sobre a formação da opinião. É uma exigência constitucional há quase 30 anos descumprida sem que haja muitas vozes que se levantem contrariamente ao cenário.

O combate à propriedade cruzada conta com um caso recente, de alguma repercussão. A Agência Nacional do Cinema – ANCINE – é responsável pela fiscalização e controle da aplicação das normas da TV por assinatura (competência esta confirmada, inclusive, pelas ADI's mencionadas). A agência determinou a retirada do ar do canal Sports+ presente nos pacotes da operadora Sky, pelo fato de esta supostamente deter a programadora Time Out com o fim exclusivo de viabilizar tecnicamente a programação do canal Sports+. A abertura de processo administrativo deu-se pela estranheza em relação à criação da programadora logo após a edição da lei, o que fez com que o canal Sky Sports tivesse de ser retirado; da recusa da apresentação de documentos societários por parte da Time Out; e da existência de um contrato extremamente vantajoso para a Sky, com a retenção das receitas oriundas de publicidade. (BRASIL, 2013). Afora esta explicação inicial do problema, a ANCINE não voltou a se manifestar sobre o assunto em seu site. Em outros sítios eletrônicos consta a informação de que, inicialmente, a Sky negou-se a tirar o canal do ar (VAQUER, 2015); posteriormente, foi feito um Termo de Ajustamento de Conduta que possibilitou a permanência do canal sob algumas condições (TERRA, 2015); em seguida, a Sky resolveu retirar o canal do ar em razão de ter perdido os direitos sobre a maior parte dos eventos esportivos que tinha sob contrato (REZENDE, 2015); por último, a ANCINE resolve, a inobstante a retirada voluntária do ar, multar a Sky em 5 milhões de reais (TELAVIVA, 2015).

2.3 Clientelismo político

Para José Murilo Carvalho, o conceito de clientelismo, de um modo geral, indica “um tipo de relação entre atores políticos que envolve concessão de benefícios públicos, na forma de empregos, vantagens fiscais, isenções, em troca de apoio político, sobretudo na forma de voto”. (CARVALHO, 1998. p.134). O clientelismo é um conceito muito usado para descrever as relações da sociedade com a estrutura patrimonialista que a governa. Observa-se nessa sociedade de “homens cordiais” uma relação de troca de favores entre aqueles que detêm o poder político, o estamento

burocrático, e aqueles que, sem direito de entrada neste estamento, ainda assim procuram beneficiar-se de alguma forma através de um apoio eleitoral aos grupos concorrentes ao poder (OLIVEIRA, 2009). O clientelismo, em suma, fala sobre a troca de favores em que um dos beneficiados recebe dádivas do agente político do estado, e recebe o apoio político necessário para a manutenção do seu poder.

A literatura política que descreve o tema, contudo, geralmente aborda o clientelismo sob uma perspectiva da absorção, pelo poder político constituído, das camadas mais marginalizadas da sociedade, que não teriam acesso ao estamento burocrático pela via eleitoral. Trata-se, assim, das variadas formas de compra de voto e nomeação para cargos públicos menos relevantes, para citar os exemplos mais comuns.

Esta relação de simbiose, contudo, alcança sobremaneira os grandes setores do poder econômico, curiosamente sem que se lhe aponha com tanta segurança a mesma categoria sociológica. Entretanto, no caso da histórica relação entre o Estado e os conglomerados de mídia, os analistas não tiveram dificuldade em rotular como clientelismo político a troca de favores entre os governantes e aqueles beneficiados com concessões de radiodifusão.

Embora a TV tenha se popularizado no em meados dos anos 70, a falta de expertise no setor (lembremo-nos que a Globo foi financiada e tecnicamente dirigida pela Time-Life no seu início), a infra-estrutura ainda cambaleante e, principalmente, a tendência a um discurso único, dado que estávamos em pleno regime militar e a Rede Globo já ocupava a cadeira de Televisão oficial do regime, isso tudo contribuiu para que o número de concessões de TV não fosse tão notável. No final das contas, a falta de uma grande necessidade de “convencimento” através de benesses do governo federal a políticos, dada a inexistência da pluralidade ideológica, fazia o regime prescindir da liberação de concessões, ao contrário do que se verificou no momento da distensão. (FERNANDES, *op. cit.*).

O início da dos anos de 80 trazia novas perspectivas para o futuro do país e a reabertura política parecia germinar. No campo da comunicação, a década ficaria marcada como aquela na qual, de longe, mais se distribuiu concessões de canais de radiodifusão. Desde a procura por apoio ideológico na transição de regime até a aprovação da Constituição Federal de 1988, pulularam decretos de concessão das mesas do executivo federal.

Com efeito, no governo o general Baptista Figueiredo (1979-85), as concessões da radiodifusão assumiram um ritmo acelerado como nunca antes tinha sido visto. Em 13 de novembro de 1980 foi aprovada através de emenda constitucional a volta das eleições diretas para governadores e senadores, que deveria se dar no ano de 1982 (FOLHA DE SÃO PAULO: s.d.).

Durante o governo Figueiredo (1979-1985), foram concedidos nada menos do que 634 canais de radiodifusão, 295 rádios AM, 299 rádios FM e 40 emissoras de TV, concessões as quais, segundo LIMA (2011) e PIERANTI (2006) basearam-se basicamente em critérios de suporte político.

Com a redemocratização, inicia-se um capítulo especial, dado que se esperava – e até se prometia, por parte do presidente Tancredo Neves (LIMA, *op. cit.*), – que princípios republicanos fossem dirigir a política de concessões do serviço de radiodifusão desde então. Entretanto, como o mesmo autor adverte, a pressão feita pelos fortes grupos de mídia (ABERT) ao agrupamento da candidatura do senador mineiro não passou despercebida na composição do primeiro governo civil em duas décadas. Pedro BIAL (2004) escreve que por ocasião da formação do governo de Tancredo Neves, o ex-senador Ulysses Guimarães foi ao encontro do então Presidente eleito, para criticar a nomeação de Antônio Carlos Magalhães como ministro das comunicações. A resposta, segundo o autor, foi a seguinte: “Olha Ulysses, 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”. Trata-se de Roberto Marinho, fundador da Rede Globo de televisão, e que, como aparenta pelo receio de um presidente recém-eleito, exercia considerável influência nos mecanismos de poder da república.

As prováveis dúvidas que rodeavam a mente do futuro presidente da constituinte acabaram por se confirmar no campo da comunicação nacional. Junto agora do presidente José Sarney, empossado em razão do falecimento de Tancredo, eles se utilizam das concessões para barganha de poder dentro da Assembleia Nacional Constituinte. A farra das concessões no período de 1985-88 é assim retratada por PIERANTI (*op. cit.*:107-108):

As concessões de emissoras de radiodifusão aumentaram consideravelmente durante o governo Sarney, sendo usadas, em muitos casos, como forma de barganha com os parlamentares que compunham a Assembléia Constituinte. De 1985 a 1988, o Presidente

da República fez 1.028 concessões – 30,9% de todas as 3.330 concessões outorgadas no Brasil até o governo Collor. Desde 1988, logo depois da promulgação da Constituição Federal, o Congresso Nacional passou a ser responsável pela aprovação ou veto das concessões feitas pelo governo federal. Antes disso, em apenas dois anos, 1987 e 1988, foram distribuídas 747 emissoras de rádio e TV. Em 1988, ano decisivo para a votação da nova Constituição, foram 539 (52% do total do governo Sarney). Em três anos, 168 concessões foram outorgadas apenas para empresas ligadas a 91 deputados federais e senadores. Desses, 82 (90,1%) votaram a favor da emenda que aumentou para cinco anos o mandato de Sarney.

No ano de 1995, o presidente Fernando Henrique Cardoso, através do decreto 1720/95, posteriormente alterado pelo decreto 2108/96, regulamentou o cenário das comunicações de forma condizente à constituição federal de 1988, para exigir licitação das outorgas do serviço de radiodifusão. Entretanto, a mesma norma trazia exceções para a regra:

"Art. 13. O edital será elaborado pelo Ministério das Comunicações, observados, dentre outros, os seguintes elementos e requisitos necessários à formulação das propostas para a execução do serviço:

1º É dispensável a licitação para outorga para execução de serviço de radiodifusão com fins exclusivamente educativos.

Desta forma, ficaram fora da regra de certame as chamadas TV's educativas, tida pelo decreto 269/67 como aquela que "se destinará à divulgação de programas educacionais, mediante a transmissão de aulas, conferências, palestras e debates" (art. 13). Esta exceção fez com que o clientelismo, tal como água, se amoldasse ao terreno.

O Intervozes (2007) reproduz duas reportagens da Folha de São Paulo que trataram de novos episódios de farra de concessões, agora de TV's educativas.

[...] em sete anos e meio de governo, além das 539 emissoras comerciais vendidas por licitação, FHC autorizou 357 concessões educativas sem licitação. [...] A distribuição foi concentrada nos três anos em que o deputado federal Pimenta da Veiga(PSDB-MG), coordenador da campanha [presidencial] de José Serra, esteve à frente do Ministério das Comunicações. Ele ocupou o cargo de janeiro de 1999 a abril de 2002, quando, segundo seus próprios cálculos, autorizou perto de cem TVs educativas. Pelo menos 23 foram para políticos. A maioria dos casos detectados pela Folha é em Minas Gerais, base eleitoral de Pimenta da Veiga, mas há em São Paulo, Rio de Janeiro, Espírito Santo, Bahia, Pernambuco, Alagoas, Maranhão, Roraima e Mato Grosso do Sul (*apud* Folha de São Paulo, 2002)

O governo Lula reproduziu uma prática dos que o antecederam e distribuiu pelo menos sete concessões de TV e 27 rádios educativas a fundações ligadas a políticos. Entre políticos contemplados estão os senadores Magno Malta (PL-ES) e Leonel Pavan (PSDB-SC). A lista inclui ainda os deputados federais João Caldas (PL-AL), Wladimir Costa (PMDB-PA) e Silas Câmara (PTB-AM), além de deputados estaduais, ex-deputados, prefeitos e ex-prefeitos. Em três anos e meio de governo, Lula aprovou 110 emissoras educativas, sendo 29 televisões e 81 rádios. Levando em conta somente as concessões a políticos, significa que ao menos uma em cada três rádios foi parar, diretamente ou indiretamente, nas mãos deles. (*apud* Folha de São Paulo, 2006).

Ainda outra exceção legal à regra da licitação acabou transformando-se, mormente na década de 90, em dádivas em troca de apoio político. As “retransmissoras de caráter misto” existiram de 1991 até 1998. Em regra, as retransmissoras não tem programação própria, ao contrário das afiliadas, servindo apenas como ponte de sinal destas com localidades mais distantes. O portaria ministerial 236/91, do ministério da infra-estrutura, admitiu, porém, que, desde que explorado por entidades com fins exclusivamente educativos, poderia ter programação própria, segundo determinado percentual. (LIMA, 2007)

O decreto 2.593/98 extinguiu as RTV's mistas, mas possibilitou aos concessionários uma migração para um novo regime:

Art. 39. As entidades que atualmente executam o Serviço de RTV com inserções publicitárias ou de programação, interessadas em sua continuidade, deverão solicitar ao Ministério das Comunicações a referência dos canais que utilizam do Plano Básico de Distribuição de Canais de Retransmissão de Televisão para o correspondente Plano Básico de Distribuição de Canais de Televisão. (...)

§ 2º Efetivada a transferência de canais de retransmissão de sinais provenientes de estação geradora de televisão educativa, o Ministério das Comunicações analisará as solicitações recebidas para outorga de concessão para execução do Serviço de Radiodifusão de Sons e Imagens Educativa.

Ainda dentro da vigência da portaria interministerial 236/91, reportagem do Correio Braziliense, citada por FERNANDES (*op.cit*), destaca o número considerável de RTV's mistas concedidas e destaca o número de 400 outorgas entregues um mês antes da aprovação da emenda da reeleição.

Segundo levantamento feito por Sylvio Costa e Jayme Brener junto ao Ministério das Comunicações, o governo do presidente Fernando Henrique Cardoso, por intermédio do seu ministro das comunicações, Sérgio Mota, outorgou nada menos que: “1.848 RTV’s: 527 entregues a empresas de comunicação sem vínculos partidários, 479 a prefeituras municipais, 472 a empresas e entidades ligadas a igrejas, 102 a fundações educativas e, o que mais importa (...) 268 para entidades ou empresas controladas por 87 políticos – 19 deputados federais e 6 senadores, todos favoráveis à reeleição; além de 2 governadores, 11 deputados estaduais, 7 prefeitos, 8 ex-deputados federais; 3 ex-governadores, 8 ex-prefeitos e outros 23 políticos.

Segundo LIMA (2007), a possibilidade de mudança de RTV mista para Geradora Educativa só findou em 2005, através do Decreto 5.371/05. As emissoras que solicitaram a reversão anteriormente mantiveram suas concessões.

Além do uso escancarado da concessão como moeda de troca no âmbito político, deve ser ressaltado que, embora os diplomas que regulamentaram o tema tenham dado sempre destaque para o caráter educativo, tanto da entidade concessionária, quando da programação desenvolvida, as normas nunca passaram de letra-morta. Como caricatura da situação, a Igreja Renascer em Cristo, que basicamente faz proselitismo religioso.

Na verdade, essa definição se revelou apenas mais uma formalidade porque as geradoras educativas nunca seguiram sua orientação. Uma prova disso é que, até hoje, existem inúmeras concessões de radiodifusão educativa controladas por diferentes igrejas – lideradas inclusive por políticos – que fazem proselitismo religioso permanente. Um exemplo é a Igreja Renascer em Cristo, cujos líderes foram presos nos Estados Unidos acusados de contrabando de dinheiro e depoimento falso à polícia e que também respondem a ação judicial do Ministério Público de São Paulo por lavagem de dinheiro, falsidade ideológica e estelionato. A Renascer criou a Fundação Trindade, nos anos 80, especificamente para obter uma geradora de televisão educativa que se transformou na Rede Gospel de TV através de autorizações para instalação de uma série de RTVs, isto é, retransmissoras de televisão. (LIMA, 2007)

2.3.1 Veículos de mídia sob propriedade de agentes políticos.

Em decorrência das relações troca acima apontadas, na qual o apoio político é recompensado com outorgas de licenças para a radiodifusão, formou-se um quadro extremamente pernicioso para a democracia, no qual uma grande parcela de políticos é detentora de empresas concessionárias de serviços de radiodifusão. É notável o controle de opinião sobre o sistema político nos níveis estadual e municipal, através de TV’s

educativas e retransmissoras e, principalmente, as afiliadas das maiores redes de televisão do país e que, por seu turno, através da propriedade cruzada, também comandam localmente cadeias de rádio e imprensa escrita. Assim, o controle da situação política é estabelecida pelo controle da imprensa. Em regra, políticos bem sucedidos foram ou são beneficiados com outorgas de radiodifusão, e esta realidade é espalhada em todo o Brasil. Neste tópico tenta-se colacionar algumas informações que retratem essa realidade, devendo se ressaltar, contudo, que grandes dificuldades que os pesquisadores do mercado de mídia encontram são, por um lado, o acesso às informações sobre propriedade dos meios de comunicação e, por outro, quando superada a barreira anterior, a tranquilidade encontrada, neste ramo, para que os políticos se escondam atrás de “laranjas”, problemática que é abordada no capítulo a seguir..

Görge, citado por FERNANDES (*op. cit*), através do projeto “Donos da Mídia”, destacou, em 2008, que foram encontrados dados referentes à propriedade ou direção de empresas concessionárias de serviços de radiodifusão (rádio e TV aberta) para 271 políticos, de forma oficial (no próprio registro excluindo-se a possibilidade de “laranjas”), sendo que eram 20 os senadores, 48 deputados federais, 55 deputados estaduais e 147 prefeitos.

Suzy dos SANTOS (2005), por sua vez, e ressaltando que se tratava da outorga em nome próprio ou de parentes, revelou em sua pesquisa a existência de 128 geradoras de TV pertencentes a grupos políticos, correspondente a 33,6% do total, e 1765 retransmissoras (ver tópico anterior), o que corresponde a 18,03% do total.

Com dados mais atualizados, embora apenas relativos ao legislativo federal, o INTERVOZES (2015:34), traz as seguintes informações:

Embora se baseie em condutas arcaicas, a apropriação das concessões por políticos segue sendo um problema atual. Na legislatura passada (2010 – 2014), eram 40 os parlamentares federais que controlavam diretamente emissoras de radiodifusão. Na que foi iniciada em 2015, são ao todo 44, sendo 9 senadores e 35 deputados. Parte deles integra a Comissão de Ciência, Tecnologia, Comunicação e Informática (CCTCI) da Câmara, por onde passam todos os processos de outorga. Assim, deputados chegam a votar em matérias referentes à renovação das próprias concessões que controlam, o que deixa explícito o conflito de interesses que essa situação gera. Também composta por parlamentares radiodifusores e seus parceiros, em 2011, a Comissão

de Constituição e Justiça (CCJ) da Câmara dos Deputados, para onde vão os processos depois da CCTCI, aprovou 38 concessões de radiodifusão e a renovação de outras 65 em apenas três minutos e com apenas um deputado no Plenário.²¹

São retratos bastante fiéis do quadro da radiodifusão brasileira. Pode-se dizer, em verdade, fazendo uma retrospectiva do que foi analisado por ora, que é bastante plausível contar a história do Brasil, do século anterior até aqui, tomando por base o tratamento dado ao serviço de radiodifusão. A estrutura política nacional, relevantes momentos de inflexão, a adoção de parâmetros e valores sociais de diversos vieses, a semântica da democracia, do poder e dos lugares sociais, tudo de alguma forma resvala na grande concentração que uma muito reduzida parcela da sociedade conseguiu reter até hoje, sem controle eficaz por parte do Estado, de um meio de poder inestimável, que é a comunicação social de massa.

