

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

ANTONIO PAULO DE MATTOS DONADELLI

**O CONSELHO DE COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO INSTÂNCIA
DEMOCRÁTICA NECESSÁRIA NA BUSCA DE UM AMBIENTE
COMUNICATIVO PLURAL**

São Paulo
2013

ANTONIO PAULO DE MATTOS DONADELLI

**O CONSELHO DE COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO INSTÂNCIA
DEMOCRÁTICA NECESSÁRIA NA BUSCA DE UM AMBIENTE
COMUNICATIVO PLURAL**

Dissertação apresentada à Universidade
Presbiteriana Mackenzie para
qualificação, como parte das exigências
para a obtenção do grau de Mestre em
Direito Político e Econômico

Orientador: Professor Doutor Felipe
Chiarello de Souza Pinto

São Paulo
2013

D674c Donadelli, Antônio Paulo de Mattos

O conselho de comunicação social como instância democrática necessária na busca de um ambiente comunicativo plural / Antônio Paulo de Mattos Donadelli – 2013.

169 f. ; 30 cm.

Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2013.

Orientador: Felipe Chiarello de Souza Pinto

Bibliografia: f. 156-169.

1. Conselhos 2. Conselho de comunicação social 3. Democracia participativa 4. Democracia deliberativa 5. Comunicação social 6. Liberdade de expressão I. Título

ANTONIO PAULO DE MATTOS DONADELLI

**O CONSELHO DE COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO INSTÂNCIA
DEMOCRÁTICA NECESSÁRIA NA BUSCA DE UM AMBIENTE
COMUNICATIVO PLURAL**

Aprovado em:

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

RESUMO

A democracia exige isonomia de participação na formação das decisões coletivas. Para tanto é necessário que as mensagens na comunicação sejam plurais, refletindo diversos pontos de vista e diversos emissores. Deve-se garantir tanto que os cidadãos tenham acesso à diversidade de opiniões e informações, quanto que as ideias dos principais grupos estejam representadas no *ambiente comunicativo* - entendido como o conjunto da comunicação em determinado âmbito, numa analogia ao “meio ambiente”.

Na prática nem todos os grupos têm o mesmo acesso aos meios de Comunicação Social, existindo uma distorção no chamado *livre mercado das ideias* que é dominado por poucos emissores, as grandes empresas de comunicação.

Isso se vê principalmente no âmbito das concessões de rádio e televisão, que exige apoio político além de estrutura tecnológica, humana e financeira a que só os grandes grupos de comunicação têm acesso.

A regulamentação da Comunicação Social, por força da Constituição de 1988, deve buscar a democratização dos meios de comunicação social, o pluralismo dos agentes e combater os monopólios e oligopólios comunicativos.

A Constituição de 1988 previu, no artigo 224, a criação do Conselho de Comunicação Social (Nacional), órgão regulamentado pela Lei nº 8.389/91. Tais normas visam estabelecer a participação da sociedade civil, na tomada de decisões políticas no âmbito da Comunicação Social a exemplo de outros conselhos constitucionalmente previstos, como os Conselhos de Saúde (artigo 77, § 3º da CF), ou o Conselho Consultivo e de Acompanhamento do Fundo de

Combate e Erradicação da Pobreza (artigo 79, parágrafo único da CF e Lei Complementar 111 de 2001).

Esse órgão tem uma constituição plural. É composto de representantes dos principais meios de comunicação, além de representantes técnicos e da sociedade civil. Sua função constitucional é auxiliar o Congresso Nacional na normatização da Comunicação Social.

O Conselho de Comunicação Social seria um mecanismo para aprimorar o pluralismo da comunicação social de forma a amenizar as distorções causadas pelos monopólios e oligopólios comunicativos. No entanto, enfrenta problemas de ordem prática e jurídica. O Conselho encontrava-se desativado desde o início de 2007 e só foi reativado em agosto de 2012. Ademais, é limitado a dar pareceres que não têm qualquer efeito sobre as decisões tomadas no âmbito da Comunicação Social. Os pareceres são vistos como meras recomendações por vezes nem levados em conta pelas instâncias de decisão política.

É necessário questionar a validade jurídica das decisões legislativas e executivas tomadas sem consideração da posição do Conselho, caso contrário o Conselho nunca chegará a cumprir sua função Constitucional.

O trabalho aborda essas questões de regulamentação da Comunicação Social analisando a força jurídica das decisões do Conselho de Comunicação Social.

PALAVRAS CHAVE: CONSELHOS; CONSELHO DE COMUNICAÇÃO SOCIAL; DEMOCRACIA PARTICIPATIVA; DEMOCRACIA DELIBERATIVA; COMUNICAÇÃO SOCIAL; LIBERDADE DE EXPRESSÃO.

ABSTRACT

Democracy demands isonomic participation in the process of collective decision making. To this purpose it is necessary that the messages of mass media be plural, presenting multiple points of view and a sort of sources. The State must ensure that the citizens get access to multiple points of view and information, as well as the ideas of the main social actors be represented in the *communicative environment* - comprised by the media in which is the ensemble of communication of certain circle, as an analogy to “natural environment”.

In practice, not every social group has the same access to the mass media. There is a distortion in the so-called *free market ideas* which is under the thumb of few senders, the major broadcast companies.

This can be noted mainly in the scope of concessions of radio and television broadcast, which requires political support, in addition to technological structure, human, and financial resources, whose resources only the major broadcast groups have access to.

The regulation of mass media, according to the Brazilian Constitution, must to pursue the democratization of mass media, the pluralism of its actors and to fight monopolies and oligopolies of communication.

The Federal Constitution of 1988 envisaged, in the article 224, the creation of Social Communication Council (National), created by Law nº 8.389/91. Such rules aim to establish participation of civil society, in the context of making political decision regarding Social Communication likewise other constitutionally predicted councils, such as Health Council (article 77, Paragraph 3, of Federal Constitution), or the Advisory Board of the Fighting and Eradication Poverty Fund (article 79, sole paragraph of Federal Constitution and Supplementary Law 111 from 2001).

This organism has a plural composition. It's composed by representatives of the main different media, technical members, and civil society representatives. Its constitutional function is to assist the National Congress in regulation of Communication.

The Communication Social Council would be the mechanism to improve the pluralism of Social Communication in order to minimize the distortions caused by Communications Oligopoly and Monopoly. However, this Council faces juridical and practical issues. The Council was inoperative since the beginning of 2007, its activation happened just on August 2012. Moreover, it's limited to provide opinions that have no effect on decision made in the Social Communication scope. The opinions are considered as mere recommendation; most of the time it is not take in account by political organs.

It is necessary to question the legal purposes of Legislative and Executive decisions taken with no consideration of Council position, in other hand the Council will never meet its Constitution role.

This dissertation addresses these regulation issues of Social Communication by analyzing the legal power of decisions made by Social Communication Council.

**KEY WORDS: COUNCILS; SOCIAL COMMUNICATION COUNCIL;
PARTICIPATIVE DEMOCRACY; DELIBERATIVE DEMOCRACY; SOCIAL
COMMUNICATION; FREEDOM OF SPEECH.**

SUMÁRIO

Introdução.....	9
1 Normatização Democrática da Comunicação Social no Âmbito da Constituição Federal.....	21
1.1 Regulamentação com participação da sociedade civil.....	21
1.2 Busca pelo Livre Mercado de Ideias na Regulamentação da Comunicação Social.....	50
2. A Liberdade de Expressão e a Constituição Federal de 1988 – Delimitação e Restrições Constitucionalmente Admissíveis e Inadmissíveis e o Papel do Conselho de Comunicação Social nesse Cenário.....	64
2.1 O papel prospectivo do Estado com relação ao Direito à Comunicação - Direito a Ser Informado e Direito à Diversidade de Fontes na Comunicação Social (direito de acesso à informação) e a um Ambiente Comunicativo Plural.....	87
2.2 Restrições das Empresas de Radiodifusão quanto à forma do Sistema Concessão, Autorização ou Permissão.....	103
2.3. Restrições quanto à Propriedade e Controle dos Meios de Comunicação Social.....	109
3 - Conselhos de Comunicação Social e seu Papel na Democracia Constitucional.....	123
3.1. O Conselho como Órgão do Legislativo - artigo 224 da Constituição Federal.....	123
3.2 Características, força jurídica das decisões e potencialidades constitucionais do Conselho de Comunicação Social.....	130
Conclusão.....	156
Bibliografia.....	158

Introdução

Democracia e Comunicação social são temas indissociáveis. Na atual sociedade as questões fundamentais são discutidas por meio da comunicação de massa, a *Ágora* contemporânea.

Em grupos pequenos, assembleias, comissões, a discussão dos temas públicos pode ser feita dando-se voz a alguns interessados. No entanto em larga escala, como alerta Robert Dahl, a participação fica mais difícil “quando o número de pessoas se tornar exageradamente grande ou geograficamente disperso (...) para que possam participar de maneira conveniente”¹

Uma das formas de se dar voz às ideias diversas sobre um tema de interesse público é por meio de uma esfera pública (que não é institucional ou estatal)² que possibilite “um intercâmbio ou disputa multifacetados entre discursos”³.

Esse “intercâmbio” de discursos em larga escala demanda o intermédio de um ambiente comunicativo - entendido como o conjunto da comunicação de massa - em que a maior pluralidade de ideias possíveis esteja disponível. O ideal é que a Comunicação de Massa represente diferentes setores sociais, diferentes ideias e não seja monopolizada seja pelo Estado, seja por poucos grupos econômicos.

A Comunicação Social é uma nova “*ágora*”, um novo palco de discussão de temas públicos, em que todos devem ter voz.

1 DAHL, Robert A. Tradução SIDOU, Beatriz. *Sobre a Democracia*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 107

2 A “esfera pública é representativa das discussões públicas na sociedade no conceito habermasiano, como se verá mais detidamente no decorrer do presente trabalho.

3 DRYZEK, John S. Tradução SOARES, Mauro Victoria. *Legitimidade e Economia na Democracia Deliberativa*. In *Participação e Deliberação : Teoria Democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo* - COELHO, Vera Shattan P. e NOBRE, Marcos (orgs.). São Paulo: Ed 34, 2004. pp 41-62. P. 42.

No entanto, nem todos os grupos da sociedade civil têm voz nos meios de comunicação.

Dessa forma, o Estado deve cuidar para que o ambiente comunicativo seja o mais plural possível.

Nesse sentido é que se busca no Conselho de Comunicação Social⁴ um Instrumento para a gestão democrática da Comunicação Social.

A Liberdade de Expressão é a essência de um Estado Democrático. Estado que pressupõe um governo que parte da premissa de igualdade formal⁵ e procura, com diferentes modelos⁶ de organização institucional, permitir que todos participem da formação de opinião⁷.

4 Há Conselhos de Comunicação Social em alguns estados como Bahia (vide <http://www.comunicacao.ba.gov.br/fotos/2012/01/10/instalacao-do-conselho-estadual-de-comunicacao-social-da-bahia> - extraído em 30.09.2012) e Minas Gerais (<http://www.conselhos.mg.gov.br/conselho/cecs>). Há proposta de instauração, por exemplo, no Estado de São Paulo. No entanto, no presente trabalho só se tratará do Conselho de Comunicação, de âmbito Nacional, instituído no artigo 224 da Constituição Federal.

5 DAHL, Robert. Op cit.. P. 48

6 No artigo introdutório da obra citada - *Participação e Deliberação na Teoria Democrática: Uma Introdução. Participação e Deliberação na Teoria Democrática: Uma Introdução. In Participação e Deliberação : Teoria Democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. COELHO, Vera Shattan P. e NOBRE, Marcos (orgs.). São Paulo: Ed 34, 2004. pp. 31/35 - Marcos Nobre identifica cinco modelos de democracia.

O primeiro modelo é o da chamada “democracia competitivo elitista”. Nesse modelo, a democracia vista como “a luta entre líderes políticos rivais, pertencentes a partidos e disputando o direito de governar” (idem. p. 31). Nesse modelo, segundo Nobre, o cidadão ordinário tem um papel secundário, e sua interferência vista como uma violação do processo de decisão pública institucional.

O Autor cita a visão pluralista, em que o poder é visto de uma maneira não hierárquica e competitiva, como uma barganha infinita entre inúmeros grupos participantes. O processo democrático visa garantir a competição entre esses chamados “grupos de interesses”, proteção aos direitos de minorias e de direitos de participação.

Para Nobre, o terceiro modelo pode ser chamado de “legal”, que tem fortes elementos do liberalismo. Segundo o autor, esse modelo radicaliza as liberdades negativas como um valor supremo, defendendo, de forma extrema, o Estado Mínimo, como forma de evitar a chamada “tirania da maioria”.

O quarto modelo identificado por Marcos Nobre é o da democracia participativa. Esse modelo tem como fundamento a crítica ao referido modelo “legal”, com base na ideia marxista de que o mercado capitalista cristaliza desigualdades. Esse modelo busca superar “os déficits de formação política da opinião e da vontade” (ibidem. p. 33) por meio da ampliação da participação nos processos decisórios.

Por fim, Marcos Nobre apresenta o modelo da democracia deliberativa, identificado com a obra de Jürgen Habermas, identificado também com Bernard Manin e Joshua Cohen. A ideia de democracia deliberativa está associada à justificação política. Segundo essa teoria, o poder deve ser justificado com base em uma argumentação entre iguais, que seja pública e livre. A

A tomada de decisões com a participação de todos em condições de igualdade vai muito além de um sistema de eleitoral baseado no voto universal, livre, secreto e das eleições com igualdade de condições.⁸

O presente trabalho se foca na aptidão do Conselho de Comunicação Social para ampliar o debate democrático na esfera pública⁹, no conceito habermasiano que é adotado no decorrer do presente trabalho¹⁰, e combater a influência tanto dos monopólios e oligopólios comunicativos, quanto afastar da comunicação social o domínio de uma doutrina de Estado. Ao mesmo tempo aborda o papel do Conselho como instrumento da democracia participativa.

legitimidade depende de processos imparciais de deliberação. Assim só poderiam ser ditas válidas as normas que tivessem o assentimento de todos os afetados. Esse assentimento não é sinônimo de unanimidade, mas requer a possibilidade de discordância e integração das principais posições da sociedade em processos deliberativos, capazes de captar as opiniões públicas.

7 DAHL, Robert. Trad. SIDOU, Beatriz. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. *Sobre a Democracia*. P. 48

8 Para Habermas o modelo de validade do Direito formalista, em que as normas são válidas somente por terem sido postas pela autoridade, apoia-se num “subjetivismo ético”. No sentido do “racionalismo crítico” essa pretensão não se justifica pois essa decisão apenas se “impõe faticamente”.

Essa escolha, que gera a contingência daquela opção afastada, “leva os participantes do processo democrático a se sentirem insatisfeitos com a explicação oferecida. Eles necessitam pelo menos de uma explicação racional que os faça entender por que as normas impostas através da maioria devem ser aceitas como válidas pela minoria vencida.”

Assim para a pacificação social, para evitar-se “o efeito social e psicologicamente intimidatório” da maioria o que pode gerar até mesmo uma guerra civil, deve-se produzir um resultado aceitável até mesmo para a minoria. HABERMAS. Jürgen. Tradução Flávio Beno Siebeneich *Direito e Democracia entre facticidade e validade* - Vol II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Pp 13-15.

9 “A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p 92.

10 Norberto Bobbio critica uma classificação anterior de Habermas que denomina “esfera pública do privado” que associa com “a chamada opinião pública”. Diz que a terminologia no livro de Habermas *Strukturwandel der Öffentlichkeit* (tradução italiana *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Laterza, Bari, 1971) “parece discutível porque jamais são distinguidos, no curso de toda a análise histórica os dois significados de ‘público’: quais sejam, ‘público’ como pertencente à esfera estatal, à ‘res pública’, que é o significado originário do termo latino ‘publicum’, transmitido pela distinção clássica entre o *ius privatum* e o *ius publicum*, e ‘público’ como manifesto (que é o significado do termo alemão öffentliches), oposto a secreto. BOBBIO, Norberto. Tradução NOGUEIRA, Marco Aurélio. *O futuro da Democracia*. 8ª Ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. P. 102. Como se viu na nota supra em *Direito e Democracia* a definição de esfera pública fica mais claro, afastando-se da ideia de público como sinônimo de estatal.

Depois da sinalização de controle da Comunicação Social pelo Executivo com o Projeto Nacional de Direitos Humanos - PNH-3, estabelecido pelos Decretos 7.037/2009 e 7.177/2010, a Imprensa passou a temer a volta da censura¹¹, bem como a contaminação do Executivo brasileiro com exemplos autoritários de outros países da América Latina como Argentina e Venezuela¹².

Realmente há perigos no controle da comunicação social pelo Executivo. Tanto é que a Constituição restringe ao máximo a atuação do Executivo na Comunicação Social. É o que se percebe na leitura do artigo 139, III da Constituição Federal que dispõe que até no Estado de Sítio a restrição à liberdade de expressão só se dá na forma da Lei. Essa restrição também fica evidente nos parágrafos 2º, 3º e 4º em, que se divide o poder relativo às concessões e permissões de rádio e TV entre os três poderes.

Mesmo assim, a maior parte dos órgãos que interfere na Comunicação Social são do poder Executivo, como a Secretaria do Audiovisual ou a ANCINE.

Ressalta-se que não se questiona a independência das agências reguladoras com relação ao Executivo, no entanto, como se verá adiante, no capítulo 2, a Constituição foi extremamente restritiva com o papel do Executivo na Comunicação Social. Essa restrição se justifica historicamente, dado o controle censor estabelecido pelo executivo em períodos da história

11 A esse respeito vide comentários no site da Associação Brasileira de Imprensa, endereço SOUZA, Cláudio. *Governo altera texto do PNH 3*. <http://www.abi.org.br/primeirapagina.asp?id=3574> acessado em 30.07.2012.

12 Sobre o tema é ilustrativa matéria da Revista Veja disponível em MAIA, Maria Carolina. *Avesso a críticas governo Lula vê imprensa livre como adversário*. <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/avesso-a-criticas-governo-lula-ve-imprensa-livre-como-adversario> acessado em 31.07.2012. No que diz respeito à restrição da liberdade de expressão na Venezuela vide artigo de site de notícias português "Diário de Notícias": *Nova lei ameaça liberdade de expressão na Venezuela* http://www.dn.pt/inicio/globo/interior.aspx?content_id=1741943&seccao=EUA%20e%20Am%E9ricas; acesso em 19.05.2013.

recente do Brasil, como na chamada ditadura militar em períodos do governo de Getúlio Vargas.¹³

A questão nos Tribunais se tornou palpitante depois das recentes decisões do STF sobre os limites da interferência do Estado na Comunicação Social, como na ADPF nº 130, que declarou a não recepção da Lei de Imprensa por nosso ordenamento; no julgamento do Recurso Extraordinário nº 511.961-1/SP¹⁴, que entendeu inexigível o diploma para a atividade jornalística; ou na Reclamação nº 9428/DF¹⁵, em que se discutiu a aplicação da ADPF nº 130/DF no caso que envolve o sigilo do inquérito criminal envolvendo o Sr. Fernando Sarney, filho do atual presidente do Senado, e o Direito do Jornal "O Estado de São Paulo" de publicar matérias a respeito¹⁶.

Apesar de existirem interessantes trabalhos sobre liberdade de expressão,¹⁷ o tema da regulamentação da imprensa e do Conselho da Comunicação Social, face às recentes questões postas, ainda carece de desenvolvimento.

¹³ Lembra-se do DIP - Departamento de Imprensa e Propaganda - órgão vinculado ao poder executivo criado em 1939 no Estado Novo de Getúlio Vargas. A esse respeito vide BARBOSA, Marialva Carlos. *A Imprensa e o Poder no Brasil Pós 1930*, extraído do site <http://www.seer.ufrgs.br/index.php/EmQuestao/article/viewFile/23/8> em 19/06/2012.

¹⁴ STF - Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 511.961/SP. Tribunal Pleno. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgamento 17.06.2009. Publicação DJe-213, divulgação 12.11.2009, data de publicação 13.11.2009, ementário vol-02382-04. PP-00692. Extraído do site www.stf.jus.br em 30.07.2012.

¹⁵ STF - Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 9428/DF. Tribunal Pleno. Relator Ministro Cezar Peluzo. Julgamento 10.12.2009. Publicação DJe-116, divulgação 24.06.2010, data de publicação 25.06.2010, ementário col-02407-01, pp 00175. Extraído do site www.stf.jus.br em 30.07.2012.

¹⁶ Antecipação de tutela recursal concedida pelo relator Desembargador do 5ª Câmara Cível do Distrito Federal Dácio Vieira (depois afastado por suspeição por ter sido fotografado junto à família Sarney em eventos) nos autos do Agravo de Instrumento nº 2009.00.2.010738-6, despacho disponibilizado no DJ em 04.08.2009.

¹⁷ Como por exemplo: GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade*. São Paulo: Ed. Atlas, 2001.; LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. *O Direito à Informação e as Concessões de Rádio e Televisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997; FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos - A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor; FARIAS, Edilsom in Liberdade de Expressão e Comunicação – Teoria e Proteção Constitucional. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004; ZISMAN, Célia Rosenthal. *A Liberdade de Expressão na Constituição Federal e suas Limitações – O limite dos Limites*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

Em outros países democráticos há exemplos de regulamentação inclusiva, como na FCC - Federal Communications Commission norte-americana em certos períodos¹⁸, órgão que teve atuação ativa no âmbito da Comunicação Social. Essa atuação é no sentido de dar voz a grupos e ideias que não teriam espaço na mídia.

O desafio do Conselho de Comunicação Social é se amoldar às suas diretrizes constitucionais, auxiliando o Congresso Nacional a executar todas as tarefas descritas no capítulo V, do título VII da Constituição Federal, que inclui: informar sobre a natureza das diversões e espetáculos públicos, as faixas etárias a que não se recomendem; 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 as finalidades artísticas educativas e informativas, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente; combater os oligopólios e monopólios da comunicação social, nos termos dos artigos 220 e 221 da Constituição Federal.

Apesar da previsão constitucional do Conselho da Comunicação Social como órgão ativo de apoio ao Poder Legislativo em todas as funções concernentes à Comunicação Social do capítulo da Constituição Federal, esse conselho, criado pela Lei 8.389/1991, foi relegado ao papel de parecerista, sem poder de decisão. E mais, esses pareceres não têm qualquer força jurídica, sendo meras recomendações ou Estudos.

O artigo 224 da Constituição Federal estabeleceu um Conselho em um formato de participação dos cidadãos na vontade estatal, tentando-se afastar da influência exclusiva tanto do poder econômico, como da

18 Daniel Sarmiento dá alguns exemplos de regulamentação chamada “ativista” que busca incluir novos discursos como a chamada “fairness doctrine” praticada pela “FCC - Federal Communications Commission” em certos períodos. SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, nº.16, maio-junho-julho-agosto, 2007. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/LIBERDADE_DE_EXPRESSO_PLURALISMO_E_O_PAPEL_PROMOCIONAL_DO_ESTADO.pdf em 15.10.2012.

ideologia oficial do Estado na legislação, regulamentação e regulação do setor de Comunicação Social.