A nosso ver, a propósito, dois fatores dramatizam ainda mais a situação. Em primeiro lugar, o processo de naturalização da posição intocável dos meios de comunicação, visto que, muito embora a sua concentração seja um dos problemas mais graves numa sociedade, à medida que fere a própria democracia e gera um desequilíbrio em toda dinâmica social, este assunto é pobremente debatido, fazendo com que se perpetue o domínio. Em segundo lugar, a falta de eficácia da legislação existente para que se observe o mínimo de regulação do setor. É dizer: embora uma característica nacional histórica sobre o tema seja a não regulação, permitindo-se quase tudo à empresas executoras do serviço de radiodifusão, mesmo as normas existentes são, ou desconsideradas, ou interpretadas de modo a reduzir sua eficácia. É sobre este segundo ponto que trataremos a seguir.

²¹ Vale ressaltar ainda, sublinhando essa relação de interesse direto entre parte expressiva da classe política e a ausência de regras no mercado de comunicação, é sintomático que dentre as já mencionadas ações diretas de inconstitucionalidade apresentadas contra a lei de TV por assinatura (ADI 4.679 e lei 12.485/11), que tinha como uma das suas novidades a inédita inserção do controle de propriedade cruzada, seu subscritor foi um partido político, o Democratas (DEM), por sinal, o partido abraçado pelo ex-político Antônio Carlos Magalhães, já citado acima pela sua participação enquanto ministro das comunicações do governo Sarney.

CAPÍTULO 3 REGULAÇÃO: ENTRE A AUSÊNCIA E A INDIFERENÇA

É notório que a pauta mais longeva e mais insistente dos grupos que defendem o direito à comunicação é a regulamentação do setor conforme a prescrição oferecida pela Constituição Federal, o parâmetro máximo do ordenamento jurídico. A inserção de um capítulo no texto magno a tratar especificamente da comunicação social atendeu a um processo de luta importante dentro da sociedade civil, mas a forma como boa parte das normas foi estabelecida acabou por torná-las aparentemente parte de um projeto, e não de uma realidade. É que no que diz respeito aos temas mais sensíveis, tanto a limitação da propriedade, quanto do conteúdo, elas ficaram entre aqueles níveis de eficácia que a doutrina de José Afonso da Silva optou por chamar de normas de eficácia limitada e normas programáticas. Todas, enfim, aparentemente a requerer legislação infraconstitucional para lhes conferir pragmatismo. Desde então até hoje – e sem perspectiva de melhoras em futuro próximo – estes temas têm recebido de forma geral um desdém político e uma falta de ousadia jurídica, esta última tão frequente em outras áreas do direito, já acostumado a contorcionismos e inovações hermenêuticas em nome da eficácia máxima da constituição.

De forma explícita, a constituição exige a regulamentação legal nos artigos 220, párr 3º e 4º²²; 221, III²³; 222, párr 3º e 4º²⁴. Estão regulados os artigos 220, párr 4º e 222,

²² § 3º Compete à lei federal: I - 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; II - 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, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. § 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

²³ Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; IV- respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

²⁴ Art. 222. A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País. § 1º Em qualquer caso, pelo menos setenta por cento do capital total e do capital votante das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens

pár 4°. Nenhum dos temas que dizem respeito ao controle de propriedade e de conteúdo encontram-se regulamentados. A previsão da proibição do oligopólio ou monopólio nos meios de comunicação, grande ferida histórica do nosso sistema, embora encontre algum eco no decreto-lei 236/67, não atende aos reclamos atuais, na dogmática, e nem à sua própria letra na prática; a previsão de requisitos para percentuais de programação regional simplesmente não existe, o que justifica o fato de que a televisão brasileira, toda ela, é basicamente padronizada na produção que é realizada no eixo Rio-São Paulo, o que gera desvios culturais de identidade e de mercado, além de empobrecer o debate público no nível local; por outro lado, embora o texto magno não expresse literalmente, a ausência de regulamentação específica no que se refere às diretrizes estabelecidas em todo o artigo 221 abre espaço para a banalização do uso da radiodifusão, cujo conteúdo acaba sendo produzido apenas a partir do propósito comercial; por último, e relacionado a esta mesma questão do conteúdo, os instrumentos legais exigidos pelo artigo 220 pár. 3º, II, não foram, também, trazidos por lei, o que reforça a despreocupação das emissoras com qualquer aspecto comercial que não seja o comercial.

Importante, quanto a esta questão, foi o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO 11) junto ao STF. A ação, proposta pelo PSOL, e subscrita pelo jurista Fábio Konder Comparato, requer a declaração de omissão legislativa dos seguintes dispositivos constitucionais: artigos 5º, inciso V; 220, § 3º, II; 220, § 5º; todos os incisos do artigo 221 e artigo 222, § 3. Ainda não há votos.

Os reclamos pela vivacidade do texto constitucional, seja encontrando saídas nele próprio ou na sua regulamentação, são complementados por um análise crítica da legislação existente. Muito embora se aguarde pela regulamentação dos meios, notadamente quanto aos assuntos acima referidos, é certo que o ordenamento jurídico já conta com diplomas que cumpririam algumas das funções de controle de propriedade e conteúdos. O problema enfrentado aqui, contudo, é o da não aplicação dessas normas, que têm sua eficácia reduzida através das interpretações que desde muito lhe conferem o

deverá pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, que exercerão obrigatoriamente a gestão das atividades e estabelecerão o conteúdo da programação. § 3º Os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais. § 4º Lei disciplinará a participação de capital estrangeiro nas empresas de que trata o § 1º.

Ministério das Comunicações, responsável pela fiscalização do setor de radiodifusão televisiva. Os tópicos a seguir tratam de situações desse viés.

3.1 Regras sobre a limitação de propriedade

A regra vigente que limita a propriedade horizontal na radiodifusão brasileira é o decreto-lei 236/67. No que toca aos limites de propriedade da radiodifusão televisiva, ele assim dispõe:

Art 12. Cada entidade só poderá ter concessão ou permissão para executar serviço de radiodifusão, em todo o país, dentro dos seguintes limites:

(...)

2) Estações radiodifusoras de som e imagem - 10 em todo território nacional, sendo no máximo 5 em VHF e 2 por Estado.

§ 2º - Não serão computadas para os efeitos do presente artigo, as estações repetidoras e retransmissoras de televisão, pertencentes às estações geradoras.

§ 3º - Não poderão ter concessão ou permissão as entidades das quais faça parte acionista ou cotista que integre o quadro social de outras empresas executantes do serviço de radiodifusão, além dos limites fixados neste artigo.

§ 4º Os atuais concessionários e permissionários de serviços de radiodifusão, bem como os cotistas e acionistas dessas empresas, que não atendem às limitações estipuladas neste artigo, deverão a êle ir-se adaptando, na razão de vinte e cinco por cento (25%) do excesso ao ano, a contar de um ano da data da publicação desta lei.

§ 5º - Nenhuma pessoa poderá participar da direção de mais de uma empresa de radiodifusão, em localidades diversas, em excesso aos limites estabelecidos neste artigo.

§ 6º - É vedada a transferência direta ou indireta da concessão ou permissão, sem prévia autorização do Governo Federal.

§ 7º - As empresas concessionárias ou permissionárias de serviço de radiodifusão não poderão estar subordinada a outras entidades que se constituem com a finalidade de estabelecer direção ou orientação única, através de cadeias ou associações de qualquer espécie.

Desde já, deve-se dizer que não existe no Brasil a possibilidade jurídica de uma TV de alcance nacional. Esta afirmativa pode causar estranheza em razão da distância da realidade, e é justamente essa distância que é abordada neste e nos tópicos seguintes. O que acontece é que, como explicado mais atrás, os grandes conglomerados de TV, que são localizados no eixo RJ-SP, espalham sua imagem para todo o Brasil através dos contratos de filiação.

Assim, segundo o *caput* do artigo, cada entidade pode no máximo deter a propriedade de 10 empresas, sendo 5 de VHF e duas por estado. Assim, as maiores empresas do Brasil, embora espalhem seu sinal por todo o país, detém no máximo 5 geradoras, a exemplo da Globo, que as possui em Brasília, Rio de Janeiro, São Paulo, Belo Horizonte e Recife.

No que diz respeito, primeiramente, à falha de alcance do dispositivo, VERIDIANA (2014) ressalta que, caso se quisesse, de fato, primar pelo equilíbrio e pelo pluralismo, o limite de propriedade ater-se-ia à população atingida, a não apenas ao número de empresas. Com efeito, sob o ponto de vista do controle de opinião e alcance, muito difere possuir uma geradora em no Estado de São Paulo (cerca de 40 milhões de habitantes) e 5 em Sergipe (cerca de 2 milhões).

Quanto ao texto positivado e à sua aplicabilidade, muito embora os parágrafos 3º, 4º e 5º especifiquem a proibição de se deter mais empresas do que o limite permitido no *caput* do artigo, esta norma é basicamente desdenhada no sistema jurídico. É que, como lembram VERIDIANA (*op.cit*), LIMA (2011) e INTERVOZES (2015), quando se fala de entidade, o Ministério das Comunicações entende apenas a pessoa física, proprietária ou acionista, sem sequer reparar na relação de parentesco.

Se ainda que com o mesmo sobrenome, o que torna óbvia a fraude aos anseios da lei, o executivo não molda sua interpretação à realidade, menos ainda se espera quando os “laranjas” ou “testas-de-ferro” se apresentam como titulares da empresa. Nesse dizer, vale o questionamento:

Por que, então, o MiniCom não atua diante dos excessos? Primeiro, o Ministério não trabalha analisando os grupos econômicos de forma geral, como faz no caso do setor de telecomunicações. Isso seria importante porque muitos conglomerados são formados pela junção de

pessoas jurídicas distintas. Não faz sentido, portanto, considerá-las isoladamente. Mas é exatamente isso o que o órgão fiscalizador da radiodifusão no Brasil faz. E mais. Para o Ministério das Comunicações, CNPJs diferentes significam entidades diferentes. Uma interpretação que precisa ser alterada, pois para obter um novo registro de pessoa jurídica basta uma simples mudança na composição acionária do grupo.

Além de não avaliar a composição e o conseqüente controle pelos mesmos agentes, o órgão também não considera o grau de parentesco existente entre os sócios. Essa postura permissiva, na prática, autoriza que vários sócios ou mesmo proprietários “laranjas” justifiquem a propriedade de diversos meios de comunicação que, em essência, pertencem a um mesmo grupo. (INTERVOZES, 2015)

3.2 As “redes”

A grande chave para a existência de megaconglomerados nacionais de mídia, entretanto, está na já aludida formação de rede nacionais de Televisão. Conforme explicado no capítulo anterior, na impossibilidade de levar seu sinal até todos os cantos do Brasil, as cabeças-de-rede, geradoras geralmente centradas no Rio e em São Paulo, contratam com geradoras afiliadas em outros Estados, de modo que estas basicamente reproduzem sua programação, em troca de audiência e com direito à publicidade local. As afiliadas, por seu turno, espalham o seu sinal por todo o Estado através de retransmissoras e repetidoras. Esta operação faz com que a Rede Globo consiga chegar a nada menos do que 99% das TV’s brasileiras.²⁵

Entretanto, embora conte com um contumaz beneplácito do poder executivo, esta prática, da forma que é feita, é ilegal. Repetindo o artigo 7º, do artigo 12, acima citado, tem-se que “as emprêsas concessionárias ou permissionárias de serviço de radiodifusão não poderão estar subordinada a outras entidades que se constituem com a

25 Decreto 5.371/05: Art. 6º Para os efeitos deste Regulamento, são adotadas as seguintes definições: I - Estação Geradora de Televisão: é o conjunto de equipamentos, incluindo os acessórios, que realiza emissões portadoras de programas que têm origem em seus próprios estúdios; II - Estação Repetidora de Televisão: é o conjunto de receptores e transmissores, incluindo equipamentos acessórios, capaz de captar os sinais de sons e imagens oriundos de uma estação geradora, recebidos diretamente dessa geradora ou de outra repetidora, terrestre ou espacial, de forma a possibilitar seu transporte para outra repetidora, para uma retransmissora ou para outra geradora de televisão; III - Estação Retransmissora de Televisão: é o conjunto de receptores e transmissores, incluindo equipamentos acessórios, capaz de captar sinais de sons e imagens e retransmiti-los, simultaneamente ou não, para recepção pelo público em geral;

finalidade de estabelecer direção ou orientação única, através de cadeias ou associações de qualquer espécie”.

A pergunta, então, seria: as afiliadas dos poucos megaconglomerados de mídia (Globo, SBT, Band, Record) apresentam um nível de autonomia razoável em relação às suas cabeças-de-rede, ou basicamente recebem orientações, determinações padronizadas no seu fazer enquanto geradora? É absolutamente notória a situação de vassalagem das afiliadas em relação às cabeças-de-rede. Basta olhar os horários de programação local disponíveis, usualmente idêntico para todas, a estética dos programas e a linha editorial. Quem acompanhar um jornal local da Globo ou STB, desde o Piauí até o Paraná, verá que eles têm a mesma forma e, geralmente o mesmo nome. Isso para mencionar o pouco que compete às geradoras afiliadas de sua produção local. Como lembra o INTERVOZES (2015), 90% da programação transmitida, em média, pelas afiliadas, apenas repete a programação da cabeça-de-rede.

Não há sentido, então, em infirmar que a TV aberta no Brasil opera em cadeia, com o mesmo conteúdo sendo transmitido simultaneamente para todo o país, em flagrante desrespeito ao artigo 12, par. 7º do decreto-lei 236/67. Trata-se de um descomunal controle de opinião, nocivo à democracia e à pluralidade. É relevante lembrar que a necessidade de se priorizar a programação regional foi adotada pela constituição federal (Artigo 221, III), e replicada pelos decretos 2.108/96 e 7.670/2012, como critérios relevantes para se obter uma concessão. Todas estas normas, contudo, operam em um sistema jurídico de faz-de-conta, sem a menor eficácia e, aparentemente, sem quem as faça pulsar, dada a naturalidade com que é burlado.

3.3 Concessionárias de Radiodifusão e Políticos

Esta formatação da geração em cadeia, ilegal porém real, foi produzida através de algumas décadas de trocas de favores entre o poder político e econômico central e oligarquias regionais. Visto que, conforme explicado, a união a emissoras afiliadas é requisito para que se opere em escala nacional, a maior parte das concessões que se sabia redundar em contratos de afiliação com as grandes redes do eixo Rio-SP foi entregue a fortes grupos políticos em cada estado, o que acabou por fortalecer o seu domínio. Assim, numa simbiose, as grandes redes ampliavam seu controle de mercado e

opinião por todo o país e as oligarquias locais fortaleciam seu poder econômico e político, e esse cenário mantém-se até hoje.

A despeito disso, a Constituição Federal de 1988 e código brasileiro de telecomunicações (lei 4.117/62), respectivamente, trazem as seguintes regras:

CF, art. 54. Os Deputados e Senadores não poderão:

I - desde a expedição do diploma:

a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes;

b) aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado, inclusive os de que sejam demissíveis "ad nutum", nas entidades constantes da alínea anterior;

II - desde a posse:

a) ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada;

Lei 4.117/62. Art. 38. Nas concessões, permissões ou autorizações para explorar serviços de radiodifusão, serão observados, além de outros requisitos, os seguintes preceitos e cláusulas:

(...)

Parágrafo único. Não poderá exercer a função de diretor ou gerente de concessionária, permissionária ou autorizada de serviço de radiodifusão quem esteja no gozo de imunidade parlamentar ou de foro especial.

A leitura dos artigos acima faz crer que a sistema jurídico e realidade caminham em universos paralelos, dada a desconexão entre os dados já apresentados neste trabalho sobre a propriedade de concessionárias de radiodifusão e as normas que vedam esta prática.

A inutilidade dos dispositivos acima para enfrentar a situação para a qual aparentemente foram criados decorre do ponto de vista hermenêutico que o ministério das comunicações adota quando os observa. No caso do parágrafo único do artigo 38, a interpretação literal esvazia a norma. Segundo VERIDIANA (2014), o executivo tem se

posicionado desde sempre no sentido que pode ser o agente político proprietário, controlador ou sócio da concessionária. O que gera a proibição é ser diretor ou gerente.

No caso do artigo 54, I, *a*, a interpretação é no sentido de que se deve enquadrar os políticos detentores de concessionárias de radiodifusão na exceção do dispositivo, que os libera quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes. Segundo VERIDIANA (*op. cit.*), contrato com cláusulas uniformes seriam os contratos de adesão. Assim, não teria motivo para que um político não pudesse firmar contrato, como usuário, com uma empresa de fornecimento de energia elétrica, por exemplo. Segundo a autora, embora o ministério afirme esse caráter no contratos de radiodifusão, não o têm, visto que embora aceitem padrões entre si, são mais complexos, exigindo que os termos da proposta da licitante vencedora conste do contrato de permissão ou concessão.