Por tais razões, o Conselho Nacional de Comunicação Social tem representantes dos principais grupos representativos de interesses e técnicos envolvidos na Regulamentação da Comunicação Social, como se vê no texto do artigo 4º da Lei 8.389/1991.

O presente trabalho tem por escopo a análise da aptidão dos Conselhos de Comunicação Social para ampliar o debate democrático na esfera pública¹⁹ e combater a influência exclusiva dos monopólios e oligopólios comunicativos. Ao mesmo tempo aborda o papel do Conselho como instrumento da democracia participativa.

Considerando o papel do Conselho dentro das necessidades específicas da Comunicação Social com a pluralidade de emissores, a questão central é, juridicamente, qual o papel das decisões do Conselho? Como avaliar juridicamente tais decisões?

Referindo-se aos outros Conselhos como os de Saúde, Previdência Social e os Conselhos Tutelares, José Reinaldo de Lima Lopes formula o seguinte questionamento:

“A questão da validade das deliberações dos Conselhos que contam com a participação popular ou da comunidade colocamos diante de um dos mais complexos problemas da teoria jurídica atual. Validade de determinada norma quer dizer ao mesmo tempo sua pertença ao ordenamento jurídico e, por conseqüência²⁰, sua obrigatoriedade, ou seja, sua capacidade de criar direitos e obrigações, sua capacidade para criar

19 “A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e *opiniões*; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados a ponto de se condensarem em opiniões *públicas* enfeixadas em temas específicos”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p 92.

²⁰ Manteve-se a grafia original.

deveres jurídicos. Nestes termos, se os Conselhos estão incluídos na ordem constitucional e legal, suas decisões pertencem de algum modo ao ordenamento. Pertenceriam na mesma qualidade que uma decisão judicial, ou uma decisão parlamentar com forma de lei, ou um ato administrativo (seja de execução, como os atos de polícia, seja de regulamentação, como os decretos e atos normativos)?”²¹

Assim, o trabalho se insere na linha de pesquisa da “cidadania modelando o Estado”, pois o Conselho é órgão representativo de setores da sociedade civil que deve, necessariamente, compor as decisões do setor, sob pena de falta de legitimação e até mesmo de nulidade das decisões proferidas. A Constituição determina que as decisões no setor sejam plurais, para que se evite a monopolização da comunicação, seja por uma ideologia oficial de Estado, seja por grupos econômicos oligopolistas.

O trabalho é adequado à linha de pesquisa, pois sua preocupação central é a efetividade da participação dos representantes da sociedade civil e dos grupos envolvidos, como Conselheiros do Conselho de Comunicação Social na formação da vontade estatal.

A questão fundamental do trabalho é a vinculação jurídica da influência cidadã do Conselho nas decisões do Estado, para que o Conselho possa ser um método eficaz de democracia participativa e possa influir na modelação do Estado, para que se fomente uma comunicação social pluralista.

Entretanto, o poder legislativo federal, poder em que o Conselho se insere, não leva o tema a sério. O Conselho de Comunicação Social estava desativado desde 2007 por ausência de nomeação dos

²¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. Os conselhos de participação popular: Validade jurídica de suas decisões. Rev. Direito Sanit., São Paulo, v. 1, n. 1, nov. 2000 . Disponível em <http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-41792000000100004&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 23 nov. 2012.

membros. Em 08 de agosto de 2012 a mesa do Congresso Nacional empossou o novo Conselho de Comunicação Social.²²

A sessão conjunta do Congresso Nacional que elegeu os membros que viriam a ser nomeados ocorreu no dia 17.07.2012, como foi publicado no Diário do Congresso Nacional²³ naquela data, ou seja, no último dia antes do recesso, o que reduziu muito a visibilidade e repercussão da nomeação.

Mas o principal problema é que, segundo a Frente Parlamentar pela Liberdade de Expressão e o Direito à Comunicação com Participação Popular (a chamada “#FRENTECOM” - composta por 191 parlamentares e 100 entidades da Sociedade Civil), vários dos nomes que estavam sendo discutidos pela “#FRENTECOM” durante anos foram ignorados, não sendo nem levados ao Conhecimento do Congresso Nacional, que teve acesso a uma lista composta por vários nomes estranhos às discussões da frente.²⁴

Os anos sem nomeação do Conselho, o papel de mero parecerista (apenas quando convém aos líderes no Congresso Nacional), a nomeação sem visibilidade e sem sequer considerar os nomes envolvidos na discussão com a sociedade civil demonstram o descaso do Estado com os métodos de participação da sociedade civil em suas decisões.

O Conselho de Comunicação Social não é levado à sério como deveria nem pelos parlamentares, como se viu. Nem mesmo os juristas lhe dão a devida importância, pois escassa a bibliografia específica sobre o tema.

22 E a esse respeito, vide a informação do site da Câmara dos Deputados em <http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/COMUNICACAO/423761-CONSELHO-DE-COMUNICACAO-SOCIAL-E-EMPOSSADO-NO-CONGRESSO.html> disponível em 17.09.2012.

23 Diário do Congresso Nacional de 17.09.2012 disponível no site <http://www6.senado.gov.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=11752> em 17.09.2012).

24 A esse respeito há informações tanto no site da #FRENTECOM <http://frentecom.wordpress.com/> quanto no vídeo do pronunciamento da Deputada Federal Luiza Erundina, líder da frente, na Câmara dos Deputados, em 08/08/2012 (disponível em vídeo em <http://www.luizaerundina.com.br/> em 19.09.2012).

A questão é de suma importância dadas as recentes discussões sobre os limites da liberdade de imprensa, como por exemplo, na ADFP 130²⁵, que declarou a Lei de Imprensa não recepcionada pela Constituição Federal, a Reclamação 9.428/DF²⁶ e recentes reportagens sobre as investidas do Executivo contra a Imprensa no Brasil, como no Programa Nacional de Direitos Humanos Decretos 7.037/2009 e 7.177/2010.

O trabalho parte das premissas teóricas de uma regulamentação democrática e com balizas constitucionais da Comunicação Social para então abordar as funções do Conselho, que são decorrentes desse cenário teórico e por ele restritas.

O método utilizado é predominantemente o método indutivo, partindo-se das premissas gerais para argumentos mais particulares.

O problema que esse método pode trazer é a ausência de crítica dos pontos de partida, dados como certos por uma mera autorização da tradição teórica, usados apenas como argumentos de autoridade.

Segundo Lenio Streck, as premissas ou “topos” são baseados em uma “opinião reconhecida, tem-se *nisso se encontra ínsita uma certa conceitualização universalizante (abstrata portanto)*”²⁷ o que pode gerar conceitos desconectados das coisas a que se referem transformando o direito numa abstração que não tem relação com a realidade. Essa abstração pode tornar o Direito algo metafísico em que as premissas seriam causas primeiras, que autorizariam por razões meramente dogmáticas, as conclusões. De acordo com Lenio Streck esse modelo “objetivista/reprodutivo” baseado na “tópica-

25 DJ 06.11.2009. Pleno. Relator Ministro Carlos Ayres Britto.

26 Rcl 9428 / DF. Relator(a): Min. CEZAR PELUSO. Julgamento: 10/12/2009 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação. DJe-116; DIVULG 24-06-2010; PUBLIC 25-06-2010 EMENT VOL-02407-01 PP-00175

27 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito*. 6ª Ed. Livraria do Advogado Editora, 2005. P. 262.

retórica”²⁸ “ recupera um certo *a priori* jurídico, de cunho metafísico, que muito mais que resolver aporias serviria de um fundamento de validade das aporias”.

No caso do presente trabalho, o que se utiliza como premissas maiores são as teorias democráticas, principalmente de Habermas, aplicadas à Comunicação Social, ressaltando o papel “ativista” do Estado, no sentido de incluir novas vozes no discurso comunicativo.

Utiliza-se também as teorias de democracia participativa e de práticas específicas dos Conselhos representativos da sociedade civil integrados no corpo do Estado.

Para evitar os perigos do método indutivo não refletido, faz-se uma leitura dessas teorias vinculadas ao contexto do presente trabalho e à realidade brasileira. Além disso, utiliza-se, como apoio o método dialético, contrapondo as teorias utilizadas com algumas opositoras, fazendo ajustes onde cabível.

Como se vê no índice no primeiro capítulo a preocupação geral é com a tomada democrática de decisões estatais no âmbito da comunicação social, o segundo trata dos métodos constitucionais disponíveis para a normatização, regulamentação e regulação da Comunicação Social, o terceiro, do papel jurídico do Conselho de Comunicação Social no sistema de decisões no âmbito da Comunicação Social, como forma de inserir a sociedade civil nas decisões estatais, ampliando a pluralidade tanto nos métodos legislativos quanto na comunicação de massa.

28 Em nota de rodapé Lenio Streck explica, baseando-se em Theodor Viehweg, que “a tópica é uma técnica de pensar problemas desenvolvida pela retórica, tendo por objeto raciocínios que derivam de premissas que parecem verdadeiras com base em uma opinião reconhecida (...) A tópica é, assim, uma técnica de pensamento que se orienta para o problema, para resolvê-lo quando estamos diante de uma aporia. Os *topói* utilizáveis para a solução de problemas são preparados de antemão (...).STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito*. 6ª Ed. Livraria do Advogado Editora, 2005. Rodapé da p. 261.

Os dois primeiros capítulos são preliminares, mais gerais dando as bases teóricas a respeito principalmente da democracia e da liberdade de expressão. No último capítulo em que se demonstra a importância do Conselho de Comunicação Social nas posições da União a respeito da Comunicação Social e sua imprescindibilidade, devendo, necessariamente atuar como instância legitimadora do poder legislativo nas questões relacionadas à Comunicação Social.

Alguns conceitos e temas são retomados textualmente no último capítulo, muitas de suas premissas teóricas estão nos capítulos anteriores.

Tratando-se o presente trabalho de uma dissertação de direito, não de sociologia, o problema a ser resolvido é o papel jurídico do Conselho de Comunicação Social. Sendo uma instância decisória necessária, a ausência de participação do Conselho gera consequências jurídicas, no âmbito do binômio lícito/ilícito.

1 Normatização Democrática da Comunicação Social no Âmbito da Constituição Federal

1.1 Regulamentação com participação da sociedade civil

O tipo de regulamentação do setor da Comunicação Social está diretamente ligado aos órgãos envolvidos. Portanto, como premissa do presente trabalho há que se analisar o aspecto da legitimidade. Como e por quem se obtém a legítima regulamentação do sistema da Comunicação Social.

De acordo com a definição de Norberto Bobbio²⁹ legitimação é o mínimo consenso social que assegura a obediência da população sem que seja necessário recorrer à força a não ser como exceção.

Para tanto o Estado se utiliza do Direito como forma de coesão racional, como uma justificação do poder.

O foco do presente trabalho não é analisar as forças sociais que implementam o Direito, mas sim, a formação democrática da decisão como fundamento racional de validade das normas.

Os Estados ocidentais no pós-guerras³⁰ tendem a encontrar como justificativa do poder a Democracia, a lei como expressão da vontade geral³¹ ideia trazida das Revoluções Liberais, francesa e norte-americana³².

29 BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. 12ª ed. BSB: UnB, 2002

30 O artigo XXIV da Declaração Universal de Direitos Humanos tem o seguinte teor:

Artigo XXIV (...) 2. No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Disponível em <http://www.braziliantranslated.com/euacon01.html> em 30.04.2011.

31 Artigo 6ª da Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão de 1793: "Art.6º. A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer para sua formação, pessoalmente ou através de seus representantes. Ela deve ser a mesma para todos, seja aos que protege, seja aos que pune. Todos os cidadãos sendo iguais aos seus olhos são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo sua capacidade e sem outra distinção, além de suas virtudes e seus talentos." Disponível em

O sistema político tradicional liberal baseia-se na representação mediante o voto e na vontade política expressa por meio de uma “lei” entendida como regra geral e abstrata, legitimada por um procedimento estabelecido pelo Direito.³³

Ou seja, normas válidas são aquelas postas por autoridades dotadas de competência normativa³⁴, tudo por meio de um “ato especial de criação” nas palavras de Hans Kelsen.³⁵ Na posição liberal clássica é essa a medida de validade democrática do Direito. Segundo Luigi Ferrajoli, a fórmula jurídica que prevalecia era “*veritas non auctoritas facit legem* (é a verdade não a autoridade, que faz a lei)”.³⁶

No entanto, de acordo com Habermas “Não é a forma do direito, enquanto tal, que legitima o poder político, e sim, a ligação com o direito

<http://educacao.uol.com.br/historia/declaracao-dos-direitos-do-homem-e-do-cidadao-integra-do-documento-original.jhtm> em 27.04.2011.

32 Interessante notar que o preâmbulo da Constituição Americana deixa claro que é o próprio povo quem a promulga e não seus representantes: “Nós, o Povo dos Estados Unidos, a fim de formar uma União mais perfeita, estabelecer a Justiça, assegurar a tranqüilidade interna, prover a defesa comum, promover o bem-estar geral, e garantir para nós e para os nossos descendentes os benefícios da Liberdade, promulgamos e estabelecemos esta Constituição para os Estados Unidos da América.” <http://www.braziliantranslated.com/euacon01.html>

33 Nesta medida, o conceito material de lei, da velha doutrina liberal do direito do Estado, Mohl, Rotteck, Welcker e outros oferecem uma chave melhor para a ideia democrática de Estado de direito. Por “lei” esses autores entendiam uma regra geral e abstrata, que se coloca a partir do assentimento da representação do voto, num procedimento caracterizado pela discussão e pela publicidade. (...) A ideia do Estado de direito exige que as decisões coletivamente obrigatórias do poder político organizado, que o direito precisa tomar para a realização de suas funções próprias, não revistam apenas a forma do direito, como também se legitimem pelo direito corretamente estatuído. HABERMAS. Jürgen. Tradução *Flávio Beno Siebeneich* *Direito e Democracia entre facticidade e validade* - Vol I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. P 172.

34 FERRAJOLI, Luigi. *O Estado de Direito entre o passado e o futuro*. In *O Estado de Direito: História, Teoria, Crítica*. Coord. COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo e SANTORO, Emilio. Trad. DASTOLI, Carlos Alberto. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 423.

35 Segundo Hans Kelsen: “As normas de uma ordem jurídica têm de ser produzidas através de um acto especial de criação (...) Se por Constituição de uma comunidade se entende a norma ou as normas que determinam com, isto é, por que órgãos e através de que processos - através de uma criação consciente do direito, especialmente o processo legislativo, ou através do costume - devem ser produzidas as normas gerais da ordem jurídica”. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. MACHADO, João Baptista. 6ª Ed. Coimbra: Armênio Amado Editora, 1984. PP. 273-274.

36 FERRAJOLI, Luigi. *O Estado de Direito entre o passado e o futuro*. In *O Estado de Direito: História, Teoria, Crítica*. Coord. COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo e SANTORO, Emilio. Trad. DASTOLI, Carlos Alberto. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 420. Tal fórmula, para Ferrajoli, é inversa à de Hobbes “*auctoritas, non veritas facit legem*”

legitimamente estatuído”.³⁷ Essa legitimidade não pode se encontrar somente na autoridade da Lei ou da representação eleitoral. O Direito e o poder só são legítimos quando têm uma “aceitação racional por parte de todos os membros do direito, numa formação discursiva da opinião e da vontade”³⁸

Na concepção de Habermas “a soberania do povo” não se identifica mais com uma coletividade, ou com a presença física dos representantes populares. O poder institucionalizado precisa encontrar validade em “círculos de comunicação foros e corporações (...) de “circulação de consultas e de decisões estruturadas racionalmente”.³⁹

A legitimação pelo procedimento democrático, que promova a aceitação racional dos envolvidos na decisão política, pode ser encontrada em Habermas⁴⁰. A validade do direito passa também pelo procedimento comunicativo, não só o processo legislativo.

A preocupação de Habermas é a tensão entre a positividade e a validade democrática do direito⁴¹, assim o sistema representativo continua sendo importante, no entanto, a legitimidade das decisões passa pelo processo comunicativo que envolva as principais posições.

37 HABERMAS. Jürgen. Tradução Flávio Beno Siebeneich *Direito e Democracia entre facticidade e validade* - Vol I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. P 172.

38 HABERMAS. Jürgen. Tradução Flávio Beno Siebeneich *Direito e Democracia entre facticidade e validade* - Vol I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. P 172.

39 HABERMAS. Jürgen. Tradução Flávio Beno Siebeneich *Direito e Democracia entre facticidade e validade* - Vol I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. P 173.

40 “A fim de se obter critérios precisos para a distinção entre princípio da democracia e princípio moral, parto da circunstância de que o princípio da democracia destina-se a amarrar um procedimento de normatização legítima do direito. Ele significa, com efeito, que somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva. O princípio da democracia explica, noutros termos o sentido performático da prática de autodeterminação dos membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente. Por isso, o princípio da democracia não se encontra no mesmo nível que o princípio moral.

(...) o princípio da democracia pressupõe preliminarmente a possibilidade da decisão racional de questões práticas, mais precisamente, a possibilidade de ‘todas’ as fundamentações, a serem realizadas em discursos (e negociações reguladas pelo procedimento) das quais depende a legitimidade das leis. (...) o princípio da democracia simplesmente afirma como esta pode ser institucionalizada – através de um sistema de direitos que garante a cada um igual participação num processo de normatização jurídica, já que garantido em seus pressupostos comunicativos.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. volume I. pp. 145-146.

41 HABERMAS. Jürgen. Tradução Flávio Beno Siebeneich *Direito e Democracia entre facticidade e validade* - Vol I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Pp. 173-174.

Esse de processo comunicativo democrático não é incompatível com a ideia do Estado de Direito, mas lhe é complementar.

Expondo o conceito de Estado de Direito, Joaquim Gomes Canotilho, comenta sobre a evolução do “rule of Law” inglês, fórmula que exigia um processo justo, a prevalência das leis e costumes do país sobre o arbítrio do rei, a sujeição dos atos do poder executivo à soberania do parlamento e igualdade de acesso aos tribunais para que “qualquer indivíduo” pudesse se defender segundo os princípios do direito comum.

Ainda segundo Canotilho, os Estados Unidos acrescentam a regra segundo a qual o Estado deveria ser limitado pelo “poder constituinte do povo”, o que implica a centralidade dos direitos dos cidadãos. Por fim, de acordo com Canotilho, é uma nova exigência trazida pelo Constitucionalismo Americano a exigência de que “o poder carecia de uma justificação, legitimação.” Para tanto não bastava mais dizer que o governo é “representativo”, deve-se invocar claramente as “razões do governo”, nas palavras de Canotilho “tornar claras as razões públicas demonstrativas do consentimento do povo em ser governado”. Só se aceita, assim, o governo justificado se subordinado a “leis transportadoras de princípios e regras de direito, de natureza duradoura e vinculativa, explicitados na constituição”⁴²

O Autor prossegue dizendo que a inserção da legitimação democrática no modelo do Estado de Direito não se dá sem divergências. Exemplifica com o cisma entre os constitucionalistas e os democratas nos EUA, sendo que o primeiro grupo tinha opção preferencial pelo Estado regido por leis e os segundos “pela maioria democrática”. Na Alemanha há controvérsia semelhante entre partidários das duas visões. Prossegue citando a conhecida distinção de Benjamin Constant de liberdade dos antigos, que consistia no direito de participação na vontade da polis e dos modernos, que consiste em

42 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Estado de Direito*. Disponível em <http://www.libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf> em 03.11.2012.

poder reger sua vida e negócios sem a ingerência do Estado, condizente com o que se pregou no liberalismo clássico.⁴³

Desse embate entre os direitos do “homem privado que presa sua liberdade face ao poder” os direitos do “cidadão público que presa sua liberdade política”⁴⁴, Canotilho prossegue dizendo que

“O Estado constitucional carece da legitimidade do poder político e da legitimação desse mesmo poder. O elemento democrático não foi apenas introduzido para «travar» o poder (*to check the power*); foi também reclamado pela necessidade de *legitimação* do mesmo poder.”⁴⁵

Assim, a legalidade do estado constitucional de direito carece da legitimação, que no mundo ocidental é predominantemente identificada com métodos democráticos de outorga de poder, sob pena do poder ser justificado apenas pela força, o que certamente transformaria a legitimação racional em mera coerção⁴⁶.

Além disso, até mesmo técnicas contramajoritárias do direito devem ser vistas como necessárias para a manutenção do sistema jurídico e das regras do jogo democrático.

Essa é a natureza, por exemplo, de cláusulas pétreas.

Esse embate entre o chamado “clamor popular” majoritário e regras contramajoritárias constitucionais (pacto fundamental que constitui o atual sistema jurídico-político) ficou claro na análise pelo Supremo Tribunal

43 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Estado de Direito*. Disponível em <http://www.libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf> em 03.11.2012.

44 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Estado de Direito*. Disponível em <http://www.libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf> em 03.11.2012.

45 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Estado de Direito*. Disponível em <http://www.libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf> em 03.11.2012.

46 Isso tendo em vista o conceito de legitimação de Norberto Bobbio citado no início do presente capítulo.

Federal da aplicabilidade da lei da ficha limpa para as eleições de 2010, ano em que a lei foi promulgada.

A chamada Lei da Ficha Limpa, Lei Complementar 135/2010, de Iniciativa Popular, exigiu apoio de grande parte da população⁴⁷ e contou com grande apoio midiático e da sociedade civil⁴⁸ depois de promulgada.

Mesmo considerando essa ampla legitimação democrática, a maioria do pleno do Supremo entendeu que, mesmo que seu texto dissesse que teria aplicação imediata, prevaleceria o disposto no artigo 16 da Constituição Federal, que, na visão do pleno do órgão, estabelece que a norma, como trata de processo eleitoral⁴⁹, não pode ter vigência nas eleições do ano em que promulgada.

No voto do Ministro Luiz Fux, no recurso especial nº 633.703/MG⁵⁰, fica claro o embate entre a abertura democrática à mudança das maiorias e a necessidade constitucional de manutenção de certas “regras do jogo” para proteção das minorias e do próprio sistema democrático.

Luiz Fux sustenta que há, “na realidade brasileira, um nítido embate entre o anseio de parcela da população brasileira de aplicação das regras da LC 135 às eleições de 2010” e a vontade de eleitores de votarem em

47 De acordo com o § 2º do artigo 61 da Constituição Federal o projeto de Lei de Iniciativa Popular deve contar com a subscrição de no mínimo “um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles”. No caso da Lei da Ficha Limpa foram coletadas 1,3 milhões de assinaturas em todo o Brasil de acordo com o site http://www.fichalimpa.org.br/index.php/main/ficha_limpa_visualizado_em_04.11.2012.

48 Exemplos de associações que apoiaram o projeto: Articulação Brasileira contra a Corrupção e a Impunidade (ABRACCI) e Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE). Ambas as associações congregam diversas outras e atuam em âmbito nacional.