Quant ao Art. 54, II, “a”, a controvérsia fica por conta de saber o que é “gozar de favor decorrente de contrato”. Com efeito, o tema é recorrente em apreciações de tribunais de contas Brasil afora, e a vastidão do seu sentido é explorada desde a constituição de 1891. Por todos, cita-se, através de parecer do TCU, a opinião de Pontes de Miranda:

"A expressão "favor", no Art. 34, II, “a”, deve ser entendida em sentido assaz largo. Subvenção é favor, e garantias de juros é favor. Concessão especial é favor.” (grifamos) E continua o renomado jurista... "O empréstimo pela União é favor; porque constitui ato estranho as funções públicas e, firmado, de ordinário, em crédito, a empresa havia de obtê-lo nos lugares próprios, como no banco, na casa bancária, ou particular capitalista. Favor não é só liberdade; é o que se faz a um sem se ser obrigado a fazer a todos" . In Comentários à Constituição de 1967, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1987 *apud* BRASIL (1997)

A legislação em nenhum momento impõe com letras garrafais a proibição de que políticos sejam proprietários de meios de comunicação. Entretanto, interpretá-la dentro do sistema jurídico não parece tarefa tão árdua. A clássica interpretação lógica talvez pudesse ser aplicada ao artigo 38 do CBT. Não parece ter o mínimo sentido que um gerente de emissora não possa ser parlamentar e o proprietário possa. Leis não brotaram da poeira cósmica, elas têm algum sentido, e mesmo que seu propósito – como parece ter sido o caso – seja contrário à lógica, esta não pode ser jamais desmerecida. Se *a maiori, ad minus*, ou “quem pode o mais, pode o menos”, parece ser lógico dizer que quem não pode o menos, não pode o mais. Afora uma interpretação à moda antiga, o

olhar da hermenêutica constitucional jamais pode ser afastado. Nestas condições, poder-se-ia conferir interpretação conforme à constituição ao dispositivo citado ou mesmo dar máxima eficácia ao texto constitucional no sentido da defesa dos princípios republicanos e dos vetores da democracia pluralista. Querendo ousar menos, vale a aplicação do artigo 54, I, “a”, e, II, “b”, conjuntamente com os princípios trazidos no capítulo da comunicação social, para que se dê sentido às polissemias hermenêuticas ali alegadas.

Esta questão está judicializada. O PSOL protocolou, no final de 2015, ADFP (379) requerendo que as concessões ligadas a políticos sejam cassadas. Não há votos até o momento. Quase que concomitantemente, o Intervozes apresentou representação ao Ministério Público Federal apontando 40 parlamentares federais proprietários de empresas concessionárias de radiodifusão cujas concessões deveriam ser cassadas (CARTA CAPITAL, 2015).

Por ocasião de uma ação penal movida contra um deputado federal no STF (AP 530), pela primeira vez houve uma manifestação explícita acerca da interpretação a ser dada aos dispositivos constitucionais acima abordados. A ação versava sobre a denúncia de falsificação de documento particular promovida por parlamentar para esconder o seu nome de contrato social de empresa de radiodifusão. A ação foi parcialmente provida, mas a punibilidade foi extinta pela prescrição (BRASIL, 2014a). Nesta oportunidade, a Ministra Rosa Weber assentou que

A democracia não consiste apenas na submissão dos governantes a aprovação em sufrágios periódicos. Sem que haja liberdade de expressão e de crítica às políticas públicas, direito à informação e ampla possibilidade de debate de todos os temas relevantes para a formação da opinião pública, não há verdadeira democracia. (...) Para garantir esse espaço livre para o debate público, não é suficiente coibir a censura, mas é necessário igualmente evitar distorções provenientes de indevido uso do poder econômico ou político. (...) Sem a proibição, haveria o risco de que o veículo de comunicação, ao invés de servir para o livre debate e informação, fosse utilizado apenas em benefício do parlamentar, deturpando a esfera do discurso público (BRASIL, 2014).

A tardia aparição do judiciário no debate traz alguma fertilidade a um ambiente desértico. Sem qualquer perspectiva de que as irregularidades que envolvem a regulação da radiodifusão fossem corrigidas ou apreciadas pelos agentes políticos, a voz do STF,

que tem se mostrado de alto timbre, ultimamente, pode ajudar a movimentar a discussão, tanto no campo político como na sociedade, que parece emperrada tanto pelo poderio econômico quanto pelo poderio ideológico dos grupos de mídia que se beneficiam com a falta de eficácia da legislação.

3.4 Aluguel de espaço na TV

O espaço eletromagnético que possibilita que as ondas de transmissão atuem sinais de radiodifusão é público. Desde sempre a legislação brasileira considerou o serviço de radiodifusão como um serviço público, a ser prestado pelo Estado e por particulares. A eles se outorga a execução do serviço e o uso do espaço e, atualmente, no caso da televisão aberta, esta concessão deve ser feita através de licitação pública e contrato administrativo. A norma que rege o procedimento licitatório para a radiodifusão é o decreto 7.670/12, que atualizou o decreto-lei 236/67 e o decreto 2.108/96 quanto ao tema.

Vencedora do certame, cabe à empresa radiodifusora executar o serviço público conforme o que fora estabelecido no contrato, de acordo com as regras do edital. Deve-se salientar que não há, na legislação vigente, determinação sobre disposição editalícia que comporte o aluguel de espaço para terceiros. A previsão de subconcessão não é possível no contrato entre o poder concedente e o concessionário.

As vastas horas em que a programação de emissoras de TV é ocupada por programas de venda de produtos importados e proselitismo religioso infirmam toda a lógica acima descrita. Com efeito, é lugar-comum na radiodifusão nacional a venda de largos espaços para, principalmente, estes tipos e atração. Segundo dados levantados por VERIDIANA (*op.cit*) a TV Bandeirantes arrenda 40h30m semanais para entidades religiosas e canais de venda; a Rede 21 arrenda 22 horas diárias de programação vendidas a Igreja mundial do reino de deus²⁶; a Rede TV!, aproximadamente 54 horas semanais entre entidades religiosas(maioria) e tele vendas; A gazeta comercializa 45 horas semanais para entidades religiosas e tele vendas.

²⁶ “MPF/SP pede que Justiça invalide outorgas de radiodifusão concedidas à Rede 21 e ao Grupo CNT”. http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_geral/09-12-14-2013-mpf-pede-que-justica-invalide-outorgas-de-radiodifusao-concedidas-a-rede-21-e-ao-grupo-cnt

Esta prática é ilegal por alguns motivos. Primeiro, ela gera a possibilidade de fraude na concessão. Embora, pouco regulada, como se vê, a outorga da concessão exige do postulante no certame o preenchimento de alguns pré-requisitos, dentre os quais, por exemplo, ser brasileiro nato ou naturalizado há mais de 10 anos (CF, Art. 222). Segundo o decreto 2108/96, que alterou o artigo 15 do decreto 52795/63, a habilitação requer a comprovação de: habilitação jurídica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal, além do preenchimento do pré-requisito da nacionalidade. Imaginemos que uma empresa tenha dificuldade em cumprir tais exigências. Um acordo simples com alguma outra empresa, ou com empresa vencedora, cujo objeto seria a venda de parte do espaço outorgado, faria com que a limitação legal sucumbia.

Uma outra irregularidade. Conforme o mesmo diploma, no momento da inscrição para o certame, o edital deve prever, e a empresa candidata cumprir, determinados quesitos técnicos que servem como pontuação. Assim, segundo o artigo 16, a classificação das propostas levará em conta: a) tempo destinado a programas educativos - máximo de vinte pontos; b) tempo destinado a serviço jornalístico e noticioso - máximo de vinte pontos; c) tempo destinado a programas culturais, artísticos, educativos e jornalísticos a serem produzidos no município de outorga - máximo de trinta pontos; e d) tempo destinado a programas culturais, artísticos, educativos e jornalísticos a serem produzidos por entidade que não tenha qualquer associação ou vínculo, direto ou indireto, com empresas ou entidades executoras de serviços de radiodifusão - máximo de trinta pontos. No momento em que concessionária aluga seu espaço, ela quebra o contrato firmado com base no edital que deve seguir essa regras. A promessa de programação da empresa, julgada vencedora no edital, fica comprometida. Para exemplificar, as 22 horas diárias de programação da Igreja mundial do reino de deus jamais se adequariam às normas dos editais.

Embora mencionados até aqui os diplomas legais, evidentemente que esta prática é uma afronta direta à constituição federal. Trata-se da utilização de um bem público sem o devido processo licitatório, o que fere, ao menos, os princípios da isonomia e impessoalidade da administração pública.

Sob o ponto de vista do conteúdo há também agressão à legislação pátria. Quanto a este tema, parece válido o argumento do INTERVOZES (2015).

É possível facilmente notar que alguns canais veiculam exclusivamente programas cuja intenção é vender produtos. Por meio dessas emissoras, vendem-se tapetes, brincos, anéis, carros, casas e apartamentos, material de construção, roupas e instrumentos de culinária... Quem nunca viu a chapa do ex-boxeador estadunidense George Foreman sendo testada “ao vivo”? A lista é grande. Os supermercados eletrônicos, como são conhecidos esses canais de venda, são uma afronta à democracia brasileira, uma vez que, a falta de espaço na TV aberta brasileira para os canais comunitários, universitários e legislativos é um dos argumentos usados pelas autoridades para negar a esses algum tipo de concessão. Além da evidente ilegalidade no abuso do limite de conteúdo publicitário, tais concessionários exploram um bem público (o ar por onde trafegam os sinais de rádio e TV) sem que a contrapartida estabelecida pela legislação brasileira seja cumprida. Não custa lembrar que a Constituição determina que “[...] a programação das emissoras deve dar preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas, promovendo a cultura nacional e regional” (CF, 1988, Art. 221). No caso dos supermercados eletrônicos é flagrante o desrespeito a esses princípios

Por último, a prática desrespeita as limitações de período de publicidade comercial que, segundo o artigo 124 do CBT (lei 4.117/62) é de 25% da programação. Esse número é aviltado tanto se se considerar o arrendamento como parte do espaço publicitário da emissora, quanto o contrário.

Peremptoriamente, o Ministério das comunicações afirma que nada pode fazer em razão da falta de regulamentação da matéria (INTERVOZES, 2015; CARTA CAPITAL, 2014). A norma e a realidade, ainda outra vez, não se encontram no regime jurídico da radiodifusão.

3.5 Critérios de licitação, fiscalização e renovação.

O serviço de radiodifusão, por tudo que representa, exige um tratamento diferenciado. A comunicação social é pilar fundamental de qualquer sociedade, e sua formatação em determinado ordenamento jurídico diz muito sobre a realidade política de cada país. Não por acaso, o direito pátrio sempre restringiu a condição de concessionário do serviço à brasileiros natos (ou naturalizados há mais de 10 anos, após

emenda constitucional 36/02), numa das poucas incursões constitucionais que diferenciam expressamente brasileiros de brasileiros natos ou estrangeiros, e única na modalidade de concessão pública. Isso ressalta a relevância estratégica do setor de radiodifusão e sugere a existência de um tratamento diferenciado, mais rigoroso em relação à concessão dos demais serviços exploráveis por particular.

Entretanto, o que ocorre é exatamente o contrário. Desde as fases iniciais, quais sejam, a licitação e contrato, até a fiscalização e eventual cassação da outorga, e finalizando com o processo de renovação da concessão, as empresas concessionárias de radiodifusão encontram vantagens e facilidades desconhecidas das outras modalidades de serviço público.

Como visto pouco atrás, o artigo 16 do decreto 52.795/63 elenca quais os critérios a serem avaliados no momento da licitação. Assim, a empresa interessada, em tese, procuraria apresentar uma proposta que a trouxesse a maior pontuação, como consequência do estabelecido no edital. A programação regional, o tempo de produção independente, jornalística, por exemplo, seriam valorizados na proposta apresentada pelo concorrente para que houvesse uma vantagem na competição.

Pesquisa realizada por LOPES (2008), contudo, reduziu a nada a eficácia desse propósito. O autor avaliou, de 1997 a 2002, 9719 propostas técnicas apresentadas por empresas concorrentes no setor de radiodifusão radiofônica e televisiva. Destas, 8812 (90,67%) obtiveram nota máxima (100), 3,19% receberam nota quase máxima (99,0 a 99,9) e 3,17% foram avaliados com notas entre 95 e 98,99. 2,20% receberam notas abaixo de 90.

Ou seja, a entidade concedente prima pelo baixo critério para avaliar as propostas das postulantes. Ainda, termos como cultura e entretenimento parecem cair numa vala comum nesta avaliação.

As hipóteses para a baixa relevância prática do aspecto técnico do certame talvez se deem em razão do critério de desempate, que é o preço oferecido pela outorga. Desta forma, se a nota máxima é praticamente garantida na primeira fase, pouco importa que uma empresa apresente uma proposta de destaque para a produção regional, independente, jornalística e educativa bem delineada: no final das contas o detentor da outorga será aquele com maior capacidade financeira. E vale ressaltar que, segundo o

mesmo dispositivo, quanto maior o alcance da concessão, maior o peso do critério econômico.

A fiscalização do contrato é noção geral do serviço público executado por particular, como relação entre o poder concedente e o concessionário. Ela serve, inclusive, como forma de cassar a concessão para um serviço realizado fora dos termos contratuais e legais, assim como critério para uma eventual renovação da concessão. No caso do serviço de radiodifusão, é recorrente o argumento de que simplesmente não existe qualquer fiscalização por parte do poder concedente acerca do cumprimento da legislação e do que foi disposto no edital (como exemplo dos arrendamentos, acima tratados)²⁷.

Ainda mais: diferentemente de qualquer outra área, a cassação da concessão do serviço de radiodifusão não pode ser realizada pelo poder concedente diretamente, mas deve ser precedida de processo judicial, e decisão judicial nesse sentido, segundo o artigo 223, par 4º da Constituição. Segundo LIMA, Ministério das Comunicações informava que, até o ano de 2007, 20 processos judiciais que visavam à cassação de concessões de radiodifusão haviam sido propostos. (não se especifica quantos de rádio e quantos de TV).

No que toca ao processo de renovação, os problemas materiais são os mesmos da possibilidade de cassação. Sem fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais das concessionárias, torna-se inviável não renovar a concessão mesmo de uma emissora que flagrantemente desrespeita os princípios fixados no Constituição.

Não há previsão de procedimento ou parâmetros para a avaliação do cumprimento dessas finalidades no momento da renovação da outorga. Embora a legislação declare que a renovação da concessão depende da observância das finalidades culturais, artísticas e informativas e educacionais do serviço, a portaria 362/12, que regulamenta este processo, não faz qualquer menção a esta obrigação.

²⁷ “Mas é preciso ressaltar que também existe uma estrutura deficiente no que concerne à fiscalização de conteúdo de radiodifusão no Brasil. O Ministério das Comunicações, responsável por essa fiscalização, não conta com delegacias regionais nos estados, extintas no final de 2002. Por isso, todo o trabalho de fiscalização, incluindo a instrução dos processos de apuração de infração, fica concentrado em Brasília – mais especificamente no Departamento de Acompanhamento e Avaliação de Comunicação Eletrônica da Secretaria de Serviços de Comunicação Eletrônica, que conta com um reduzido quadro de funcionários. Ou seja: os licitantes sabem que dificilmente o Poder Público terá condições de averiguar se o que foi apresentado na proposta técnica durante a concorrência efetivamente será cumprido. Portanto, mais um incentivo a inflar ao máximo as propostas apresentadas” (LOPES, *op. cit.*, p.12).

Cita genericamente que o ministério das comunicações deverá avaliar a observância das obrigações específicas previstas no contrato de concessão, além das exigências legais e regulamentares. Em complemento, nenhum dos documentos exigidos abrange a demonstração de que tais finalidades foram respeitadas e a apresentação de nova proposta de programação ou reiteração da anterior. Ainda, em que pese a previsão das infrações relacionadas, a legislação não explicita como se dá a fiscalização quanto ao cumprimento dessas finalidades e do limite à publicidade mesmo durante a concessão. Não prevê os instrumentos de verificação dos percentuais dispostos na regulação e da proposta de regulação que integra o contrato de concessão, tampouco os parâmetros para avaliar se os conteúdos são culturais, artísticos, informativos e educativos. (VERIDIANA, *op. cit.*, p. 117).

De fato, a renovação da outorga da concessão do serviço de radiodifusão é um capítulo à parte num universo que já mostra bastante *sui generis*.

Em primeiro lugar, a renovação da concessão é, segundo a o CBT, um direito subjetivo da concessionária, algo sem paralelo nos processos de concessão, permissão ou autorização. O artigo 67, pár. único, do código, reza que “o direito a renovação decorre do cumprimento pela empresa, de seu contrato de concessão ou permissão, das exigências legais e regulamentares, bem como das finalidades educacionais, culturais e morais a que se obrigou, e de persistirem a possibilidade técnica e o interesse público em sua existência”.

Acontece que, como dito, a falta de fiscalização praticamente inviabiliza a contestação daquilo que é colocado como direito da concessionária. Adicionado a este componente normativo, o fator político praticamente decide a questão das renovações. Foi já destacado que é relevante o número de parlamentares que detêm concessionárias do serviço de radiodifusão. No Congresso, a primeira etapa de análise da renovação de uma concessão se dá no âmbito da Comissão de Ciência, Tecnologia, Comunicação e Informática (CCTCI). Após isso, há a análise por parte da Comissão de Constituição e Justiça e, posteriormente, da CCTCI do Senado. O assunto só é deliberado pelo plenário do congresso caso haja pedido de 10% dos parlamentares nesse propósito ou no caso de a concessão não ser renovada por uma das comissões. O conflito de interesses no momento da concessão é bem ilustrado nesta passagem

No entanto, dos 80 membros da CCTCI em 2007, pelo menos 16 tinham envolvimento direto com emissoras de rádio ou TV. Seis deles eram do DEM, como o segundo vice-presidente da Comissão, presidente da Frente Parlamentar pela Radiodifusão, Paulo Bornhausen (DEM-SC), parente de sócios de uma rádio em Santa

Catarina. A região Nordeste possuía sete deputados na CCTCI ligados a empresas de radiodifusão. (INTERVOZES; SÃO PAULO, 2014, p. 54).