49 Esse tema foi de ampla discussão. O Ministro Ayres de Britto, por exemplo tem entendimento diverso, sustentando que a norma não se aplica pois se trata de norma de direito material eleitoral e não processual, como se vê no voto do recurso extraordinário nº 633.703/MG. Pleno. Relator Gilmar Mendes. Julgamento 23.03.2011. Disponibilização no DJe em 17.11.2011 “Seja como for, violação inexistiu ao art. 16, quer por se tratar a alínea k (referindo-se à hipótese de inelegibilidade por renúncia prevista na Alínea k do artigo 1º da Lei Complementar 64/90 em redação dada pela Lei da Ficha Limpa) nítida norma de direito material, quer por não se dotar (a mesma alínea) de aptidão para alterar o processo eleitoral que, repito, segundo a jurisprudência desta Casa de Justiça *se inicia na convenção dos candidatos (...)*”

50 Recurso Extraordinário nº 633.703/MG. Pleno. Relator Gilmar Mendes. Julgamento 23.03.2011. Disponibilização no DJe em 17.11.2011.

candidatos prejudicados, aliada à expectativa legítima dos candidatos “não serem surpreendidos com uma alteração súbita e inesperada no processo eleitoral brasileiro”.⁵¹

O Ministro conclui que aplicar as inelegibilidades da lei da ficha limpa nas eleições de 2010 seria frustrar “a confiança do cidadão depositada no Estado, de um modo de proceder que viola a expectativa legítima dos candidatos a cargos políticos”, o que impõe a postergação dos efeitos da Lei Complementar 135/2010 para as eleições que ocorrerem após um ano de sua publicação. Diz ainda que essa é a maneira pela qual o povo terá sua vontade respeitada, por meio do respeito a “padrões civilizatórios de cultura democrática”⁵². Diz que a lei da ficha limpa é a lei do futuro, já que não poderia ser aplicada naquele ano de sua publicação⁵³. In verbis:

“A Ficha Limpa é a lei do futuro, é a aspiração legítima da nação brasileira, mas não pode ser um desejo saciado no presente, em homenagem à Constituição Brasileira, que garante a liberdade para respirarmos o ar que respiramos, que protege a nossa família desde o berço de nossos filhos até o túmulo dos nossos antepassados.”⁵⁴

Assim, não se podem prescindir nem da democracia, necessária para a legitimação do direito, nem mesmo de certas regras contramajoritárias, que vinculam inclusive a maioria política, como direitos fundamentais e as próprias regras eleitorais e participativas. Assim a democracia implica no respeito tanto à imprevisibilidade das decisões populares quanto o respeito a certas regras constituídas no pacto fundamental da Constituição Federal.

51 Recurso Extraordinário nº 633.703/MG. Pleno. Relator Gilmar Mendes. Julgamento 23.03.2011. Disponibilização no DJe em 17.11.2011.

52 Em referência a Frederich Müller.

53 Voto do Ministro Luiz Fux no Recurso Extraordinário nº 633.703/MG. Pleno. Relator Gilmar Mendes. Julgamento 23.03.2011. Disponibilização no DJe em 17.11.2011.

54 Voto do Ministro Luiz Fux no Recurso Extraordinário nº 633.703/MG. Pleno. Relator Gilmar Mendes. Julgamento 23.03.2011. Disponibilização no DJe em 17.11.2011.

De outro modo, Kelsen, em sua teoria pura, não condiciona o fundamento de validade dinâmico das normas a uma teoria democrática da formação da norma, somente ao procedimento legal.⁵⁵

Entretanto, no Brasil contemporâneo, observa-se pelos Institutos da Constituição Federal, que a legitimação legal passa necessariamente pelos processos de aferição da vontade popular. Evidente que no atual sistema a representação tem nos procedimentos de decisões, formas de integração da vontade da população (ou dos grupos envolvidos) no sistema de decisão, contando o direito com uma série de procedimentos de oitiva da população e de grupos da sociedade civil para a legitimação democrática da vontade estatal.

É o que se vê por meio das eleições, referendos, plebiscito, leis de iniciativa popular, bem como nos diversos conselhos, que integram a administração, que contam com a participação da sociedade civil. Essas fórmulas de aferição da vontade popular evidenciam a forma do Estado Democrático de Direito (caput do artigo 1º da Constituição); formas de exercício da “cidadania” (artigo 1º, II da Constituição Federal); do exercício do poder popular, descrito no parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal.⁵⁶

Os conselhos integrados por representantes da sociedade civil estão presentes no poder executivo, como os Conselhos de Saúde, que têm sua matriz no artigo 77, § 3º da Constituição Federal, o Conselho Consultivo e de Acompanhamento do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (que tem fundamento no artigo 79, parágrafo único da Constituição Federal, na Lei Complementar 111/2001 e no Decreto 4.564/2003).

55“As normas de uma ordem jurídica têm de ser produzidas através de um acto especial de criação (...) Se por Constituição de uma comunidade se entende a norma ou as normas que determinam com, isto é, por que órgãos e através de que processos - através de uma criação consciente do direito, especialmente o processo legislativo, ou através do costume - devem ser produzidas as normas gerais da ordem jurídica (...)” KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. MACHADO, João Baptista. 6ª Ed. Coimbra: Armênio Amado Editora, 1984. p. 273-274

56 “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

O Conselho de Comunicação Social, previsto no artigo 224, tem a peculiaridade de ser um órgão atrelado ao Poder Legislativo, como se verá em capítulo específico. No entanto, não foge à ideia de legitimação democrática das decisões por meio da integração da Sociedade Civil e dos grupos interessados, na decisão Estatal.

Vê-se que a legitimação democrática das decisões estatais, e aqui se incluem não só as decisões executivas, como as legislativas e judiciárias, passa necessariamente por órgãos e processos de tomada de decisões com participação plural.

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira ao tratar da legitimidade democrática da Constituição⁵⁷ em uma perspectiva habermasiana, especificamente no ponto em que explica o papel democrático da jurisdição constitucional, deixa claro que:

“a jurisdição constitucional deve garantir, de forma constitucionalmente adequada, a participação nos processos constitucionais de controle judicial de constitucionalidade da lei e do processo legislativo, dos possíveis afetados por cada decisão, em matéria constitucional, por meio de uma interpretação construtiva que compreenda o próprio processo constitucional como garantia das condições para o exercício da autonomia jurídica dos cidadãos”

Segundo Joshua Cohen, referido por John S. Drysek, os resultados são legítimos desde que recebam o “assentimento refletido por meio da participação e de uma deliberação autêntica da parte de todos aqueles sujeitos à decisão em questão”⁵⁸.

57 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *A Legitimidade Democrática da Constituição da República federativa do Brasil: Uma Reflexão sobre o Projeto Constituinte do Estado Democrático de Direito no Marco da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas*. in *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Coordenadores NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel e BINENBOJM, Gustavo. Rio de Janeiro: Editora Luminem Juris, 2009 pp. 229-253.

58 DRYZEK, John S. Tradução SOARES, Mauro Victoria. *Legitimidade e Economia na Democracia Deliberativa*. In *Participação e Deliberação : Teoria Democrática e experiências*

Assim, quando os conselhos com participação da sociedade civil se integram na estrutura do Estado é no sentido de garantir, mesmo depois das eleições, a participação dos grupos envolvidos na decisão e de permear o processo com as ideias diversas subjacentes ao tema.

Os conselhos que integram a sociedade civil representam uma outra forma de participação democrática, complementar ao sistema de representação tradicional, fundado nas eleições de representantes populares no âmbito dos poderes legislativo e executivo. Mesmo que se reconheça que a “fórmula representativa” acabou se institucionalizando, como explica Mônica Herman Salem Caggiano⁵⁹, os Conselhos são uma realidade na organização do Estado e são instituições constitucionais como já se viu.

De acordo com Giovanni Sartori a representação é necessária e mais, não há como “construir um sistema democrático diferente”⁶⁰. No mesmo sentido Manoel Gonçalves Ferreira Filho diz que a democracia possível “não renega a realidade inexorável do governo pelas elites”, que devem ser democráticas por sua “formação, por sua origem, por sua seleção, por seu objetivo”⁶¹. No entanto, frisa-se, que as novas formas de integração da sociedade civil no Estado não prescindem do sistema representativo, mas o complementam, dando os subsídios para a tomada de decisões em que os envolvidos sejam participantes e possam dialogar em busca de um consenso.⁶²

Dessa forma, as decisões continuam sendo tomadas pelos representantes eleitos, responsáveis politicamente. Entretanto, os conselhos não

institucionais no Brasil contemporâneo - COELHO, Vera Shattan P. e NOBRE, Marcos (orgs.). São Paulo: Ed 34, 2004. pp 41-62.

59 CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Oposição na Política - Propostas para uma Rearquitetura da Democracia*. São Paulo: Angelotti, 1995. P. 37.

60 SARTORI, Giovanni. *Teoria Democrática*. São Paulo: Editora Fundo de Cultura S.A, 1965. P. 39.

61 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A Democracia Possível*. 2ª Ed. São Paulo, Saraiva, 1974.

62 Consenso que nem sempre ocorre. Entretanto a busca do consenso aprimora a decisão.

podem ser ignorados como forma de escuta da sociedade e legitimação procedimental da decisão.

Esse ponto é fundamental, pois, como se verá no último capítulo, que é por meio do processo de produção das decisões que se faz a ligação entre validade e legitimidade do direito. Assim, o desrespeito às regras do sistema que visam garantir a participação popular na tomada de decisões representam nulidades insuperáveis da decisão tomada.

No que diz respeito à Comunicação Social, ignorar a sociedade civil se torna ainda mais grave. Isso porque os meios de Comunicação Social são um importante “locus” de circulação de ideias.

A ausência de participação nas decisões estatais sobre Comunicação Social pode levar a cooptação desses meios por poucos grupos, dificultando circulação de ideias dos grupos excluídos. Isso fica fácil de ser visualizado no Sistema de Concessão de Rádio e TV. Sem acesso amplo da sociedade civil aos debates sobre as outorgas, as concessões ficam restritas aos mesmos concessionários limitando às ideias disponíveis no mercado ou no chamado ambiente comunicativo.⁶³

Sartori também ressalta a importância da “opinião pública” que deve ser formada *pele* próprio povo e não nele inculcada pelo Estado.⁶⁴ O Autor alerta que com a disseminação da Comunicação em massa e do “controle totalitarista do povo” pode-se referir a opinião popular sem que essa seja necessariamente a opinião do povo. Sartori trata “opinião popular” somente quando essa for a “opinião autônoma e relativamente livre” e não quando for reflexo da vontade do Estado.⁶⁵

63 Termos explicados no capítulo seguinte deste trabalho.

64 SARTORI, Giovanni. *Teoria Democrática*. São Paulo: Editora Fundo de Cultura S.A, 1965. P. 89.

65 SARTORI, Giovanni. *Teoria Democrática*. São Paulo: Editora Fundo de Cultura S.A, 1965. PP. 89-90.

Sartori reforça que as “condições para uma opinião pública livre relativamente autônoma são proporcionadas por um sistema de centros de influência e informação, plurais e alternativos”⁶⁶ Prossegue sustentando que isso não significa que as pessoas vão comparar a posição dos diversos emissores antes de tomar as próprias, mas isso contribui para distribuição de centros de opiniões, ou uma “pluralidade de públicos”. Seria como as pessoas se filiassem a um ou outro meio, de acordo com suas tendências.

Entretanto, nada impede que haja o confronto entre as posições dos meios e até mesmo, que os cidadãos comparem as posições.