Dentro deste contexto, é improvável a hipótese de uma negativa à renovação. Entretanto, caso isto ocorra, há ainda outro tratamento privilegiado que é dado aos concessionários de radiodifusão, não encontrados em qualquer outro setor: segundo o artigo 223, par 2º da Constituição, a renovação apenas não será aceita pelo voto de 2/5 do Congresso Nacional, em votação nominal.

O sistema de radiodifusão televisiva no Brasil, apresenta, por um lado, uma coletânea de normas constitucionais não regulamentadas, e por outro, normas infraconstitucionais não cumpridas quando têm o potencial de democratizar o acesso à mídia, desconcentrar a propriedade e fazer valer o direito à comunicação. A ineficácia de todo o sistema de fiscalização e controle da concessão pública reforça a história brasileira no sentido de ser o serviço de radiodifusão apenas formalmente público: em verdade, há décadas a radiodifusão brasileira foi apropriada por poucas mãos de forma tão veemente que é necessário explicar para a grande maioria da população – de todas as faixas etárias e classes sociais –, e não sem susto, que se trata de um serviço público, como transporte, água ou energia, e que pode e deve ser regulamentado pelo Estado. O resultado possível disso é uma desigualdade social massiva, uma vergonhosa naturalização da hierarquia nas relações sociais, a marginalização assassina da juventude e a dificuldade de se formar uma verdadeira nação, tão plúrima nas suas origens, mas tão afastada por um discurso único em que a grande maioria só se encaixa por meio de violência simbólica ou física.

PARTE 3

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL (EIC)

O conceito desenvolvido neste capítulo é de utilização bastante recente no direito brasileiro. De origem colombiana, quando foi aplicado pela corte constitucional daquele país pela primeira vez, em 1997, aportou no nosso tribunal maior apenas no ano de 2015, através da ADPF 347, com ainda apenas dois votos liberados para consulta. Em razão mesmo desta escassez, a própria petição inicial do processo será referência de análise, desde quando, evidentemente, os argumentos sejam acompanhados pelas fontes. Mesmo a análise do instituto pela doutrina configura-se bastante recente. São poucos os trabalhos acadêmicos já produzidos, tendo como destaque, contudo, a análise desenvolvida pela clínica de direitos fundamentais da faculdade de direito da UERJ, da qual resultou a tese de doutorado do professor Carlos Alexandre de Azevedo Campos, fonte doutrinária de maior destaque até o momento. Muito embora a produção sobre a aplicação do instituto no âmbito interno seja ainda escassa, e isso dificulte uma apreciação mais precisa sob o ponto de vista científico (dialógico), o âmbito no qual o tema está inserido não é inédito, já que se trata no final das contas de uma técnica que se traduz naquilo que se convencionou chamar de ativismo judicial. O capítulo será escrito com a apresentação da categoria “estado de coisas inconstitucional” através dos materiais disponíveis, e já procurando entrelaçá-lo com a hipótese de sua aplicação quando ao sistema de radiodifusão televisiva no Brasil.

CAPÍTULO 1 AS ORIGENS DO INSTITUTO

CAMPOS (2015) aponta a sentença de Unificación (SU) – 559, de 1997 da Corte Constitucional da Colômbia, como o primeiro episódio no qual aquele tribunal declarou o estado de coisas inconstitucional. Tratou - se de caso no qual se discutia a negativa de direitos previdenciários a professores de determinado município pelas autoridades locais. Ao examinar a situação, a corte entendeu que não se tratava de fato isolado e restrito aos postulantes, mas uma falha generalizada e estrutural do sistema. Foi nesse contexto que a Corte, de forma surpreendente, tomou medidas que envolviam todos os poderes, tanto de forma imediata quanto progressiva, funcionando como um coordenador de ações estatais para a correção das questões nacionais quem envolviam o tema em pauta.

A declaração do estado de coisas inconstitucional foi seguida do envio de cópias da sentença para os Ministros da fazenda, da educação, do crédito público; ao diretor do Departamento Nacional de Planejamento; aos governadores e assembleias, prefeitos, conselhos municipais, todos para o aperfeiçoamento de providências práticas e orçamentárias. Determinou que se reduzisse o tempo de espera que a resposta a petições de pensionistas e aposentados; e a realização de concurso público para notário e a remediação do atraso sistemático de pagamentos, por entidades territoriais, das verbas de aposentadoria. (*idem*).

Os casos mais conhecidos em que o tribunal colombiano aplicou esta técnica, contudo, são os do “desplazamiento” (deslocamento) e do sistema carcerário. O primeiro caso diz respeito a uma situação que se pode comparar, no âmbito do direito internacional, ao refúgio, só que no localizado numa mesma soberania. Diante do quadro grave de guerra civil enfrentado pela Colômbia, diversas pessoas tiveram que se deslocar das suas moradas, forçados pela violência a procurar outro lugar para viver. A desatenção, por parte do Estado, para com a situação desses indivíduos foi o que motivou a ação judicial. A resposta do tribunal colombiano foi a declaração do estado de coisas inconstitucional, em razão da completa omissão de todos os poderes do estado em apontar solução para a questão.

Na declaração, a corte exigiu atenção orçamentária especial ao problema, e determinou que fossem formuladas novas políticas públicas, leis e um marco regulatório eficientes para proteger os direitos envolvidos. Neste caso, a corte optou por, após o julgamento manter a jurisdição sobre o caso, coordenando e requerendo informações e realizando audiências públicas sobre o andamento das políticas públicas a serem desenvolvidas.

O caso do sistema carcerário tem o mesmo objeto daquele buscado na ADPF 347 que tramita no Supremo Tribunal Federal. A corte colombiana, ao declarar o estado de coisas inconstitucional de todo o sistema carcerário, apontou para a completa omissão de todos os poderes do estado em dar conta da situação de ilegalidade. Dada a situação de paradigma de que se reveste a referida decisão para a problematização da questão no Brasil, vale se apresentar parte do preâmbulo do julgado, e seu dispositivo.

ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL-Alcance

Esta Corporación ha hecho uso de la figura del estado de cosas inconstitucional con el fin de buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general - en tanto que afectan a multitud de personas -, y cuyas causas sean de naturaleza estructural - es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades. En estas condiciones, la Corte ha considerado que dado que miles de personas se encuentran en igual situación y que si todas acudieran a la tutela podrían congestionar de manera innecesaria la administración de justicia, lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan en acción sus facultades para eliminar ese estado de cosas inconstitucional.

ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO-Hacinamiento

Las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Esta situación se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucional. Y de allí se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, etc. Durante muchos años, la sociedad y el Estado se han cruzado de brazos frente a esta situación, observando con indiferencia la tragedia diaria de las cárceles, a pesar de que ella representaba día a día la transgresión de la Constitución y de las leyes. Las circunstancias en las que transcurre la vida en las cárceles exigen una pronta solución. En realidad, el problema carcelario representa no sólo un delicado asunto de orden público, como se percibe actualmente, sino una situación de extrema gravedad social que no puede dejarse desatendida. Pero el remedio de los males que azotan al sistema penitenciario no está únicamente en las manos del INPEC o del Ministerio de Justicia. Por eso, la Corte tiene que pasar a requerir a distintas ramas y órganos del Poder Público para que tomen las medidas adecuadas en dirección a la solución de este problema.

Primero.- **ORDENAR** que se notifique acerca de la existencia del estado de cosas inconstitucional en las prisiones al Presidente de la República; a los presidentes del Senado de la República y de la Cámara de Representantes; a los presidentes de la Sala Penal de la Corte Suprema Justicia y de las Salas Administrativa y Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura; al Fiscal General de la Nación; a los gobernadores y los alcaldes; a los presidentes de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales; y a los personeros municipales.

Segundo.- **REVOCAR** las sentencias proferidas por la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, el día 16 de junio de 1997, y el Juzgado Cincuenta Penal Municipal de Bogotá, el día 21 de agosto de 1997, por medio de las cuales se denegaron las solicitudes de tutela interpuestas por Manuel José Duque Arcila y Jhon Jairo Hernández y otros, respectivamente. En su lugar se concederá el amparo solicitado.

Tercero.- **ORDENAR** al INPEC, al Ministerio de Justicia y del Derecho y al Departamento Nacional de Planeación elaborar, en un término de tres meses a partir de la notificación de esta sentencia, un plan de construcción y refacción carcelaria tendente a garantizar a los reclusos condiciones de vida dignas en los penales. La Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de Nación ejercerán supervigilancia sobre este punto. Además, con el objeto de poder financiar enteramente los gastos que demande la ejecución del plan de construcción y refacción carcelaria, el Gobierno deberá realizar de inmediato las diligencias necesarias para que en el presupuesto de la actual vigencia fiscal y de las sucesivas se incluyan las partidas requeridas. Igualmente, el Gobierno deberá adelantar los trámites requeridos a fin de que el mencionado plan de construcción y refacción carcelaria y los gastos que demande su ejecución sean incorporados dentro del Plan Nacional de Desarrollo e Inversiones.

Cuarto.- **ORDENAR** al Ministerio de Justicia y del Derecho, al INPEC y al Departamento Nacional de Planeación, en cabeza de quien obre en cualquier tiempo como titular del Despacho o de la Dirección, la realización total del plan de construcción y refacción carcelaria en un término máximo de cuatro años, de conformidad con lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo e Inversiones.

Quinto.- **ORDENAR** al INPEC y al Ministerio de Justicia y del Derecho la suspensión inmediata de la ejecución del contrato de remodelación de las celdas de la Cárcel Distrital Modelo de Santafé de Bogotá.

Sexto.- **ORDENAR** al INPEC que, en un término máximo de tres meses, recluya en establecimientos especiales a los miembros de la Fuerza Pública que se encuentran privados de la libertad, con el objeto de garantizar su derecho a la vida y a la integridad personal.

Séptimo.- **ORDENAR** al INPEC que, en un término máximo de cuatro años, separe completamente los internos sindicados de los condenados.

Octavo.- **ORDENAR** a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que investigue la razón de la no asistencia de los jueces de penas y medidas de seguridad de Bogotá y Medellín a las cárceles Modelo y Bellavista.

Noveno.- **ORDENAR** al INPEC, al Ministerio de Justicia y del Derecho y al Ministerio de Hacienda que tomen las medidas necesarias para solucionar las carencias de personal especializado en las prisiones y de la Guardia Penitenciaria.

Décimo.- **ORDENAR** a los gobernadores y alcaldes, y a los presidentes de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales que tomen las medidas necesarias para cumplir con su obligación de crear y mantener centros de reclusión propios.

Undécimo.- **ORDENAR** al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, y al Ministro de Justicia y del Derecho que, mientras se ejecutan las obras carcelarias ordenadas en esta sentencia, tomen las medidas necesarias para garantizar el orden público y el respeto de los derechos fundamentales de los internos en los establecimientos de reclusión del país.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. (COLÔMBIA, 1998)

No primeiro parágrafo citado do preâmbulo, a corte expõe aquilo que seriam as condições para que se declarasse o estado de coisas inconstitucional – trataremos desses pressupostos adiante. No parágrafo abaixo, dá um pequeno detalhamento dessas condições, procurando estabelecer uma relação prévia entre a norma (EIC) e o fato. Dos dispositivos da sentença, chamam a atenção, em primeiro lugar, a indicação de diversas autoridades de poderes distintos, por um lado, a referendar a ideia de que o EIC deve ser adotado em casos de um completa omissão de todos os poderes em relação a consecução de um direito fundamental; e a elaboração, pelo próprio tribunal de prazos a

serem cumpridos por aquelas autoridades, técnica esta que adentra à discussão acerca do controle judicial de políticas e públicas e, nela inserido, os limites e preferências orçamentárias.

A inicial apresentada pelo PSOL na ADPF 347 ainda faz referência a outras técnicas decisórias de cunho semelhante, em que o objeto envolvido dizia respeito à violação generalizada de algum ou alguns direitos fundamentais. A primeira delas diz respeito ao que se chamou de *prison reform cases*, no qual cortes federais declararam a inconstitucionalidade de 41 sistemas prisionais em diferentes Estados. Informa-se que as decisões chegaram a elaborar um “amplo código para a administração das prisões, cobrindo aspectos diversos como as instalações, saneamento, comida, vestuário, assistência médica, disciplina, contratação de pessoal, bibliotecas, trabalho e educação”. Ainda nos Estados Unidos, é narrado que a Suprema Corte, no julgamento do caso *Brown vs. Plata*, confirmou sentença do tribunal da Califórnia para determinar a soltura de 46 mil presos de menor periculosidade, dado que o Estado não teria apresentado o plano de redução de superlotação determinado pela corte estadual.

Na África do Sul, o debate enfrentado pela Corte Constitucional daquele país envolveu o direito fundamental à moradia. Em razão da repercussão de um caso a que foi chamada a resolver – o caso *Grootboom*²⁸ – em que se discutia a ausência de habitação digna de uma família desalojada pelas chuvas, que foi despejada do local que procurou para suprir a falta da sua residência de origem. A corte entendeu que, embora houvesse um plano de ação governamental cujo volume era até razoável, não considerava que ele pudesse ter atendido à sua missão desde que não havia resolvido os problemas das pessoas extremamente necessitadas e para casos de emergência. A novidade neste caso, que muito se assemelha à flexibilidade que se busca hoje no EIC, é que a corte designou uma instituição independente – *Human Rights Commission* – para fiscalizar e reportar a execução das políticas.

Na Argentina, é citado o caso *Verbitsky*, em que foi impetrado um habeas corpus coletivo em favor de todas as pessoas da província de Buenos Aires que estavam presas em estabelecimentos superlotados. A Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade da situação, “impondo medidas imediatas, mas também a

²⁸ Análise resumida pode ser encontrada em < <http://supremoemdebate.blogspot.com.br/2007/11/o-caso-grootboom-e-o-controle-judicial.html>>

elaboração de um plano de pela província de Buenos Aires, em diálogo com a sociedade civil, que deveria contemplar mudanças nas políticas criminais e prisionais”

Deve-se atentar para que os casos têm em comum algo diverso daquilo que é experimentado quando se toca no delicado tema do controle judicial das políticas públicas. Nestas situações extremamente graves, os tribunais têm adotado uma postura moderada e visivelmente dialógica na construção das soluções sem, contudo, abrir mão da possibilidade de se que exerça um controle sob elas. O reconhecimento de um estado de coisas caótico e juridicamente inaceitável requer mais do que um idealismo jurídico, mas um debate político e institucional que, nesses casos, coube às cortes reacender. É exatamente o bloqueio político e social no debate das questões aludidas que faz com que as situações práticas tornem-se escabrosas e assim se mantenham. Sem condições práticas na esfera social e institucional para que, ao menos, haja interesse em debater as questões, o cenário tende a perpetuar-se. Surgem as cortes constitucionais, portanto, com uma *sui generis* tarefa de mobilizadora social, a alavancar o tema e chamar a atenção dos demais poderes públicos, através da determinação de medidas flexíveis e dialogadas – até certo ponto.

Esses complexos fatores que envolvem a declaração do estado de coisas inconstitucional serão explorados a seguir, ao se analisar os votos já proferidos no STF. Antes, contudo, vale destacar quais seriam, numa tentativa de síntese, os critérios apontados para que se observasse o instituto. CAMPOS (*op. cit*), citado nos votos da ADPF 347, e trazendo basicamente os ensinamentos da corte colombiana, assim coloca:

A descrição dessas sentenças revela haver três pressupostos principais do ECI. O primeiro pressuposto é o da constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais que afeta a um número amplo de pessoas. Para além de verificar a transgressão ao direito individual do demandante ou dos demandantes em um determinado processo, a investigação da Corte identifica quadro de violação sistemática, grave e contínua de direitos fundamentais que alcança um número elevado e indeterminado de pessoas. Nesse estágio de coisas, a restrição em atuar em favor exclusivamente dos demandantes implicaria omissão da própria Corte, que deve se conectar com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

O segundo pressuposto é o da omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais. A ausência de ou falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas e orçamentárias representaria uma “falha estrutural” que gera tanto a

violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação. Não seria a inércia de uma única autoridade pública, e sim o funcionamento deficiente do Estado como um todo que resulta na violação desses direitos. Além do mais, os poderes, órgãos e entidades em conjunto se manteriam omissos em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade.

O terceiro pressuposto tem a ver com as medidas necessárias para a superação do quadro de inconstitucionalidades. Haverá o ECI quando a superação de violações de direitos exigir a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes. O mesmo fator estrutural que se faz presente na origem e manutenção das violações, existe quanto à busca por soluções. Como disse Libardo José Arida, ao mal funcionamento estrutural e histórico do Estado conecta-se a adoção de remédios de “igual ou similar alcance”. Para a solução, são necessárias novas políticas públicas ou correção das políticas defeituosas, alocação de recursos, coordenação e ajustes nos arranjos institucionais, enfim, mudanças estruturais.

Caso se considere válidos estes pressupostos, a declaração do estado de coisas inconstitucional será emitida em situações de grande desarranjo em todas as esferas estatais, de tal modo que não se perceba em nenhuma delas, historicamente e presentemente, apresente vontade ou condições para que se aplique de maneira correta a proteção dos direitos fundamentais sem que haja a interferência da corte constitucional. Por outro lado, a gravidade da situação exigiria por parte do tribunal medidas igualmente extremas, e extremas de tal forma que poderia comprometer o já abalado princípio da separação dos poderes. As políticas públicas a serem determinadas pelo tribunal, assim, devem seguir incessantemente o parâmetro da cooperação institucional. A corte constitucional só deve agir desta forma em casos de extrema gravidade, e deve optar por ser um coordenador institucional de questões que, na via representativa, dificilmente seriam solucionados pelos bloqueios inerentes a tais vias. O detalhamento dos votos explicitará estas ideias.

CAPÍTULO 2 A AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 347.

A análise de um estado de coisas inconstitucional remete evidentemente a um exame acurado dos fatos, a saber as causas e magnitude do problema enfrentado pelo tribunal. No caso apresentado pela ADPF 347, a excrecência salta aos olhos. O objeto

da ação é a declaração do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro. As prisões brasileiras são motivo de indignação (para alguns) há décadas. As comparações com masmorras medievais ou pior são frequentes, e as notícias de mortes, torturas e condições aterrorizantes de saúde também. Os pedidos realizados na ação foram os seguintes (observe-se que a primeira parte é de pedidos cautelares, e a seguinte de definitivos):

Diante do exposto, configurada a verossimilhança das alegações de fato e de Direito constantes nesta ADPF, bem como caracterizada a necessidade de adoção urgente de medidas voltadas ao equacionamento das gravíssimas violações aos direitos fundamentais dos presos brasileiros, em seu proveito e em prol da segurança de toda a sociedade, requer o Arguente, com fundamento no art. 5º da Lei nº 9.882/99, a concessão de medida cautelar, a fim de que esta Corte Suprema, até o julgamento definitivo da ação:

a) Determine a todos os juízes e tribunais que, em cada caso de decretação ou manutenção de prisão provisória, motivem expressamente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

b) Reconheça a aplicabilidade imediata dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinando a todos os juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão.

c) Determine aos juízes e tribunais brasileiros que passem a considerar fundamentadamente o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal.

d) Reconheça que como a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, a preservação, na medida do possível, da proporcionalidade e humanidade da sanção impõe que os juízes brasileiros apliquem, sempre que for viável, penas alternativas à prisão.

e) Afirme que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos do preso, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença

condenatória, visando assim a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção.

f) Reconheça que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abater tempo de prisão da pena a ser cumprida, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, de forma a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção.

g) Determine ao Conselho Nacional de Justiça que coordene um ou mais mutirões carcerários, de modo a viabilizar a pronta revisão de todos os processos de execução penal em curso no país que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas “e” e “f” acima.

h) Imponha o imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, e vede à União Federal a realização de novos contingenciamentos, até que se reconheça a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

9 - PEDIDO DEFINITIVO . Em face do exposto, espera o Arguente que o Supremo Tribunal Federal promova a oitiva (I) da União Federal, do Distrito Federal e de todos os Estados da Federação, responsáveis pelos atos e omissões acima descritos, que caracterizam o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro; (II) do Advogado-Geral da União e (III) do Procurador-Geral da República. 212. Por fim, espera o Arguente seja julgada procedente a presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, de modo a:

a) Declarar o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro.

b) Confirmar as medidas cautelares aludidas acima.

c) Determinar ao Governo Federal que elabore e encaminhe ao STF, no prazo máximo de 3 meses, um plano nacional (“Plano Nacional”) visando à superação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, dentro de um prazo de 3 anos. O Plano Nacional deverá conter propostas e metas específicas para a superação das graves violações aos direitos fundamentais dos presos em todo o país, especialmente no que toca à (i) redução da superlotação dos presídios; (ii) contenção e reversão do processo de hiperencarceramento existente no país; (iii) diminuição do número de presos provisórios; (iv) adequação das instalações e alojamentos dos estabelecimentos prisionais aos parâmetros normativos vigentes, no que tange a aspectos como espaço mínimo, lotação máxima, salubridade e condições de higiene, conforto e segurança; (v) efetiva

separação dos detentos de acordo com critérios como sexo, idade, situação processual e natureza do delito; (v) garantia de assistência material, de segurança, de alimentação adequada, de acesso à justiça, à educação, à assistência médica integral e ao trabalho digno e remunerado para os presos; (vi) contratação e capacitação de pessoal para as instituições prisionais; (vii) eliminação de tortura, de maus tratos e de aplicação de penalidades sem o devido processo legal nos estabelecimentos prisionais; (viii) adoção de medidas visando a propiciar o tratamento adequado para grupos vulneráveis nas prisões, como mulheres e população LGBT. O Plano Nacional deve conter, também, a previsão dos recursos necessários para a implementação das suas propostas, bem como a definição de um cronograma para a efetivação das medidas de incumbência da União Federal e de suas entidades.

d) Submeter o Plano Nacional à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, da Defensoria Geral da União, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, do Conselho Nacional do Ministério Público, e de outros órgãos e instituições que queiram se manifestar sobre o mesmo, além de ouvir a sociedade civil, por meio da realização de uma ou mais audiências públicas.

e) Deliberar sobre o Plano Nacional, para homologá-lo ou impor medidas alternativas ou complementares, que o STF reputar necessárias para a superação do estado de coisas inconstitucional. Nesta tarefa, a Corte pode se valer do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça.

f) Após a deliberação sobre o Plano Nacional, determinar ao governo de cada Estado e do Distrito Federal que formule e apresente ao STF, no prazo de 3 meses, um plano estadual ou distrital, que se harmonize com o Plano Nacional homologado, e que contenha metas e propostas específicas para a superação do estado de coisas inconstitucional na respectiva unidade federativa, no prazo máximo de 2 anos. Cada plano estadual ou distrital deve tratar, no mínimo, de todos os aspectos referidos no item “c” supra, e conter previsão dos recursos necessários para a implementação das suas propostas, bem como a definição de um cronograma para a efetivação das mesmas.

g) Submeter os planos estaduais e distrital à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, do Ministério Público da respectiva unidade federativa, da Defensoria Geral da União, da Defensoria Pública do ente federativo em questão, do Conselho Seccional da OAB da unidade federativa, e de outros órgãos e instituições que queiram se manifestar. Submetê-los, ainda, à sociedade civil local, em audiências públicas a serem realizadas nas

capitais dos respectivos entes federativos, podendo a Corte, para tanto, delegar a realização das diligências a juízes auxiliares, ou mesmo a magistrados da localidade, nos termos do art. 22, II, do Regimento Interno do STF.

h) Deliberar sobre cada plano estadual e distrital, para homologá-los ou impor outras medidas alternativas ou complementares que o STF reputar necessárias para a superação do estado de coisas inconstitucional na unidade federativa em questão. Nessa tarefa, mais uma vez, a Corte Suprema pode se valer do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça.

i) Monitorar a implementação do Plano Nacional e dos planos estaduais e distrital, com o auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça, em processo público e transparente, aberto à participação colaborativa da sociedade civil, até que se considere sanado o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

j) Nos termos do art. 6º e §§ da Lei 9.882, o Arguente requer, ainda, a produção de toda prova eventualmente necessária ao deslinde desta Arguição, tais como a requisição de informações adicionais e designação de perito ou comissão de peritos.

Os pedidos se alinham às técnicas que foram adotadas pelas corte colombiana e demais citadas. Requer que o tribunal exija a formulação de um plano de ação e o monitore, construindo a solução junto ao poder executivo federal e estaduais, mas – dado a dificuldade reinante nas instâncias representativas – ouvindo sempre a sociedade civil. Os pedidos cautelares inovam quando requerem ao tribunal, por mais de uma vez, que este imponha um modo de decidir às instâncias inferiores, tidas como lenientes em relação à situação carcerária. Ainda, aludem de forma direta à judicialização do orçamento, requerendo que as verbas do FUNPEN sejam descontingenciados. Embora apenas dois votos (dos ministros Marco Aurélio – relator – e Edson Fachin tenham sido liberados até o memento da redação deste texto), a cautela já foi julgada. A maior parte dos pedidos, que dizia respeito à imposição de modelo julgamento às instâncias inferiores, não foi aceita, como foi o caso das alíneas *a*, *c*, *d*, *e*, *f*. Segundo o informativo do STF sobre o caso:

O Tribunal, no que se refere às alíneas “a”, “c” e “d”, ponderou se tratar de pedidos que traduziriam mandamentos legais já impostos aos juízes. As medidas poderiam ser positivas como reforço ou incentivo, mas, no caso da alínea “a”, por exemplo, a inserção desse capítulo nas decisões representaria medida genérica e não necessariamente capaz de permitir a análise do caso concreto. Como resultado, aumentaria o número de reclamações dirigidas ao STF. Seria mais recomendável atuar na formação do magistrado, para reduzir a cultura do encarceramento (BRASIL, 2015a)

O pedido constante da alínea *g* foi tido como prejudicado visto que, segundo o tribunal considerou, o CNJ já realiza os mutirões requeridos. Sorte diversa obtiveram os pedidos de letra *b* e *h*. No primeiro caso tratou-se de controle de convencionalidade, a declarar a supralegalidade da Convenção interamericana de direitos humanos, para determinar a audiência de custódia em 24h daqueles levados à prisão, tal como previsto no artigo 7.5 daquela norma internacional. No caso da alínea *h*, tratou-se de caso de judicialização do orçamento, dado que foi determinado que, conforme o pedido, fosse proibido o contingenciamento das verbas do fundo penitenciário.

Tanto do pequeno *release* produzido pelo site do STF quanto do voto do ministro Marco Aurélio é possível notar o destaque que a corte dá para dois fatores: os motivos, a análise conjuntural, que leva à declaração do estado de coisas inconstitucional; e o papel que a corte constitucional deve desempenhar nesta situação.

Com efeito, após referendar a opinião sobre as condições desumanas dos presídios, a corte concluiu que esta resultava de um complexa situação de abandono e inação por parte de todas as instâncias do poder estatal, incluindo o judiciário. O informativo assim descreve a opinião do tribunal:

[O tribunal] Registrou que a responsabilidade por essa situação não poderia ser atribuída a um único e exclusivo poder, mas aos três — Legislativo, Executivo e Judiciário —, e não só os da União, como também os dos Estados-Membros e do Distrito Federal. Ponderou que haveria problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal. Além disso, faltaria coordenação institucional. A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representaria falha estrutural a gerar tanto a ofensa reiterada dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação. O Poder Judiciário também seria responsável, já que aproximadamente 41% dos presos estariam sob custódia provisória e pesquisas demonstrariam que, quando julgados, a maioria alcançaria a absolvição ou a condenação a penas alternativas. Ademais, a manutenção de elevado número de presos para além do tempo de pena fixado evidenciaria a inadequada assistência judiciária. (BRASIL, 2015a)

No seu voto, o ministro Marco Aurélio ressalta esta irrelevância dada aos poderes da república quanto ao tema, lembrando, por exemplo, que embora tenha sido, em 2009, instalada CPI para tratar do sistema carcerário, não se verificou esforços para sua melhora. Cita, além disso, uma verdadeira “cultura de encarceramento” que teria tomado conta do judiciário que simplesmente, dentre outras práticas, deixa de aplicar a legislação protetiva dos encarcerados.

Para além deste quadro, o relator esmiúça alguns fatores do engessamento do estado quanto ao tema. Por um lado, e mais sob o ponto de vista teórico, a impossibilidade de os condenados participarem do processo político, já que estão com seus direitos políticos suspensos, não lhes possibilita representatividade. Por outro lado, o mais nítido, o problema é a impopularidade da população de encarcerados. Como ressalta o Ministro “é difícil imaginar candidatos que tenham como bandeira de campanha a defesa da dignidade dos presos” (BRASIL, 2015). De fato, e mesmo depois de eleitos, a situação dos presídios não encontra facilmente um defensor com mandato eletivo. Claramente, mesmo que eventualmente creiam na ideia, os custos políticos de dar atenção e verbas públicas em favor de uma categoria tão desprestigiada desmotivaria a maioria deles.

O diagnóstico deste fato – o qual o ministro convoca a ciência política para descrevê-lo (*legislative blindspot*: debates que a política não alcança em razão das suas limitações intrínsecas, principalmente eleitorais) – faz com que se conclua que a única instância superior da República que tem condição de começar o projeto de superação do estado de coisas em que se encontra o sistema penitenciário brasileiro seria o Supremo Tribunal Federal, instância contramajoritária e não representativa, responsável pela defesa dos direitos fundamentais de forma objetiva. Vale transcrever o trecho a este respeito.

Há mais: apenas o Supremo revela-se capaz, ante a situação descrita, de superar os bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. Isso é o que se aguarda deste Tribunal e não se pode exigir que se abstenha de intervir, em nome do princípio democrático, quando os canais políticos se apresentem obstruídos, sob pena de chegar-se a um somatório de inércias injustificadas. Bloqueios da espécie traduzem-se

em barreiras à efetividade da própria Constituição e dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos (*idem*).

Agindo diante de um quadro de completa paralisia de funções, a corte constitucional deve, portanto, ser chamada a atuar. O contexto é excepcional e requer medidas diferenciadas. Por outro lado, a falta de sensibilidade da corte constitucional em relação a este poder a que ela mesma se outorga, certamente intensificaria o debate quase universal acerca do ativismo judicial, ou um governo de juízes. De pronto, seriam (re)colocadas questões envolvendo a legitimidade dos tribunais constitucionais e sua expertise a tratar de temas que, *a priori*, deveriam estar ligados aos poderes executivo e legislativo.

Por conta mesmo disso, na declaração de estado de coisas inconstitucional ou congêneres – como as outras situações descritas acima – os tribunais constitucionais têm procurado enaltecer em si um novo papel de mobilizador e coordenador. Mobilizador quando desemperra um debate preso pelas circunstâncias: no caso do sistema carcerário brasileiro, tanto pelo componente eleitoral já ventilado, quanto pelo componente histórico de classe, que desconsidera a existência de dignidade humana para negros e pobres; coordenador, quando propõe e fiscaliza a adoção das medidas a serem tomadas pelos poderes públicos, num processo de permanente diálogo entre todas as instâncias de poder. Eis como se expressou o ministro relator no seu voto (que, a julgar pelo resumo do informativo aludido, bem expressa a opinião do tribunal):

Nada do que foi afirmado autoriza, todavia, o Supremo a substituir-se ao Legislativo e ao Executivo na consecução de tarefas próprias. O Tribunal deve superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar esses Poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Deve agir em diálogo com os outros Poderes e com a sociedade. Cabe ao Supremo catalisar ações e políticas públicas, coordenar a atuação dos órgãos do Estado na adoção dessas medidas e monitorar a eficiência das soluções.

(...)

Esse é, enfim, o papel que deve desempenhar o Tribunal em favor da superação do quadro de inconstitucionalidades do sistema prisional: retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando, assim, a efetividade prática das soluções propostas. Ordens flexíveis sob monitoramento previnem a supremacia judicial e, ao mesmo tempo,

promovem a integração institucional cogitada pelo ministro Gilmar Mendes, formuladas que são no marco de um constitucionalismo cooperativo (*idem*).

Evidentemente que o sucesso prático dessa elucubração teórica será objeto de estudo permanente, caso o STF opte – e parece ser esta a tendência – pela declaração do estado de coisas inconstitucional. A complexidade da situação possivelmente apresentará capítulos de avanços e recuos, e sob o ponto de vista do objeto do processo, ao menos fará com que saia da areia movediça. Há, contudo, vozes dissonantes que devem de logo ser ouvidas.

CAPÍTULO 3 CRÍTICAS AO INSTITUTO

Ainda não muita coisa foi escrita acerca do novo instituto que parece ancorar no direito brasileiro, como visto. Num olhar contrário à proposta, selecionamos 4 artigos que se ocuparam do tema.

O primeiro deles do professor constitucionalista José Ribas VIEIRA (2015), que não faz uma crítica ao instituto em si – pelo contrário, festeja a chegada da ideia ao Brasil –, mas se preocupa com a forma como aqui aportou. O acórdão que decidiu sobre a cautelar, segundo ele, foi “mandatória e monológica, bem como, refletindo um profundo alheamento em relação à necessária construção de uma jurisdição supervisora e de sentenças estruturantes, em frontal contraste com a jurisprudência da CCC”. O autor insiste em que a novidade da declaração da EIC está na possibilidade de redesenho das funções institucionais do tribunal constitucional, que deve apostar numa política deliberativa e de liderança de coordenação institucional em casos de extrema gravidade. Ressalta, contudo, que aposta na tese e aguarda o julgamento dos pedidos principais.

Os pedidos cautelares que se colocavam como verdadeira novidade diante do tribunal foram negados. Todos aqueles que versavam sobre uma imposição de interpretação normativa aos magistrados não tiveram sucesso na sua modalidade cautelar. O deferimento do pedido de que se fizesse um controle de convencionalidade em defesa do Pacto de São José da Costa Rica não caracterizava algo típico da declaração de um estado de coisas inconstitucional, sendo tarefa tradicional do

Supremo. A utilização obrigatória do fundo penitenciário, como medida judicial que intervém na gestão do orçamento, esta sim, está contemplada na crítica do professor José Ribas. E não se trata aqui de uma crítica que vem em razão da nova tese, mas da própria postura que a corte constitucional deve ter no trato da judicialização dos atos outrora restritos ao executivo, algo não tão novo. Exalta-se, neste particular, que o ativismo judicial praticado pelo tribunal deve ter como método estratégias de diálogo institucional, a construir pontes e não barricadas entre os três poderes.