Ressalta-se, que além do Estado, grupos particulares podem incutir ideias na população, isso é inevitável. No entanto, há que se cuidar que não haja monopólio do poder de comunicação, sob pena de se disseminar verdades únicas.

A ausência de diversidade na Comunicação Social pode, inclusive, acabar por silenciar o dissenso necessário para a alternância política.

Mesmo grupos que sequer estejam representados no parlamento e mesmo que a opinião não seja eleitoralmente relevante, devem ter suas ideias representadas na esfera pública, de modo que possam “assediar” o poder, potencialmente influenciando as decisões políticas.

John S. Dryzek⁶⁷ foca-se na análise dos discursos, entendendo que uma boa democracia exige a livre competição de discursos na esfera pública, que deve nortear as decisões.

A esfera pública de Habermas não é algo formal, não é institucionalizada seja pelo Estado seja pelo mercado. É uma “rede adequada

66 SARTORI, Giovanni. *Teoria Democrática*. São Paulo: Editora Fundo de Cultura S.A, 1965. P. 90.

67 DRYZEK, John S. Tradução SOARES, Mauro Victoria. *Legitimidade e Economia na Democracia Deliberativa*. In *Participação e Deliberação : Teoria Democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo* - COELHO, Vera Shattan P. e NOBRE, Marcos (orgs.). São Paulo: Ed 34, 2004. pp 41-62.

para a comunicação de conteúdos, tomadas de posições e *opiniões* (...) uma estrutura *comunicacional* do agir orientado pelo entendimento, a qual tem a ver com o *espaço social* gerado no agir comunicativo”.⁶⁸

Nas sociedades complexas constitui uma estrutura intermediária entre a sociedade e o sistema político. Representa uma rede que se ramifica em “arenas nacionais, regionais, comunais e subculturais”.⁶⁹

Mais uma vez, ressalta-se que a esfera pública de Habermas não é algo institucional, mas surge espontaneamente na sociedade.

Na explicação de Soraia da Rosa Mendes a “esfera pública não é uma instituição ou uma organização (...) não constitui uma atitude normativa capaz de diferenciar entre competências e papéis.”⁷⁰ Enfatiza que surge espontaneamente e não é produzida por qualquer agente externo:

“Nenhuma esfera pública, ademais, pode ser produzida ao bel-prazer de quem quer que seja. Na verdade, antes de ser assumida por atores que agem estrategicamente, ela precisa produzir-se a partir de si mesma e constituir-se como estrutura autônoma. Por decorrência lógica, portanto, a autonomia é a força latente fundamental a uma esfera pública capaz de funcionar e de reaparecer quando necessite ser mobilizada.”⁷¹

68 HABERMAS, Jürgen. Tradução *Flávio Beno Siebeneich* *Direito e Democracia entre facticidade e validade* - Vol II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. P. 92.

69 HABERMAS, Jürgen. Tradução *Flávio Beno Siebeneich* *Direito e Democracia entre facticidade e validade* - Vol II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. P. 107.

70 MENDES, Soraia da Rosa. *A Esfera Pública e o Direito Fundamental à Liberdade de Comunicação: um Estudo a partir da Radiodifusão Comunitária*. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33557-43476-1-PB.pdf> em 21.11.2012.

70 MENDES, Soraia da Rosa. *A Esfera Pública e o Direito Fundamental à Liberdade de Comunicação: um Estudo a partir da Radiodifusão Comunitária*. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33557-43476-1-PB.pdf> em 21.11.2012

71 MENDES, Soraia da Rosa. *A Esfera Pública e o Direito Fundamental à Liberdade de Comunicação: um Estudo a partir da Radiodifusão Comunitária*. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33557-43476-1-PB.pdf> em 21.11.2012.

71 MENDES, Soraia da Rosa. *A Esfera Pública e o Direito Fundamental à Liberdade de Comunicação: um Estudo a partir da Radiodifusão Comunitária*. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33557-43476-1-PB.pdf> em 21.11.2012

Ainda segundo Mendes, a esfera pública tem potencial de interação social que pode resultar na formação da “opinião pública”. Essa opinião pública se legitima pela transparência do discurso. As “Opiniões públicas, oriundas de espaços dominados pelo uso não declarado do dinheiro ou do poder, perdem sua credibilidade tão logo se tornem públicas”.⁷²

Na “conjugação destas opiniões que se forma a opinião pública em processos públicos de comunicação.”⁷³ A democracia na visão habermasiana implica no “assentimento a temas e a contribuições é o resultado de uma controvérsia ‘mais ou menos ampla’ na qual propostas, informações e argumentos podem ser elaborados de forma ‘mais ou menos racional’”⁷⁴.

No conceito de Habermas a esfera pública pode ser episódica (como encontros casuais em estabelecimentos públicos, nas ruas); presença organizada em encontros combinados como cultos religiosos, espetáculos ou congressos de partidos políticos; e por fim a “esfera pública *abstrata* produzida pela mídia (leitores, ouvintes e espectadores singulares e espalhados globalmente”⁷⁵

O foco deste trabalho é justamente a esfera pública abstrata e sua contribuição para a democracia.

Drysek defende uma “democracia discursiva” baseada na “competição de discursos na esfera pública” Isso para que a democracia não seja reduzida a uma “contagem de cabeças” e não fique restrita às instituições formais do Estado, devendo ser fundada também na “ressonância de decisões

72 MENDES, Soraia da Rosa. *A Esfera Pública e o Direito Fundamental à Liberdade de Comunicação: um Estudo a partir da Radiodifusão Comunitária*. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33557-43476-1-PB.pdf> em 21.11.2012

73 MENDES, Soraia da Rosa. *A Esfera Pública e o Direito Fundamental à Liberdade de Comunicação: um Estudo a partir da Radiodifusão Comunitária*. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33557-43476-1-PB.pdf> em 21.11.2012

74 MENDES, Soraia da Rosa. *A Esfera Pública e o Direito Fundamental à Liberdade de Comunicação: um Estudo a partir da Radiodifusão Comunitária*. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33557-43476-1-PB.pdf> em 21.11.2012

75 HABERMAS, Jürgen. Tradução Flávio Beno Siebeneich *Direito e Democracia entre facticidade e validade* - Vol II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. P. 107.

coletivas junto à opinião pública”, como resultado de uma competição de discursos transmitida às autoridades.⁷⁶

O fundamental é que essa competição de discursos possa ser empenhada por uma “ampla variedade de atores”⁷⁷.

Ou seja, o que se busca nessa concepção de democracia é o pluralismo, a inclusão de diversos grupos, mesmo minoritários. A decisão deve ser aceitável até mesmo para os grupos derrotados, para além da regra da maioria⁷⁸.

Isso tendo em vista que um dos princípios basilares da democracia é o pluralismo. O pluralismo político é previsto no artigo 1º, V da Constituição Federal; o pluralismo de ideias está presente no capítulo que trata da educação, no artigo 206, III da Constituição Federal.

Essa ideia de pluralismo advém da multiplicidade de grupos sociais, que devem ser integrados na decisão política.

De acordo com Paloma Biglino Campos, Giovanni Sartori distingue “tres posibles niveles en los que el término pluralismo puede ser utilizado: el cultural, el social y el político”⁷⁹

Ainda de acordo com a análise de Campos, o pluralismo cultural envolve uma visão de mundo baseada que busca diferença, o dissenso

76 DRYZEK, John S. Tradução SOARES, Mauro Victoria. *Legitimidade e Economia na Democracia Deliberativa*. In *Participação e Deliberação : Teoria Democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo* - COELHO, Vera Shattan P. e NOBRE, Marcos (orgs.). São Paulo: Ed 34, 2004. pp 41-62.

77 DRYZEK, John S. Tradução SOARES, Mauro Victoria. *Legitimidade e Economia na Democracia Deliberativa*. In *Participação e Deliberação : Teoria Democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo* - COELHO, Vera Shattan P. e NOBRE, Marcos (orgs.). São Paulo: Ed 34, 2004. pp 41-62.

⁷⁸ Sobre a insuficiência da regra da maioria, Celso Fernandes Campilongo cita Norberto Bobbio “ que a regra da maioria seja a principal regra do jogo num regime democrático não quer dizer que basta sua aplicação para fazer funcionar corretamente o regime democrático”. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e Democracia*. 2ª Ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. P. 35.

⁷⁹ CAMPOS, Paloma Biglino. *Los Vicios En El Procedimento Legislativo*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. P. 70.

e a mudança. Parte do pressuposto que ninguém é titular da verdade sendo que essa deve ser buscada no embate de posições diversas.⁸⁰

Essa posição que busca a verdade por meio do embate de pontos de vista diversos é semelhante a que se expõe no capítulo 1.2 abaixo, a respeito da busca do livre mercado de ideias.

O pluralismo político se baseia na diversificação do poder pela existência de vários grupos (entre eles os partidos).⁸¹

O pluralismo social foi exposto por Goffredo Telles Junior, com apoio em Fábio Konder Comparato, para quem “não é preciso grande esforço de raciocínio (...) para perceber o irrealismo dessa noção simples e unitária de povo (...) ele não é, nunca uma coleção de indivíduos iguais entre si”. O autor, ainda com apoio em Comparato, segue reforçando a ideia de diversidade de grupos dizendo que o povo é “um conjunto complexo de classes, raças, clãs, estamentos, grupos religiosos, cujo poder e influência varia enormemente”.⁸²

Conseqüentemente as respostas democráticas do sistema representativo passam a requerer outros sistemas como se verá no 3º Capítulo. Para Telles o regime de voto perde o vínculo entre o povo e seus representantes e forma “parlamentos cada vez mais divorciados da vontade e dos anseios da população”. Telles defende a “democracia participativa” pela participação de grupos e “círculos associativos”. No modelo de Telles criar-se-ia um “plenário” para consultar a vontade das classes representativas da sociedade.⁸³

⁸⁰ CAMPOS, Paloma Biglino. *Los Vicios En El Procedimento Legislativo*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. P. 70.

⁸¹ CAMPOS, Paloma Biglino. *Los Vicios En El Procedimento Legislativo*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. P. 70.

⁸² TELLES JUNIOR, Goffredo. *O Povo e o Poder: O Conselho do Planejamento Nacional*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 111. Telles faz referência a COMPARATO, Fábio Konder. *Para Viver a Democracia, 2ª parte, “O Conceito de Povo”*.

⁸³ TELLES JUNIOR, Goffredo. *O Povo e o Poder: O Conselho do Planejamento Nacional*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 112-120.

Para o âmbito do presente trabalho considera-se os modos de produção de decisão política e jurídica Estatal. Não se descuidada da abordagem do termo “pluralismo jurídico” também pelo âmbito da pluralidade de centros produtores do direito, questionando-se o monopólio da produção jurídica pelo Estado, como se vê em Antonio Carlos Wolkmer⁸⁴.

Wolkmer critica o monopólio Estatal e o paradigma liberal-individualista do direito que segundo o autor desconsidera “a pluralidade de novos conflitos coletivos de massas”⁸⁵

Entretanto, o pluralismo de Wolkmer, além de questionar o papel do Estado com único produtor do direito, o que foge à discussão do presente trabalho, também inclui o replanejamento das instituições, com a formação de vontade plural, advinda da “participação direta de agentes sociais na regulação das instituições chave da sociedade” para a solução de conflitos de uma “nova cidadania”⁸⁶.