Lucas Pessoa MOREIRA (2015) concentra sua análise exatamente na preocupação da judicialização das políticas públicas e do orçamento público, tendo como mote a decisão cautelar que proibiu o contingenciamento do Fundo Penitenciário. O autor destaca as nuances de legislação orçamentária, e por fim, põe na ponta do lápis:

Para ilustrar a questão, SILVA e MARQUES analisam o orçamento federal de 2011, na qual o valor fixado para despesas ao longo do exercício era de R\$ 2,1 trilhões. Desse total, R\$ 1,03 trilhão estava reservado para pagamento do refinanciamento da dívida pública federal (principal, juros e demais encargos) e R\$ 784 bilhões destinados às despesas obrigatórias (folha de funcionalismo, previdência social, gastos sociais e demais despesas obrigatórias) que por lei não poderiam ser contingenciadas. Das despesas não obrigatórias, cerca de R\$ 40 bilhões não poderiam ser contingenciadas, pois destinadas ao Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), por força da LDO, de maneira que, ao fim, restariam R\$ 192 bilhões, 9,2% do total, como despesas passíveis de contingenciamento.

No final das contas, como aduz o autor, a margem de manobra para o contingenciamento não é lá muito grande. E disso, podemos concluir, resultam alguns problemas de cunho político. O primeiro diz respeito às repercussões de uma parte do voto do ministro Marco Aurélio, em que diz que

A violação da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial autoriza a judicialização do orçamento, sobretudo se considerado o fato de que recursos legalmente previstos para o combate a esse quadro vêm sendo contingenciados, anualmente, em valores muito superiores aos efetivamente realizado, **apenas para alcançar metas fiscais** (BRASIL, 2015). (Destaque nosso)

O “apenas” da oração é questionável, se considerarmos a vastidão de opiniões a respeito de política econômica. Alguns podem crer que o alcance de uma meta fiscal seja um plano a longo prazo, até para que direitos fundamentais sejam garantidos no

futuro. A constituição e normas infraconstitucionais trazem previsão daquelas verbas que não podem ser contingenciadas. Para o resto, estaria ao alvedrio do executivo, gestor do orçamento. Ou também do judiciário? Por outro lado, sendo curta a margem de contingenciamento, haveria de se optar quais setores sofreriam contingenciamento ou não. Esta hierarquização caberia ao STF?

Infelizmente, o problema parece estar no começo da citação trazida pelo autor. Passadas já quase 3 décadas de Constituição Cidadã, com plena previsão de um plano de direitos sociais, o serviço da dívida interna brasileira arranca anualmente entre 40 e 50% do orçamento federal. Por força legal²⁹, nada desta verba poder ser contingenciada. É bastante possível que aí esteja a raiz de todos os males.

Este cenário parece fazer ressaltar a observação realizada pelo professor Ribas Veira. Se, por um lado, não se pode deixar de lado a defesa dos direitos fundamentais, de outro, é necessário estabelecer um procedimento dialógico em flexível em questões orçamentárias. A complexidade da situação da nossa sociedade, cultura política e jurídica, merece algo mais que compartimentações cartesianas de poder.

Os professores José Eduardo FARIA, Rafaele DE GIORGI e Celso CAMPILONGO (2015), em conjunto, e o professor Lênio STRECK (2015), também trouxeram suas impressões acerca do tema.

Todos levantam preocupações já conhecidas acerca da relação entre jurisdição constitucional e ativismo judicial, potencializadas pelo ápice que tudo isso possa representar com a inserção do instituto do Estado de coisas inconstitucional pelo STF. Assim, os professores reiteram os questionamentos acerca da legitimidade da corte constitucional, órgão não representativo, ter a última e diretiva palavra acerca de tema de interesse público. Por outro lado, suspeitam da capacidade, da expertise do tribunal para dar conta de assuntos fora da sua área de conhecimento, ligadas a gestão de políticas públicas, economia, gestão orçamentária.

Nesse sentido, o trio de autores pergunta a razão pela qual o povo teria confiança política nos juízes e desconfiaria da capacidade política dos políticos. A sequência da argumentação nesse sentido faz refletir sobre o idealismo que seria tentar utilizar o

²⁹ Artigo 9º, par. 2º da lei de responsabilidade fiscal.

direito no lugar da política, como se fosse possível modificar estruturas sociais a partir de sentenças judiciais.

Sob o ponto de vista da capacidade, os mesmos autores questionam “qual a competência de uma Corte Suprema para ‘compensar a incompetência’ do sistema político? Quem controlaria a correção jurídica do decreto (político) de ECI? Teria a Corte competência para compensar sua própria incompetência?”

Lênio Streck vai um pouco mais fundo, no sentido de analisar alguns argumentos específicos da teoria do estado de coisas inconstitucional, e não apenas requestrar o debate sobre o ativismo judicial. O autor problematiza quais seriam os aspectos “estruturantes” que fariam com que a adoção do instituto viesse à tona. Considera que, sem que qualquer parâmetro, a avaliação de um problema estrutural “poderá ser um guarda chuva debaixo do qual será colocado tudo o que o ativismo quiser, desde os presídios ao salário mínimo”

Para, contudo, por aí. De resto, são as mesmas preocupações legitimamente já colocadas pelo autor em outros escritos³⁰. Reflexões acerca de um perigoso gigantismo de uma corte constitucional, que pareceria dirigir-se lentamente para um jusnaturalismo ou realismo moral, e a substituição da política, da movimentação social, pela burocracia jurídica.

Em todo o caso, vale citar ainda algumas passagens do autor:

A questão é: por que a Teoria do Direito tem de girar em torno do ativismo? Para além de criar álibis extrajurídicos para que o Judiciário atue de modo extrajurídico, porque não perguntar quais direitos e procedimentos jurídicos e políticos (bem demarcadas uma coisa e outra) a Constituição estabelece? Aparentemente, a solução sempre é buscada pela via judicial, mas fora do direito, *apelando em algum momento para a discricionariedade dos juízes e/ou o seu olhar político e moral sobre a sociedade*. Só que isso, paradoxalmente, fragiliza o direito em sua autonomia. Mais do que isso, a decisão judicial não é escolha, e de nada adianta motivação, diálogo e procedimentalização se forem feitas de modo *ad hoc*. (grifos do original)

(...)

Além disso, tudo o que já foi referido acima demonstra que o ECI acarreta o risco (também) de ser utilizado para fins retóricos. Explico:

³⁰ A propósito: <http://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo>

não seria necessário lançar mão desse “argumento de teoria colombiana” para tratar do que a legislação processual penal brasileira já prevê. Ora, na especificidade da questão penitenciária, o Poder Legislativo estabeleceu exigências para o uso republicano e destinação dos fundos penitenciários a cargo da administração judicial e do Departamento Penitenciário Nacional. São, portanto, exigências legais, estabelecidas pelo Poder Legislativo. E não pelo Poder Judiciário. Além do mais o Fundo Penitenciário Nacional, gerido pelo Departamento Penitenciário Nacional, foi criado por Lei Complementar (LC 79/94 e regulamentada pelo Decreto 1093/94). Em resumo, com a aceitação da tese da ECI fica cada vez mais difícil fazer a comunidade jurídica entender porque existe uma crise no direito e na sua operacionalidade no Brasil.

Podemos iniciar os comentários acerca dos dois artigos acima, a partir destes últimos trechos. Ora, se o realismo moral é um problema, o idealismo jurídico pode ser também bastante infantil. Procurar suporte para a aplicação do direito unicamente na lei é usar, sozinho, a venda de *Justitia*, enquanto ela ri. A lei de execuções penais já tem mais de 30 anos e nunca foi aplicada na sua inteireza. Alguns juízes que se atreveram a aplicá-la nos princípios básicos foram punidos, tanto pela sociedade, como pelo próprio sistema judicial³¹. De outro lado, não há qualquer indício de que a lei orçamentária mencionada sirva, em algum momento, de forma voluntária, para de fato se construir uma solução, qualquer uma que seja, para as inúmeras questões que envolvem o sistema prisional. O direito precisa de quem o aplique, e para que isso seja feito, eventualmente é necessário mover algumas correntes – principalmente quando se tratam dos direitos fundamentais.

De outro lado, ambos os artigos pouco tratam, como já foi abordado, do estado de coisas inconstitucional no que diz respeito a novidade que ele, em tese, pode trazer. Não se trata de discutir o que será ou como será, e muito menos resultados, já que logicamente isso ainda não é possível, mas, ao menos abordar a construção teórica do instituto, considerando os parâmetros construídos para a sua aceitação e, posteriormente, as possíveis técnicas na sua aplicação.

Em terceiro lugar, chama bastante atenção a falta de qualquer proposta alternativa por partes dos autores, o que faz parece os escritos mais um exercício de autossatisfação intelectual. O caso não discute o sexo dos anjos, mas simplesmente o grotesco sistema prisional brasileiro. Não convém o desleixo ou o desdém, aqui.

³¹ Cf. <http://www.conjur.com.br/2009-mai-27/juiz-mandou-soltar-presos-contagem-deixar-magistratura>

Medidas devem ser tomadas. Se se discorda dos meios adotados, o espaço está aberto para que outras se proponha. Como escreveu o professor José Carlos RODRIGUES (2015), comentando o instituto a partir do texto do trio de professores acima citado, em que comparam o EIC ao realismo mágico, afirma que “mesmo que o STF viesse a declarar que o estado de coisas inconstitucional seria aplicável apenas se boitatás e sacis passarem a habitar a terra, mesmo assim, a ADPF 347 deveria prosperar”.

Diante de tal situação, não seria difícil sustentar, por analogia, que a situação de nossas prisões equivale, no caso, à existência dos citados boitatás e sacis. O estado de coisas surreal de nossas prisões, aliás, é típico das sociedades latino-americanas, em especial da brasileira.
(*idem*)

Por último gostaríamos de propor mais duas observações genéricas em relação ao tema e suas críticas:

1) A questão que fica, sob o ponto de vista da jurisdição constitucional, e no particular no que toca à separação de poderes, é se as mesmas teorias e a mesma engenharia política podem ou devem ser utilizadas em países com realidades políticas e sociais tão divergentes. Especificamente: é possível propor a racional e moderna autocontenção judicial e plenitude dos parlamentos diante da existência de masmorras medievais, etnocídio em massa, concentração aristocrática de riqueza e pobreza extrema?

2) A tese do estado de coisas inconstitucional pode ser de grande utilidade para a jurisdição constitucional brasileira, para além da resolução de casos de extrema gravidade. É que, aparentemente, pela primeira vez, são trazidos elementos objetivos de atuação da corte constitucional. O ativismo judicial é uma tese há muito posta quando se fala em STF, e seu comportamento sempre dependeu basicamente do seu humor. É possível que, ao contrário de uma exacerbação dos seus poderes, tanto a corte quanto as ciências que a investigam passem a utilizar parâmetros próximos daqueles exigidos pela declaração do ECI, além das técnicas mais moderadas de sua execução.

CAPÍTULO 4 CABERIA A DECLARAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL PARA O SISTEMA DE RADIODIFUSÃO TELEVISIVA NO BRASIL?

Se na ciência como um todo, a cautela deve marcar o momentos das conclusões, no âmbito das ciências humanas ou sociais, o sentimento aproxima-se de um temor reverencial (admita-se o exagero caricatural!)

Se fizermos uma purificação ao estilo kelseniano da ciência jurídica, apartando análises empíricas, como a sociologia ou política jurídica, do estudo do direito posto, evidentemente que a metodologia relativamente segura das ciências da natureza, com suas provas de experimentação e resultados, tende a passar ao largo da área de estudo jurídico.

Embora se reconheça a complexidade da discussão acerca da viabilidade e objeto de uma ciência jurídica, o fato é que algo como uma análise experimental das implicações do ordenamento jurídico não parecem ser possíveis. Esta característica, somada a uma cultura jurídica relativamente distante da academia, são elementos que muitas vezes contribuem para uma dificuldade de problematização nos trabalhos jurídicos, e os textos científicos com aparência de petições iniciais acabam sendo presença constante nas bibliotecas (CUNHA; SILVA, 2013). Ainda, voltando do particular para o geral, é de se memorar a advertência feita por Boaventura de Sousa Santos, em *Introdução a uma ciência pós-moderna* (1989), no qual afirma que, em geral, a ciência trabalha com consensos, e nas ciências sociais, a construção da verdade assume ainda mais complexas relações de legitimidade e poder.

Essas especulações preambulares são escritas em defesa a que o escritor do direito muitas vezes – a depender do seu objeto – não pode “provar” o seu ponto, a sua conclusão, a sua teoria. Nem por isso, contudo, sob o ponto de vista científico, lhe carece legitimidade para formular enunciados. Embora tenhamos nós, juristas, resolvido pôr o nome de “doutrina”³²(!) na nossa produção intelectual, supõe-se que a dialética nos livre de todo o mal.

³²Segundo Edgard MORIN (2001:23) O que faz que uma teoria seja científica, se não for a sua “verdade”? Popper trouxe a ideia capital que permite distinguir a teoria científica da doutrina (não científica): uma teoria é científica quando aceita que sua falsidade pode ser demonstrada. Uma doutrina,

Os resultados que aqui vão se chegar, portanto, não podem ser apenas consequência de um texto de opinião, mas também não podem se afastar do fato de que, com os mesmos dados da realidade e mesma pesquisa, uns outros olhos e outra mente possivelmente tivessem chegado a resultados opostos. Abertas estão as portas ao diálogo. As conclusões são as seguintes:

Qualquer situação na qual se aviste, como hipótese, um estado de coisas inconstitucional, deve trazer um relato robusto de elementos fáticos a saciar os requisitos *a priori* impostos para sua admissão da enquanto tal. As falhas estruturais, entendidas como barreiras sociais, institucionais e políticas devem ser levantadas, com todo sacrifício argumentativo que uma medida que se quer extrema e rara exige para que possa vir a lume.

Consequentemente, deve-se comparar a teoria com a realidade, a ver se se encaixam, a partir da decisão cautelar do Supremo na ADPF 347. Para esta tarefa, vamos considerar que os requisitos desenvolvidos pela corte colombiana para a admissão o EIC, e transmitidos pelo professor Carlos Alexandre Campos, foram adotados pelo STF – o que parece verossímil, ao se observar o voto do relator e o resumo do julgamento. Ei-los, um a um, mais uma vez:

1) A descrição dessas sentenças revela haver três pressupostos principais do ECI. O primeiro pressuposto é o da constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais que afeta a um número amplo de pessoas. Para além de verificar a transgressão ao direito individual do demandante ou dos demandantes em um determinado processo, a investigação da Corte identifica quadro de violação sistemática, grave e contínua de direitos fundamentais que alcança um número elevado e indeterminado de pessoas. Nesse estágio de coisas, a restrição em atuar em favor exclusivamente dos demandantes implicaria omissão da própria Corte, que deve se conectar com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Parece bastante claro que, aqui, o que se pede é uma descrição detalhada dos fatos, a demonstrar a abrangência, insistência e gravidade da violação ao direito

fundamental que se alega corrompido. Parece lógico que se coloque como um pré-requisito de análise para as demais.

Conforme foi detalhado na primeira parte do trabalho, a carência do direito fundamental à comunicação gera uma marginalização política mortal para a democracia e para vida em sociedade. A concentração e manipulação da opinião desagregam o tecido social de uma sociedade democrática, e ainda mais uma sociedade multiétnica e multicultural como a brasileira. Diversos temas relevantes e graves da nossa sociedade, como a violência contra a mulher, a exploração sexual, o assassinato em massa de jovens negros, a criminalização da pobreza e movimentos sociais e a naturalização de privilégios, muito provavelmente não encontram saída em razão da histórica promoção de um discurso único no serviço de comunicação, que veda a entrada de atores desprivilegiados no púlpito social que forma a agenda pública e promove a defesa de ideais e interesses. As normas jurídicas que poderiam servir a equilibrar o estado de coisas são simplesmente ignoradas pelos seus aplicadores; as políticas públicas de comunicação social são historicamente marginalizadas em benefício das concessionárias que, por sua vez, são beneficiadas com quase toda a verba publicitária dos governos; o serviço de radiodifusão televisiva é utilizado como moeda de troca aos moldes do clientelismo, comprometendo a política não apenas na esfera microscópica, mas também representativa; os conteúdos de programação obedecem apenas ao interesse comercial; a escolha das empresas concessionárias leva basicamente em consideração o seu poderio econômico e, também contrariamente à constituição, a programação é quase que totalmente nacionalizada; por último, o Estado parece não ter força ou desejo de/para combater nenhuma das ilegalidades. E tudo isso, desde a década de 60.

O breve resumo da terra arrasada em que se encontra o serviço em questão pode ser detalhado comparando-se as razões do Ministro Marco Aurélio na ADPF 347. No seu voto, o relator destaca “problemas tanto na formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal”. Ressalta a “omissão reiterada e persistente das autoridades públicas e no cumprimento das obrigações estabelecidas” e a “inércia não apenas quando ausente a legislação, mas também se inexistente qualquer tentativa de modificação da situação, uma vez identificada a insuficiência da proteção conferida para a execução das normas vigentes.

Destacamos no momento oportuno que, sob o ponto de vista normativo, a legislação sobre radiodifusão televisiva – principalmente no que toca a limitação de propriedade e de conteúdo – divide-se entre aquelas normas que não foram regulamentadas, e aquelas que estão vigentes, mas são desconsideradas. Podemos lembrar, quanto ao último ponto, o arrendamento ilegal de espaço na TV; a pernicioso formação de redes nacionais, que fulmina, junto com o artigo 12, párr. 7º, do decreto-lei 236/67, a identidade e diversidade regional brasileira; a propriedade de meios de comunicação nas mãos de políticos; e a ausência completa de fiscalização acerca das obrigações legais impostas para as concessionárias. Além disso, o cenário da concentração de propriedade atravessa, como visto, a história do Brasil no século 20 e até hoje, sem que haja força social ou política que tenha conseguido impor limites normativos condizentes com, por exemplo, a proibição do monopólio e oligopólio de que trata artigo 220, párr 5º da CF, vilipendiado desde o seu primeiro minuto de vigência.

Assim, pensamos que a situação do serviço de radiodifusão enquadra-se neste requisito de declaração do estado de coisas inconstitucional

2) O segundo pressuposto é o da omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais. A ausência de ou falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas e orçamentárias representaria uma “falha estrutural” que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação. Não seria a inércia de uma única autoridade pública, e sim o funcionamento deficiente do Estado como um todo que resulta na violação desses direitos. Além do mais, os poderes, órgãos e entidades em conjunto se manteriam omissos em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade.

Se o primeiro requisito responde “ao que é” a situação, o segundo deve responder “por que é”. Essa resposta deve apontar para o diagnóstico um caminho sem solução dentro das perspectivas tradicionais da teoria do estado e, especificamente, da jurisdição constitucional. Deve apresentar um quadro de anomia estatal, (para utilizar o termo de Durkheim), no qual a degradação do sistema e a naturalização das ilegalidades chegaram a tal ponto de obviedade e escárnio que não se enxerga existirem mecanismos institucionais que possam dar conta de reverter a curto ou médio prazo o cenário de antijuridicidades criado. Os poderes da República, nas funções típicas e atípicas que

exercem tradicionalmente, devem ter se mostrados cotidianamente omissos ou incapazes quanto à promoção do direito fundamental, e de modo que sua superação transbordou a suas possibilidades políticas. (É, evidentemente, uma análise extrema de ciência política, que aponta para situações de falência do poder do estado. A propósito, são necessários trabalhos na área que procurem trazer ou desenvolver conceitos nesse sentido)

A conjuntura política, administrativa e social desfavorável a uma reversão no quadro de massiva violação do direito fundamental foi narrada pelo voto do relator ao apontar que, além de impopular, a defesa dos direitos dos presos era incompatível com a dinâmica da política representativa, distante da dimensão objetiva dos direitos fundamentais porque credora de compromissos eleitorais que possivelmente não suportariam o alto custo da impopularidade do tema (no caso, a violação dos direitos fundamentais da população carcerária). Trechos com este conteúdo já foram citados logo acima.

Não necessariamente a causa da burla ao direito fundamental reside nas limitações imanentes ao processo político. A complexidade dos sistemas democráticos de poder tripartite, ao mesmo tempo em que gera potencial segurança e controle do poder, cobra o preço do cuidado e da demora nas suas decisões. Além disso, faz parte da engenharia política o contexto social, cujo fluxo nem sempre é equilibrado.

Mas nas análises em voga, a preocupação demonstrada pelo Ministro com o bloqueio institucional causado pela política é ainda inflada exponencialmente se tratarmos do direito à comunicação. Ora, no mínimo por dois motivos: a grande maioria dos políticos teria um receio considerável em militar contra os interesses dos grandes conglomerados de mídia. Uma imagem negativa diante dos meios de comunicação, sabem eles, pode arrasar definitivamente uma carreira política; por outro lado – e aí o problema é diametralmente oposto ao da falta de representatividade dos presos –, os próprios políticos são os beneficiários da manutenção da situação de assalto ao direito fundamental. Muitos deles são, como visto, ou proprietários das concessionárias do serviço de radiodifusão televisiva, ou utilizam as concessões como moeda de troca política. Muito improvável, portanto, que iniciativas legislativas que regulem a Constituição Federal, ou simplesmente redesenhem políticas públicas para o setor de radiodifusão venham à tona. Da mesma forma, pouco se espera que o Ministério das

Comunicações promova uma adequação constitucional às suas vetustas interpretações do CBT e do decreto-lei 236/67, para enfim coibir a formação de redes, impedir a propriedade de concessionárias por políticos ou a concentração de propriedade horizontal.

Por outro lado, considerando o aspecto social, vale ressaltar que opinião pública dificilmente formularia um parecer contrário à situação atual, por dois motivos: a formação de opinião e debate é geralmente apreendida nos meios de comunicação em massa, o próprio objeto da questão; mesmo em razão disso, a naturalização da situação presente é praticamente tatuada na sociedade brasileira.

Até aí, parece bastante clara a configuração do chamado bloqueio institucional, cujas barreiras não pudessem ser retiradas espontaneamente, por ação dos mecanismos ordinários dos poderes políticos instituídos, bem como se avalia a incapacidade e omissão histórica destes mesmos poderes em garantir a eficácia do direito fundamental à comunicação.

Entretanto, há uma situação particular em relação à ofensa ao direito à comunicação. Seria necessário um estudo concentrado nesta questão, provavelmente na área de sociologia, mas a verdade é que, muito embora tanto o debate quanto a atuação dos movimentos sociais tenham longa data, a judicialização da questão ainda é muito recente. Durante o texto, algumas dessas ações foram informadas. Reiteremo-las: ADPF 379, de 2015 na qual o PSOL requer a cassação das concessões pertencentes a políticos; representação entregue pelo Intervezoes para que o MPF proponha ação com o mesmo fim; ação civil pública, em 2014, na qual o MPF requer a invalidação das outorgas concedidas à Rede 21 e Grupo CNT, em razão do arrendamento ilegal de programação; ADO 11, de 2011, na qual se requer que o STF declare a omissão legislativa em diversos dispositivos constitucionais que visam regulamentar os meios de comunicação (artigos 5º, inciso V; 220, § 3º, II; 220, § 5º; todos os incisos do artigo 221 e artigo 222, § 3).

Por outro lado, ela também é pouco frequente. A pesquisa não encontrou resultados relevantes de julgados que tratam da regulação existente para a radiodifusão com qualquer preocupação quanto ao conteúdo ou concentração, ou fiscalização dos serviços prestados. As ações, em regra, dizem respeito a aspectos burocráticos exigidos às emissoras por parte do Estado, que emperram o direito à eventual concessão ou

renovação³³. Praticamente todos os julgados que podem ser encontrados a partir da palavra radiodifusão estão ligados a rádios comunitárias, o que não foi objeto do trabalho.

Assim, duas coisas se extraem e que, contraditórias, dificultam a conclusão: ainda não há certeza de que, a partir dos meios tradicionais de jurisdição, seja ela ordinária ou constitucional, a questão não poderá ser resolvida. Se a declaração do EIC exige a percepção clara de que, através de quaisquer meios institucionais do Estado, não é mais possível solucionar a grave violação dos direitos fundamentais, esta percepção não é encontrada aqui em plenitude. Não é possível prever que através da atuação tradicional do Supremo, diante das ações que estão à sua frente e tratam do sistema de radiodifusão, não haverá melhora do cenário.

Entretanto, o caminhar do tema na justiça como um todo, justamente pela recente judicialização parece bastante lento diante de uma situação tão grave. Propõe-se uma solução intermediária a seguir.

3) O terceiro pressuposto tem a ver com as medidas necessárias para a superação do quadro de inconstitucionalidades. Haverá o ECI quando a superação de violações de direitos exigir a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes. O mesmo fator estrutural que se faz presente na origem e manutenção das violações, existe quanto à busca por soluções. Como disse Libardo José Arida, ao mal funcionamento estrutural e histórico do Estado conecta-se a adoção de remédios de “igual ou similar alcance”. Para a solução, são necessárias novas políticas públicas ou correção das políticas defeituosas, alocação de recursos, coordenação e ajustes nos arranjos institucionais, enfim, mudanças estruturais.

³³ Exemplos: 1)STJ - MANDADO DE SEGURANÇA : MS 16289, em 2015: Possibilidade de cassação da concessão em razão do não pagamento da valor integral da outorga 2) STJ - MANDADO DE SEGURANÇA : MS 20749 DF 2014/0012242-4: Negativa do Ministério das Comunicações em assinar o contrato de permissão em razão da não entrega, por parte de sócio- administrador, de certidão criminal negativa

Este terceiro item é erroneamente chamado de pressuposto, ou requisito, eis que na verdade é consequência. Configuradas as duas primeiras situações, a técnica adotada deve responder à complexidade dos fatos e da formatação política do Estado em questão. Como já aludido anteriormente, é possível que as incursões acerca do diálogo institucional, mobilização e coordenação passem a estar mais presentes na corte constitucional brasileira, e não apenas nos casos de declaração de EIC.

A nosso ver, portanto, os requisitos foram preenchidos parcialmente. Nesse caso, a hipótese do trabalho, de que o conceito de estado de coisas inconstitucional se aplica à situação do direito à comunicação não se confirma em sua plenitude. Contudo, isso não significa que o instituto não possa, simplesmente, ser utilizado. A nosso ver, pelo contrário, as respostas devam ser proporcionais à extensão do problema que, como já dito, é grandioso.

Deve-se sublinhar, inicialmente, que os exemplos de utilização da jurisdição constitucional com o papel mais alargado, embora requeiram aquela situação de anomia dos poderes públicos de uma forma geral, concentram as suas atenções de forma mais destacada no legislativo e, principalmente no executivo. Não por acaso, vale dizer, o debate geralmente é acompanhado das discussões acerca judicialização das políticas públicas, como foi demonstrado nos casos narrados.

Ainda, estão nas mãos do próprio STF duas ações extremamente importantes para algumas das questões problemáticas da radiodifusão televisiva: a ADO 11, que envolve a regulamentação de dispositivos da Constituição; e a ADPF 379 que trata da propriedade das concessionárias nas mãos de políticos. Entendemos que a corte poderia, como aconteceu, inclusive, na Colômbia, transformar estas duas questões em uma análise sobre o estado de coisas inconstitucional, mesmo sem que houvesse pedido expresso para tanto.

Estamos em que, portanto, a declaração do EIC não se tem perfeita em razão do não preenchimento completo dos seus requisitos, visto que a judicialização das questões referentes ao sistema de radiodifusão televisiva é recente, com cerca de 25 anos de atraso em relação à nova constituição. De outro lado, o cenário é emergencial, com a própria Carta Magna a pedir que se lhe dê solução.

Ousamos propor uma solução intermediária, mesclando dois conceitos já reconhecidos pelo tribunal. Um é o próprio estado de coisas inconstitucional, a ser aplicado diante dos parâmetros por demais repetidos aqui. O outro é a inconstitucionalidade progressiva, ou norma ainda inconstitucional, que é uma das técnicas de modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade utilizadas pela STF.

Este conceito aplica-se para o reconhecimento de um estado imperfeito insuficiente para justificar a declaração de ilegitimidade da lei (MENDES *et al*, 2008:1259). Ou, noutras palavras, “consiste em uma técnica de decisão judicial aplicada às situações constitucionais imperfeitas, em que a norma situa-se em um estágio entre a constitucionalidade plena e a inconstitucionalidade absoluta, e as circunstâncias de fato vigentes no momento ainda justificam a sua permanência dentro do ordenamento jurídico” (LIMA, 2015)

O instituto veio a lume no STF através de dois casos paradigmáticos e relativamente semelhantes. O HC 70.514, e o RE 147.776. No primeiro caso, considerou-se que o prazo em dobro concedido à Defensoria Pública, pela lei 1.060/50, seria considerado constitucional até que fosse possível se verificar um implemento positivo na estrutura da instituição, que pudesse lhe conferir uma disputa jurídica em paridade de armas. No segundo caso, considerou-se que o artigo 68 do CPP, que determina a assistência jurídica gratuita pelo Ministério Público seria considerado constitucional até que, novamente, a Defensoria Pública, atarefada pela Constituição para tanto, tivesse condições de cumprir o seu mister. Neste julgamento, o seu relator, Ministro Sepúlveda Pertence, assim se manifestou sobre a técnica

A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia *ex tunc* faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição – ainda quando teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada – subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem (BRASIL, 1998)

Oriunda da Alemanha, a declaração de inconstitucionalidade progressiva é, por diversas vezes, acompanhada do chamado “apelo ao legislador” (LIMA, 2015) Trata-se de uma modalidade de notificação ao parlamento, instando-o a redesenhar o sistema

jurídico de acordo com a nova realidade que se põe. Chamando atenção para a postura contida do tribunal, motivada pela delicadeza da situação, MEDEIROS (2009:13) assim explica o apelo ao legislador:

O “apelo ao legislador” também se mostra compatível com as hipóteses de norma já considerada institucional, porém não é assim declarada, por razões diversas, no dispositivo da decisão. O *Bundesverfassungsgericht*, embora reconheça em suas razões a inconstitucionalidade de determinada norma, prefere declarar a constitucionalidade da mesma manifestando concomitantemente ao legislador a necessidade de reforma legislativa a fim de eliminar do ordenamento jurídico tal violação da Constituição, constituindo o que se poderia considerar como uma “declaração de incompatibilidade implícita”.

Trata-se, portanto, de mecanismo da corte constitucional para auto limitação da sua atuação no sistema jurídico, pois estabelece mais um grau de intervenção entre a declaração de inconstitucionalidade e a declaração pena de constitucionalidade da norma impugnada. Ao trazer em seu bojo juízo de mérito da lei bem como o prazo para o legislador eliminar os defeitos que já a torna inconstitucional, não pode ser equiparada a mera afirmação da constitucionalidade, contudo, dado que aponta iniquidades da norma tão somente em suas razões, deve ser tida como menos interventiva do que é declaração de mera incompatibilidade (ou declaração de inconstitucionalidade sem os efeitos da nulidade), cabendo posicioná-la entre essas duas variantes. (Grifos nossos)

Em razão do já exposto, defendemos uma solução intermediária para hipótese de aplicação do conceito de estado de coisas inconstitucional ao sistema de radiodifusão televisiva. Cremos que o STF possui, há muito, um acervo de técnicas de modulação dos efeitos e força da sua atuação. Aparentemente, a técnica da inconstitucionalidade progressiva oferece uma resposta válida ao grau de cautela que se quer aqui propor.

Supõe-se que, em diálogo institucional com os demais poderes, através do apelo, o tribunal poderia notificar da situação de inconstitucionalidade progressiva do sistema de radiodifusão nacional – melhor dizendo, do **estado de coisas em progressiva inconstitucionalidade** – tendo como condição resolutiva desta situação a manutenção do *status quo* da forma que se encontra. Para isso, no caso concreto, as ações já propostas perante o tribunal deveriam, no caso da ADO, ser fixado prazo para a concretização legislação; no caso da ADPF 379, desde que, obviamente, deferida, a

manutenção da jurisdição com a fixação de prazo para que a determinação pretoriana seja cumprida.

Caso, mesmo com a interferência do tribunal, não haja aprimoramento positivo, a Corte deverá, aí sim, declarar, com todos os requisitos postos, o estado de coisas inconstitucional. Neste cenário, aí sim, todas as técnicas próprias do instituto, tal como a judicialização da gestão orçamentária, políticas públicas, e coordenação institucional poderiam ser utilizadas.

Para concluir: a hipótese central do trabalho foi parcialmente refutada. Entendemos que não caberia, de forma imediata, a aplicação do instituto do estado de coisas inconstitucional ao direito fundamental à comunicação. Entretanto, dado que o requisito ausente para o perfeito aperfeiçoamento do instituto, embora o enfraqueça, não desconfigura seu núcleo teleológico, foi possível propor um nível intermediário de interferência da corte constitucional. Nesse sentido, “o estado de coisas em progressiva inconstitucionalidade” poderá se transformar no estado de coisas inconstitucional desde que as medidas preliminares utilizadas pela corte não forem capazes de modificar a realidade de burla ao direito fundamental à comunicação.

CONCLUSÃO

Tratar do tema escolhido revelou algumas dificuldades e algumas surpresas. Os conceitos que foram estudados, disse-se desde o início, são temas raros na literatura. O direito à comunicação, quando eventualmente abordado pela doutrina, basicamente consistia na análise da liberdade de expressão e informação, direitos clássicos de formação liberal. A categoria “estado de coisas inconstitucional”, ainda com mais razão está ausente da maioria dos escritos de direito constitucional, pelo simples motivo de ser pauta por demais recente no Supremo Tribunal Federal. Felizmente, entretanto, a diminuta quantidade de material foi compensada pela qualidade dos autores que dedicaram alguma reflexão sobre o novo instituto.

De qualquer modo, estas barreiras trouxeram consigo a semente da oportunidade e criatividade. Resolvemos tratar o direito à comunicação enquanto direito político, algo aparentemente novo, e ousamos sugerir uma aplicação moderada (ou modulada) do estado de coisas inconstitucional, já antecipando eventuais dificuldades enfrentadas pelo tribunal na delicada tarefa de trabalhar com a complexa técnica.