84 Esse conceito de pluralismo jurídico, como diversidade de centros produtores do direito, pode ser visto no seguinte trecho “Entretanto, ainda que se admita a hegemonia do projeto jurídico unitário, particularmente do Direito Estatal, não se pode deixar de reconhecer a existência, concomitante, do pluralismo jurídico e de uma tradição bem mais antiga de formulações jurídicas comunitárias. Destarte, a indiscutível prevalência do monismo jurídico não consegue evitar a força e a manutenção de ordenamentos jurídicos independentes do Estado e de seus órgãos institucionais (Parlamento e Judiciário), dentre os quais merecem destaque o Direito Eclesiástico e o Direito Internacional”. WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico - Fundamentos de um nova Cultura no Direito*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Alfa ômega, 2001. P. 45.

85 .” WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico - Fundamentos de um nova Cultura no Direito*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Alfa ômega, 2001. P. 76.

86 Wolkmer propõe um pluralismo jurídico comunitário-participativo “um espaço público aberto e compartilhado democraticamente, privilegiando a participação direta de agentes sociais na regulação das instituições-chave da Sociedade e possibilitando que o processo histórico se encaminhe por vontade e sob controle das bases comunitárias. Reitera-se nessa tendência, antes de mais nada, a propensão segura de se visualizar o Direito como fenômeno resultante de relações sociais e valorações desejadas, de se instaurar outra legalidade a partir da multiplicidade de fontes normativas não obrigatoriamente estatais, de uma legitimidade embasada nas “justas” exigências fundamentais de sujeitos sociais e, finalmente, de encarar a instituição da Sociedade como estrutura descentralizada, pluralista e participativa.” WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico - Fundamentos de um nova Cultura no Direito*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Alfa ômega, 2001. P. 78.

Já Peter Häberle identifica quatro âmbitos diferentes de pluralismo: o “político do público”; cultural nas vertentes científica e artística; econômico e estritamente social.⁸⁷

Para Häberle o pluralismo consiste e se nutre de certos procedimentos e conteúdos irrenunciáveis como “libertad humana, información e opinión, libertad de investigación científica, de creación de partidos y de oposición, de democracia, de poderes públicos, de opinión pública, de Estado social y cultural, de división de poderes en todos sus sentidos, y (...) independencia de la judicatura.”⁸⁸

Esses requisitos, ainda segundo o autor, permitem integração da sociedade, integração da sociedade com o Estado e autonomia perante esse, uma representação adequada e proteção de grupos sociais como associações, partidos, sindicatos e organizações religiosas.⁸⁹

Häberle também parte da premissa, compatível com a ideia do livre mercado de ideias, exposta no item 1.2 abaixo, que defende o pluralismo de religiões, cosmovisões, ideologias, visões políticas, filosofias e visões científicas.⁹⁰

O fundamental frisar é que o pluralismo se expressa pela multiplicidade e heterogeneidade de grupos sociais, opiniões e de interesses que devem ser considerados nas tomadas de decisão.

Atualmente, a sociedade é cada vez mais heterogênea composta por diversos grupos com posições diferentes, sendo que o Estado deve se preocupar em ouvir e dar respostas aos diversos grupos e problemas.

⁸⁷ HÄBERLE, Peter. *Pluralismo e Constitución: Estudios de Teoría Constitucional de La Sociedad abierta*. Madri: Editorial Tecnos, 2002. P. 106.

⁸⁸ HÄBERLE, Peter. *Pluralismo e Constitución: Estudios de Teoría Constitucional de La Sociedad abierta*. Madri: Editorial Tecnos, 2002. P. 107.

⁸⁹ HÄBERLE, Peter. *Pluralismo e Constitución: Estudios de Teoría Constitucional de La Sociedad abierta*. Madri: Editorial Tecnos, 2002. P. 108.

⁹⁰ HÄBERLE, Peter. *Pluralismo e Constitución: Estudios de Teoría Constitucional de La Sociedad abierta*. Madri: Editorial Tecnos, 2002. P. 108.

As concepções pluralistas têm a vantagem de considerar o povo de maneira heterogênea e não idealizada. Segundo Goffredo Telles Junior a “imagem do povo uno e homogêneo vem sendo completada por uma visão realista da sociedade”⁹¹ a heterogeneidade dos interesses da sociedade pode ser representada de maneira mais eficiente pelos grupos sociais. Ainda segundo Telles Junior a imagem homogênea de povo “tende a ser substituída por uma noção de povo real, do povo heterogêneo, feito dos grupos sociais diferenciados e de diversas categorias profissionais”⁹², para Telles Junior esses “grupos sociais devem ser reconhecidos e tratados como o que realmente são: matrizes mananciais de muitas ordenações jurídicas da nação”.⁹³

Wolkmer aponta conseqüente desconexão decorrente de várias “identidades coletivas espontâneas, informais e descentralizadas” e os “mecanismos de delegação mandatária”.⁹⁴

Mais adiante, sob o enfoque da reordenação política do espaço público por uma democracia participativa, Wolkmer trata da necessidade de inserir “novas estratégias de ‘efetividade formal’” para uma “política democrática que direcione e ao mesmo tempo reproduza um espaço público comunitário e participativo”⁹⁵.

Telles Junior, com apoio em Maria Eugenia, sustenta que somente um sistema que assegure essa participação dos diversos grupos sociais “nas decisões políticas direcionais, das forças que se desenvolvem nos

⁹¹ TELLES JUNIOR, Goffredo. *O Povo e o Poder: O Conselho do Planejamento Nacional*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 114.

⁹² TELLES JUNIOR, Goffredo. *O Povo e o Poder: O Conselho do Planejamento Nacional*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 114.

⁹³ TELLES JUNIOR, Goffredo. *O Povo e o Poder: O Conselho do Planejamento Nacional*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 114.

⁹⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico - Fundamentos de um nova Cultura no Direito*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 2001. Pp 139-141.

⁹⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico - Fundamentos de um nova Cultura no Direito*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 2001. Pp 248-249.

grupos associativos de que se compõe a sociedade global (...). O modelo da democracia moderna é a democracia pluralista".⁹⁶

Wolkmer explica que essa concepção pluralista exige outras instâncias de participação institucionalizadas no corpo do Estado:

“o espaço político unificado e homogêneo das formas de representação tradicional (partidos políticos e sindicatos) cede lugar a uma proliferação de práticas coletivas canalizadas agora pelos movimentos sociais, associações voluntárias em geral, corpos intermediários, comitês de fábricas, conselhos comunitários e municipais, juntas distritais, comunidades religiosas de base, órgãos colegiados e instituições culturais etc. É nessa nova forma de se fazer política que se institui a cidadania coletiva. Uma cidadania que nasce com a participação democrática dos diversos setores da sociedade na tomada de decisões e na solução dos problemas pela descentralização de competências, recursos e riquezas e pela criação de mecanismos de controle sobre o Estado assegurados pela real efetividade de um pluralismo político e jurídico, firmado em novas bases de legitimação”⁹⁷.

Essa subdivisão pluralista da sociedade em grupos de acordo com interesses que representam é criticada por Carl R. Sunstein. O Autor diz que na concepção pluralista está implícito que os representantes, por exemplo, de conselhos representativos de interesses refletem com precisão os desejos populares. Segundo o Autor isso implicaria admitir que a falta de participação política generalizada da população não é um problema, mas reflete a satisfação geral com o sistema.⁹⁸

⁹⁶ TELLES JUNIOR, Goffredo. *O Povo e o Poder: O Conselho do Planejamento Nacional*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 115, citando EUGENIA, Maria. *Grupos de Pressão e Regime Representativo*. 1ª parte. 2ª Ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Estudos Políticos, 1968.

⁹⁷ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico - Fundamentos de um nova Cultura no Direito*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 2001. P. 255.

⁹⁸ SUNSTEIN, Cass R. *Routine and Revolution*. Disponível em <http://www.law.harvard.edu/faculty/unger/english/pdfs/discussions7.pdf> em 24.11.2012.

De acordo com Sunstein, essa concepção pluralista, que envolve a participação setorial por grupos sociais, envolve riscos. Há riscos relacionados com a operacionalidade do sistema, como a possível falta de participação de grupos menos organizados, que não têm força para participar efetivamente do que chama de “mercado político”; outra circunstância apontada como problemática pelo autor é que as preferências pessoais são bases insuficientes para a legislação, isso porque os atores políticos devem se justificar sob o primado do bem comum “must appeal to a broader public good”, ou seja nem sempre os interesses privados estão representados.⁹⁹

Na verdade esse apelo ao bem comum é o que justifica a pretensão individual e é base das concessões mútuas dos demais atores. Esse suposto “problema”, na verdade, é o que se almeja com o sistema. Ou seja, deve-se levar a uma transparência dos interesses em jogo de forma que eles possam ser submetidos ao crivo público. Assim, de interesses egoístas poderão passar a ser interesses justificados pelo diálogo com outros grupos, pois quando as pretensões de cada grupo saem do âmbito privado e recôndito exigem ao menos uma tentativa de justificação.

Apesar das críticas aos sistemas que se baseiam no pluralismo, como por exemplo, as de Sunstein, a multiplicidade de grupos de interesses (tais como trabalhadores, setores econômicos, minorias étnicas) está sempre presente em qualquer sistema de poder. O que se procura com regramento de interesses em conselhos representativos ou regulamentação de lobbies, é dar certa publicidade e transparência às reivindicações dos grupos, para que não sejam tratados de forma velada, ocultados sob o sistema representativo majoritário.

Existindo um sistema às claras, mesmo os grupos que não conseguem acesso à participação saberão exatamente como reivindicar esses

⁹⁹ SUNSTEIN, Cass R. *Routine and Revolution*. Disponível em <http://www.law.harvard.edu/faculty/unger/english/pdfs/discussions7.pdf> em 24.11.2012.

espaços de forma pública e transparente, evitando-se conchavos de gabinete, acordos políticos velados, tudo o que não se quer em uma democracia.

Como se viu há outras críticas de Sunstein, com relação à não representatividade de grupos menos organizados, ou a falta de participação geral da população. Esses problemas existem, de fato. No entanto não são gerados ou mesmo agravados pelos Conselhos Representativos. Se as pessoas não se organizam politicamente ou não têm fé no sistema, qualquer forma de democracia fica defasada. Mesmo os sistemas majoritários, baseados em eleições gerais carecem de legitimidade nessas circunstâncias.

O Sistema jurídico não pode obrigar as pessoas a se engajarem politicamente, mas deve se preocupar em facilitar a organização das pessoas em associações e ampliar o acesso aos Conselhos Representativos. Isso não significa que, mesmo que os caminhos à participação estejam abertos e desburocratizados, esses sejam efetivamente utilizados.

Isso requer experiência e cultura de participação da população e dos chamados grupos representativos de interesse. Essa mudança de mentalidade, só pode se estabelecer com a prática efetiva de participação. Dessarte, o problema da falta de participação e de organização da sociedade só se agrava se fecharmos essa porta de participação.

Ademais, no caso do Conselho de Comunicação Social, como se verá no último capítulo, suas competências não representam um esvaziamento do sistema representativo tradicional, mas um complemento. Isso porque, não se prescinde da decisão dos órgãos competentes. Portanto, o Conselho de Comunicação Social não traz qualquer déficit de representatividade.

No âmbito da liberdade de expressão, o pluralismo se expressa tanto pela pluralidade de opiniões, devendo ser disponibilizada a maior

diversidade possível de posições sobre os temas¹⁰⁰, como pela pluralidade de atores na comunicação social.

O pluralismo de informações pode ser o chamado pluralismo externo, relativo à “existência de um número significativo de vozes independentes e autônomas”¹⁰¹, já o pluralismo interno diz respeito à diversidade de pontos de vista diferentes nos órgãos de comunicação social¹⁰², ou seja, independentemente de quem seja o emissor.