Embora fosse esperado um árduo trabalho na bibliografia jurídica sobre o direito à comunicação, o que ocorreu em parte, a mesma dificuldade mostrou-se, de forma surpreendente, na análise de dados empíricos sobre o setor de radiodifusão. Por uma coincidência algo infeliz, o site *donosdamídia.com.br*, que conta com o maior acervo de informação sobre grupos de comunicação ficou – não se sabe o motivo – inacessível durante todo o período de pesquisa. Em todo caso, esta dificuldade serve também como dado, à medida que análises detalhadas sobre o setor deveriam ser disponibilizadas pelo Ministério das Comunicações, e de forma simples e organizada. O máximo que a pasta faz é apresentar, sem discriminação de Estado-membro ou tipo de veículo, a empresa e seu sócio-diretor. Compilar estes dados para, de forma atualizada, atestar ou não a concentração de propriedade e sua formação em redes, por exemplo, levaria meses, talvez anos. É o trabalho que o site apontado acima procura fazer. De qualquer forma, as informações prestadas, embora contem na maioria das vezes, com dados 6 anos atrás, em média, se mostram confiáveis justamente em razão da manutenção da realidade no setor, alheia a uma regulamentação eficaz.

A pesquisa sobre o direito à comunicação necessita de um acompanhamento regular das decisões que o STF trará a respeito da ADO 11 e ADPF 379, mas também

de um olhar detido nas atuações do Ministério Público Federal, da Advocacia-Geral da União e dos próprios movimentos sociais que há muito se debruçam sobre o tema. A falta de judicialização da questão – além da sua novidade, já apontada – é muito preocupante. Notadamente os órgãos jurídicos citados devem realizar um acompanhamento mais próximo do cumprimento de contratos de concessão, de disposições editalícias contrárias aos princípios do artigo 221 da Constituição e da própria omissão do poder executivo na fiscalização do serviço. A academia deve relatar, através disso, olhar através do qual estes órgãos veem o tema.

No que diz respeito à atuação do STF quanto ao estado de coisas inconstitucional, parece natural que as vistas dos constitucionalistas e mesmo cientistas políticos se voltem para a análise do tema, anotando os procedimentos que o tribunal irá adotar nesta e em eventuais outras oportunidades. Caso a opção pela adoção do instituto seja ratificada no julgamento da ação principal, a manutenção da jurisdição da corte sobre o processo e suas realizações futuras serão novidades relevantes para o estudo da jurisdição constitucional. Há de se observar qual será a intensidade da intervenção do tribunal, comparando-se com as demais cortes que adotaram medidas semelhantes. Deve-se sublinhar a advertência do professor José Ribas VIEIRA (2015), de que as primeiras manifestações do tribunal, observadas na cautelar, podem ter destoado da moderação requerida para o bom manuseio do instituto.

Ainda, vale a atenção para o comportamento da corte de uma forma geral, na hipótese – aqui sugerida – de que as técnicas e comportamento dialógico podem passar a ser uma tendência do STF, influenciada pela ADPF 347, mesmo em casos que não envolvam a declaração do estado de coisas inconstitucional.

Por último, vale ressaltar o ganho pessoal na análise do tema. Embora o desejo fosse de um maior aprofundamento em todos os aspectos estudados, a impressão inicial – adquire da leitura de *Chatô, o rei do Brasil*, de Fernando Morais, um pouco antes do início da escrita – de que tratar da radiodifusão brasileira é tratar da história do Brasil após o século XX, foi confirmada e ampliada. Também, como já foi ressaltado, reforçou-se a impressão de que, dentre todos os temas mais importantes da sociedade, este é o que carrega um maior desequilíbrio entre o discurso hegemônico e o subalterno. A “naturalização do domínio” – segundo a conceituação que demos para este termo –

dos conglomerados de radiodifusão não encontra par em nenhuma outra disputa social, segundo pensamos.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Flávio. **Comunicação: nem tudo que é público é ruim**. (2014). Disponível: <<http://www.redebrasilatual.com.br/blogs/blog-do-velho-mundo/2014/04/comunicacao-nem-tudo-o-que-e-publico-e-ruim-5187.html>> Acesso em 15/12/2015.
- AZEVEDO, Eduarda Peixoto de. **Direito à Comunicação e regulação para radiodifusão televisiva no Brasil: uma abordagem crítica aos monopólios e seus monólogos**. Dissertação (Mestrado em direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.
- BIAL, Pedro. **Roberto Marinho**. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2004.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 6º ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra: 1986.
- BOLAÑO, César. **Mercado brasileiro de televisão**. São Cristóvão: PEUFS, 1988.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006.
- BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2001.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Direito Fundamental 347**. Voto do ministro Marco Aurélio Melo. (2015).
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal 530**. (2014).
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF nº 798**. (2015a) <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>>
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 147.776**. (1998)
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF: condenado por falsidade ideológica, deputado tem pena prescrita**. (2014a). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=274755>>. Acesso em 10/01/2015.
- _____. Presidência da República. Secretaria de Comunicação Social. **Pesquisa brasileira de mídia 2015: hábitos de consumo de mídia pela população brasileira**. – Brasília : Secom, 2014b.
- _____. Ancine – Agência Nacional do Cinema **Superintendência de Registro da ANCINE torna irregular o canal Sports +, distribuído pela Sky**. (2013) Disponível em: <<http://www.ancine.gov.br/sala-imprensa/noticias/superintendencia-de-registro-da-ancine-torna-irregular-o-canal-sports-distrib>>. Acesso em: 13/12/2015.

_____. Tribunal de Contas da União. **Processo 016.839/1996-0. (1997).** Disponível em <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CDec%5C19980703%5CGERADO_TC-13866.pdf> Acesso em 21/01/2015.

BRITTOS, Valério Cruz; COLLAR, Marcelo Schmitz. **Direito à comunicação e democratização no Brasil.** In: SARAIVA, Enrique; MARTINS, P.E.M.; PIERANTI, Otávio P. (Orgs.). Democracia e regulação dos meios de comunicação em massa. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008.

CALIXTO, Dodô. **Saiba como sete países regulamentam os meios de comunicação.** Disponível em <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/34824/saiba+como+sete+países+regulamentam+meios+de+comunicacao.shtml>>. Acesso em 17/06/2015.

CAMPILONGO, Celso; DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo. **Estado de coisas..inconstitucional.** Disponível em:..<<http://opiniaio.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>>. Acesso em 19/01/2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O estado de coisas inconstitucional (2015)** Disponível em <<http://jota.uol.com.br/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em 14/01/2016.

_____. **O estado de coisas inconstitucional e o litígio institucional (2015a).** Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>> Acesso em 14/01/2016.

CANELA, Guilherme. **Regulação das comunicações: porquês, particularidades e caminhos** In: SARAIVA, Enrique; MARTINS, P.E.M.; PIERANTI, Otávio P. (Orgs.). Democracia e regulação dos meios de comunicação em massa. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008.

CARTA CAPITAL. **Ação civil pública questiona arrendamentos ilegais no rádio e na TV (2014).** <<http://www.cartacapital.com.br/blogs/intervozes/acao-civil-publica-questiona-arrendamentos-ilegais-no-radio-e-na-tv-1562.html>>. Acesso em 14/12/2015.

_____. **Novo alvo do MPF: os políticos donos da mídia. (2015).** <<http://www.cartacapital.com.br/blogs/intervozes/novo-alvo-do-mpf-os-politicos-donos-da-midia-3650.html>> Acesso em 14/12/2015.

CARTA MAIOR. **Mudanças aceleram regulamentação da mídia no mundo.** Disponível em:<<http://www.cartamaior.com.br/?%2FEditoria%2FPolitica%2FMudancas-aceleram-regulamentacao-da-midia-no-mundo%2F4%2F16140>>. Acesso em 14/02/2015

CARVALHO, José Murilo. **Mandonismo, Coronelismo, Clientelismo: Uma Discussão Conceitual.**(1998)Disponível em<http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S00115258199700020003&script=sci_arttext>. Acesso em 20/09/2015.

COLOMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. **Sentencia T-158/98**. (1998) Disponível em <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em 17/01/2016.

CUNHA, Alexandre Santos; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Pesquisa empírica em direito**. Rio de Janeiro: IPEA, 2013

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 32ª edição. – São Paulo: Saraiva, 2013.

DURKHEIM, Emile. **Da divisão do trabalho social**. Tradução de Eduardo Brandão. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FERNANDES, Andre de Godoy. **Meios de Comunicação Social no Brasil: promoção do pluralismo, direito concorrencial e regulação**. Tese de Doutorado (Mestrado em Direito). – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2009.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1.

GRUPO DE MÍDIA SÃO PAULO. **Mídia Dados Brasil 2015**. (2015). Disponível em: <<https://dados.media/#/app/mosaic/televisaoA>> Acesso em 19/11/2015.

GOMES, Raimunda Aline Lucena. **A comunicação como um direito humano: um conceito em construção**. Dissertação (Mestrado em comunicação). – Programa de pós-graduação e pesquisa em comunicação. Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2007.

GONÇALVES, Kildare. **Direito Constitucional**. 11ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

GÖRJEN, James. **Apontamentos sobre a regulação dos sistemas e mercados de comunicação no Brasil**. In: SARAIVA, Enrique; MARTINS, P.E.M.; PIERANTI, Otávio P. (Orgs.). *Democracia e regulação dos meios de comunicação em massa*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008.

_____. **Sistema central de mídia: proposta de um modelo sobre os conglomerados de comunicação no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Informação e Comunicação). Faculdade de Biblioteconomia e Comunicação – UFRGS. Porto Alegre, 2009.

HALL, Stuart. **Identidades culturais na pós-modernidade**. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva; Guacira Lopes Louro. 11 ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006

INSTITUTO DE ESTUDOS E PESQUISAS EM COMUNICAÇÃO (EPCOM). **Quem são os donos?** Revista Carta Capital, 2002. <<http://donosdamidia.com.br/media/documentos/DonosCarta.pdf>>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2015.

INTERVOZES. **Caminhos para a luta pelo direito à comunicação no Brasil. Como combater as ilegalidades na rádio e na TV.** INTERVOZES, 2015

_____ ; **ARTICLE 19. Cuestionario em matéria de libertad de expresión, diversidad, pluralismo y concentración de medios. Relatoria especial para la libertad de expresión.** 2015.

_____ ; SÃO PAULO (Cidade). **Oficinas formativas. Liberdade de expressão e direito à comunicação,** 2014.

JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado.** Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2000.

KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo.** Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

LIMA, Rafaella Sousa. **Técnica da inconstitucionalidade progressiva evita insegurança jurídica.** Consultor Jurídico. (2015) Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-25/rafaella-lima-inconstitucionalidade-progressiva-necessaria>>. Acesso em 22/01/2016.

LIMA, Venício A. de. **As “brechas” legais do coronelismo eletrônico.** Revista Aurora, nº 1. PUC-SP, 2007. Disponível em <<http://revistas.pucsp.br/index.php/aurora/article/view/6344/4652>>. Acesso em 18/10/2015.

_____ **Ideia é relançada 30 anos depois.** Observatório da Imprensa, 21/10/2008, edição 508. Disponível em: <<http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/ideia-e-relancada-30-anos-depois>> Acesso em: 01 de Fevereiro de 2015.

_____ . **Os vetos de Jango que a ABERT derrubou.** Observatório da Imprensa, 10/07/2012, edição 702. Disponível em: <<http://observatoriodaimprensa.com.br/interesse-publico/ed702-os-vetos-de-jango-que-a-abert-derrubou/>> Acesso em 15/12/2015.

_____ . **Regulação das comunicações: história, poder e direitos.** – São Paulo: Paulus, 2011 (Coleção Comunicação)

MATOS, Paulo Todescan Lessa. **Desafios da regulação de telecomunicações do Brasil.** In: Sérgio Guerra (org.). **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar.** – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

MEDEIROS. Rafael de Souza. **O apelo ao legislador e controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** Monografia. (Faculdade de Direito da UFRGS), 2009.

MENDEL, Toby. **Serviço público de radiodifusão: um estudo de direito comparado.** – Brasília: UNESCO, 2011.

MENDEL, Toby; SALOMON, Eve. **Liberdade de Expressão e Regulação da Radiodifusão**. Séries Debates CI, Nº 8. UNESCO, 2011.

MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIGUEL, L. F. **Modelos utópicos de comunicação de massa para a democracia**. In: XIII Encontro Anual da COMPÓS, 2004, São Bernardo do Campo. XIII Compós. São Bernardo do Campo: Compós, 2004. v. 1. p. 1-12.

MIGUEL, L.F.; BIROLI, Flávia. **Comunicação e política: um campo de estudos e seus desdobramentos dos no Brasil**. In: MIGUEL, L.F.; BIROLI, Flávia (Orgs.). *Mídia, representação e democracia*. – São Paulo : HUCITEC, 2010.

MORAIS, Fernando. **Chatô: o rei do Brasil**. Companhia das Letras: São Paulo, 1996.

MOREIRA, Lucas Pessoa. **O estado de coisas inconstitucional e seus perigos**. (2015). Disponível em <http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_lucaspessoa051015.pdf>. Acesso em 19/01/2016

MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Tradução: Maria D. Alexandre, Maria Alice Sampaio Dória. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001

MOUFFE, Chantal. **O Regresso do Político**. Trad. Ana Cecília Simões. Lisboa: Gradiva, 1996.

OLIVEIRA, Vitor C.. **O conselho nacional de justiça e a cultura política brasileira: entre o controle do estado e o poder nas relações sociais**. Dissertação (Mestrado em Sociologia – Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Federal de Sergipe), 2009.

PIERANTI, Octávio Pena. **Políticas para a mídia: dos militares ao governo Lula**. Lua Nova, São Paulo, 68: 91-121, 2006.

PINHEIRO, Guilherme Pereira. **Direito Administrativo e Constitucional aplicado ao processo de comunicação**. UNB, 2014.

PRZEWORSKI, Adam. **Democracia e Mercado**. Relume-Dumará: Rio de Janeiro, 1994.

RAMOS, M. C. **Comunicação, direitos sociais e políticas públicas**. In MARQUES DE MELO, J.; SATHLER, L. *Direitos à Comunicação na Sociedade da Informação*. São Bernardo do Campo, SP: Umesp, 2005.

RESENDE, Otto. **Sports+ sai definitivamente do ar no dia 15 de agosto**. <<http://www.portalmidiaesporte.com/2015/07/sports-sai-definitivamente-do-ar-no-dia.html>> Acesso dia 14/04/2016.

REPORTERES SEM FRONTEIRAS. **O país dos trinta Berlusconi.** <http://es.rsf.org/IMG/pdf/relato_rio_brasil.pdf>. Acesso em: 29 de janeiro de 2015

ROUANET, Sérgio Paulo. **As razões do iluminismo.** São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

RODRIGUES, José Carlos. **Estado de coisas surreal.** (2015). Disponível em <<http://jota.uol.com.br/estado-de-coisas-surreal>>. Acesso em 18/01/2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência Pós-moderna.** São Paulo, Graal, 1989.

SANTOS, Suzy; CAPPARELLI, Sérgio. **Coronelismo, radiodifusão e voto: a nova face de um velho conceito.** In: BRITTOS, Valério CRUZ; BOLAÑO, César Ricardo Siqueira (Org.). Rede Globo: 40 anos de poder e hegemonia. 1 ed. São Paulo: Paulus, 2005, v.1, p. 77-101.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARAIVA, Enrique. **O novo papel regulatório do Estado e suas consequências na mídia.** In: SARAIVA, Enrique; Martins, Paulo Emílio Matos; PIERANTI, Otávio Pena (Orgs.) *O Democracia e meios de comunicação de massa.* – Rio de Janeiro : FGV, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Sivaldo Pereira da; PERON, Vivian. **Regulação da radiodifusão na América e Europa: competências e poderes de órgãos e agências reguladoras em dez países.** COMPOLÍTICA – Associação brasileira dos pesquisadores de comunicação e política, 2011.

SORJ, Bernardo. **Meios de Comunicação e Democracia: além do Estado e do Mercado.** Centro Eldenstein de Estudos Sociais, 2011.

SOUSA, Helena *et al.* **A regulação dos media na Europa dos 27.** Centro de Estudos de Comunicação e Sociedade, Universidade do Minho, Braga, 2012. Disponível na internet..no.endereço...http://www.lasics.uminho.pt/ojs/index.php/regulacao_media_eur opa27. Acesso em 13/06/2015.

STRECK, Lênio Luis. **Estado de coisas inconstitucional é uma nova forma de ativismo.**(2015). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>.> Acesso em 20/01/2016.

SUNFELD, Carlos Ari Sunfeld. **Direito Público e regulação no Brasil.** In: Sérgio Guerra (org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar.* – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TELAVIVA. **ANCINE multa SKY em 5 milhões e manda tirar canal sports + dos seus pacotes**. <http://convergecom.com.br/teletime/18/08/2015/ancine-multa-a-sky-em-r-5-mi-e-manda-tirar-canal-sports-de-seus-pacotes/>. Acesso em 14/01/2016.

TERRA. **ANCINE e SKY entram em acordo e Sports + é mantido**. <<http://esportes.terra.com.br/jornal-ancine-e-sky-entram-em-acordo-e-sports-e-mantido,8d52662e34b5c410VgnVCM20000099cceb0aRCRD.html>> Acesso em 14/01/2016.

VAQUER, Gabriel. **Sky descumpe a ordem da Ancine e mantém o canal Sports + no ar**. Disponível em < <http://natelinha.uol.com.br/noticias/2014/05/17/sky-descumpe-ordem-da-ancine-e-mantem-canal-sports--no-ar-75131.php>> Acesso em 14/01/2016.

VIEIRA, José Ribas. **Estado de coisas fora do lugar(?)**. (2015). Disponível em <<http://jota.uol.com.br/estado-de-coisas-fora-lugar>>. Acesso em 20/01/2016.