Para assegurar o pluralismo interno, segundo Daniel Sarmiento é “necessário que o Estado intervenha buscando assegurar que os meios de comunicação de massa se dediquem efetivamente ao tratamento de temas de interesse público, e que proporcionem à sua audiência uma cobertura adequada dos diversos pontos de vista existentes”¹⁰³

100 Nesse sentido, lembra-se da posição do *fairness doctrine* criada pelo FCC (Federal Communication Commission) agência reguladora da comunicação eletrônica nos Estados Unidos. De acordo com Daniel Sarmiento, a *fairness doctrine* “consistia numa série de medidas que visavam assegurar que as rádios e televisões destinassem uma boa base de sua programação à cobertura de questões de interesse público, e que, nesta cobertura, oferecessem a oportunidade para a apresentação de pontos de vista diversificados e conflitantes, visando, com isso, proporcionar ao público o acesso a opiniões e posições variadas sobre temas relevantes para a comunidade”. O FCC impunha às emissoras direitos de resposta e exposição de diversas posições de terceiros sobre os temas. Os críticos diziam que essa doutrina poderia levar ao esfriamento do debate, pois para evitar a atuação do FCC, as emissoras tenderiam a evitar polêmicas, levando a uma cobertura acrítica e “sem sal” dos assuntos. Ademais, as pessoas envolvidas no órgão regulador também poderiam ter seus interesses e manipular a Comunicação Social por esse mecanismo. SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, Pluralismo e o Papel Promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, nº.16, maio-junho-julho-agosto, 2007. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/LIBERDADE_DE_EXPRESS_O__PLURALISMO_E__O_PAPEL_PROMOCIONAL_DO_ESTADO.pdf em 18.07.2012.

101 FERNANDES, André de Godoy. Meios de comunicação social no Brasil: promoção do pluralismo, direito concorrencial e regulação. 2009. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-02122009-152713/>>. Acesso em: 2012-11-20.p. 180.

102 Nas palavras de André de Godoy Fernandes o pluralismo interno implica no “incremento da diversidade de pontos de vista e de opinião (...) nos veículos de mídia. FERNANDES, André de Godoy. Meios de comunicação social no Brasil: promoção do pluralismo, direito concorrencial e regulação. 2009. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-02122009-152713/>>. Acesso em: 2012-11-20.p. 271.

103 SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, Pluralismo e o Papel Promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, nº.16, maio-junho-julho-agosto, 2007. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/LIBERDADE_DE_EXPRESS_O__PLURALISMO_E__O_PAPEL_PROMOCIONAL_DO_ESTADO.pdf acesso em 26.11.2012.

Quanto à pluralidade de atores, ou pluralidade externa, a Constituição Federal estabelece a proibição de monopólio ou oligopólios comunicativos, do artigo 220, § 5º da Constituição Federal.

A falta completa de intervenção Estatal pode gerar abusos que terminam por comprometer o pluralismo comunicativo e favorecer os monopólios e oligopólios de mídia.

Porém, a diversidade de grupos comunicativos pode não ser suficiente. Se todos os grupos de comunicação social tiverem os mesmos interesses, forem representativos dos mesmos grupos sociais, econômicos e ideológicos, a tendência é que os temas abordados e a opinião desses meios sejam coincidentes. Isso pode prejudicar o acesso do cidadão aos temas públicos.

Ignácio Ramonet lembra que “o único meio que dispõe o cidadão para verificar se uma informação é verdadeira é confrontar os discursos dos diferentes meios de comunicação. Então se todos afirmam a mesma coisa, não resta mais do que admitir esse discurso único”¹⁰⁴

Portanto, além da diversidade de atores na Comunicação Social, é importante que diversos grupos de atores, com interesses diversos estejam presentes como emissores (produtores de informação e opinião).

No que concerne aos diversos grupos e seus interesses na Comunicação Social, Habermas explica que “os produtores de informação impõem-se na esfera pública através de seu profissionalismo, qualidade técnica e apresentação pessoal”. Já as organizações sociais, associações (o chamado

¹⁰⁴ RAMONET, Ignácio. A tirania da comunicação. Rio de Janeiro: Vozes. 2007. P. 45. Citado por WELTER, Gabriele e PAVAN, Ricardo. Isenção ou omissão: temas/espacos destinados ao jornalismo opinativo nos veículos de comunicação do interior. Trabalho apresentado no X Congresso de Ciências da Comunicação na Região Sul – Blumenau – 28 a 30 de maio de 2009. Disponível em <http://www.intercom.org.br/papers/regionais/sul2009/resumos/R16-0206-1.pdf> em 12.02.2013.

terceiro setor) têm mais dificuldade de influenciar os “conteúdos e tomadas de posições dos grandes meios”.¹⁰⁵

O terceiro setor é um importante componente da sociedade, constituindo-se de entidades que não são integradas no corpo do Estado, mas também que não integram o setor privado. São as associações e fundações, representativas da sociedade civil, sem interesse lucrativo.

No âmbito da Comunicação Social, a Lei 9.612 de 1998, que Institui o Serviço de Radiodifusão Comunitária, estabelece regras especiais para as concessões de rádio e TV para “fundações e associações comunitárias, sem fins lucrativos, com sede na localidade de prestação do serviço”, nos termos do artigo 1º dessa lei.

É evidente, todavia, que a regulação tem de lidar com problemas como o da cooptação do terceiro setor por partidos políticos, pelo Executivo ou pelo mercado, alterando a finalidade das instituições.

Esses perigos são identificados por Marcos Augusto Perez¹⁰⁶ que alerta para os riscos da captura (cooptação) pelo governo, pelo mercado, a corrupção e deficiência de análise técnica e falhas na coordenação de políticas públicas. A cooptação pelo governo torna a sociedade um setor do Estado, algo próximo ao ocorreu no fascismo, criando movimentos “pelegos”, eco da política governamental. Ainda segundo Perez, a “privatização” dos meios de decisão abre espaço à corrupção.

Nossa legislação tem mecanismos para lidar com esses chamados perigos, o artigo 11 da referida lei que Institui o Serviço de Radiodifusão Comunitária proíbe que a entidade detentora da autorização

105 HABERMAS. Jürgen. Tradução Flávio Beno Siebeneich. *Direito e Democracia entre facticidade e validade* - Vol II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. P. 110.

106 PEREZ Marcos Augusto. *A participação da Sociedade na Formulação, Decisão e Execução das Políticas Públicas*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas - Reflexões sobre o Conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. pp. 168-169

mantenha “compromissos ou relações financeiras, religiosas, familiares, político-partidárias ou comerciais”.

A Lei estabelece, ainda, no artigo 19 que “é vedada a cessão ou arrendamento da emissora” ou “de horários de sua programação”.

Já na Comunicação Comercial tradicional, o foco é o lucro, a produção de mensagens comercialmente interessantes, independente do conteúdo ideológico, educativo, cultural. De acordo com Habermas, as mensagens são submetidas a avaliações publicitárias, as informações são misturadas com entretenimento, a elaboração episódica e conteúdos fragmentados.¹⁰⁷

“Ainda de acordo com Habermas não há clareza nos efeitos dos meios de comunicação no público, no entanto, identifica as “reações normativas” ao poder dos complexos midiáticos. Citando Gurevich e Blumer¹⁰⁸ diz que entre as tarefas a serem preenchidas pela mídia no sistema político constitucional estão vigiar o ambiente sócio político; definir as questões relevantes da agenda política, estabelecer as plataformas para que os políticos, ou “outros grupos de interesses possam defender suas posições de modo inteligível e esclarecedor”, permitir o diálogo entre diversos pontos de vista, fiscalização (prestação de contas) do poder; incentivar os cidadãos a se envolverem politicamente e evitar a subversão da independência da mídia.”¹⁰⁹

107 HABERMAS. Jürgen. Tradução Flávio Beno Siebeneich *Direito e Democracia entre facticidade e validade* - Vol II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. P. 110.

108 M Gurevich, G Blumer. *Political Communication Systems and Democratic Values*. In Lichtemberg (Ed.). *Democracy and the Mass Media*. Cambridge: Mass, 1990. P. 270. Citado por HABERMAS. Jürgen. Tradução Flávio Beno Siebeneich *Direito e Democracia entre facticidade e validade* - Vol II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. P. 110-111.

109 M Gurevich, G Blumer. *Political Communication Systems and Democratic Values*. In Lichtemberg (Ed.). *Democracy and the Mass Media*. Cambridge: Mass, 1990. P. 270. Citado por HABERMAS. Jürgen. Tradução Flávio Beno Siebeneich *Direito e Democracia entre facticidade e validade* - Vol II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. P. 110-111.

Assim há diversos pontos que se deve cuidar na Comunicação Social para que essa seja uma plataforma democrática e não um palco para poucas vozes que desviam o cidadão de seu papel de participante nos assuntos públicos.

Habermas prossegue dizendo que “código profissional dos jornalistas e a autocompreensão ética da profissão”¹¹⁰ expressam uma ideia simples de que:

“os meios de massa devem situar-se como mandatários de um público esclarecido, capaz de aprender e criticar, devem preservar sua independência frente a atores políticos e sociais (...) devem aceitar imparcialmente as preocupações e sugestões do público, obrigando o processo político a se legitimar à luz desses temas. Por esse caminho se neutraliza o poder da mídia e se impede que o poder administrativo ou social seja transformado em influência político-publicitária”

Daniel Sarmiento ressalta que a democracia deliberativa busca um diálogo entre os grupos antagônicos, não para que cada um compita por seus interesses, mas para que prevaleça “o entendimento, entre cidadãos que se reconhecem como livres e iguais, e que buscam uma solução para o seu desacordo que atenda ao bem comum, e que possa ser racionalmente aceita por todos”.¹¹¹

Também sobre a necessidade de livre circulação da informação para que se possibilite o consenso democrático, Felipe Chiarello de

110 Citando J B Thompson. *Ideology and Modern Culture*. Cambridge, 1990, 261ss. Citado por HABERMAS. Jürgen. Tradução Flávio Beno Siebeneich *Direito e Democracia entre facticidade e validade* - Vol II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. P. 112.

111 SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, Pluralismo e o Papel Promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, nº.16, maio-junho-julho-agosto, 2007. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/LIBERDADE_DE_EXPRESSO_PLURALISMO_E_O_PAPEL_PROMOCIONAL_DO_ESTADO.pdf em 18.07.2012. p. 21.

Souza Pinto sustenta que: “O consenso é o resultado de dar e receber. Onde se destrói a comunicação o mesmo acontece ao consenso”.¹¹²

Ainda segundo Sarmiento, a democracia baseada no diálogo tem de promover a “proteção robusta” da liberdade de expressão e buscar a igualdade comunicativa entre todos os agentes comunicativos “para que todos realmente possam falar e ser ouvidos”. Num debate plural e dinâmico que não seja controlado nem pelo poderio privado nem mesmo pela voz estatal.¹¹³

Assim, para que a esfera pública seja *saudável*, consistindo num ambiente comunicativo plural, os meios de comunicação social não podem ser pautados exclusivamente por grupos poderosos econômica ou politicamente, nem mesmo grupos que deem preferência a estratégias publicitárias que diminuam o “nível discursivo da circulação pública da comunicação”¹¹⁴. Caso contrário os temas surgem num movimento centrífugo, do centro do poder para fora, contrariando os princípios democráticos.¹¹⁵

Desse modo, a regulamentação da Comunicação Social deve ter em vista que o ambiente comunicativo não pode ser colonizado seja pelo Estado, seja pelos oligopólios comunicativos. Isso para que possa ser permeado pelos mais diversos argumentos, argumentos de grupos da sociedade civil organizada (Organizações do Terceiro Setor), de interesses locais (associações de bairro, comunidades populares), movimentos culturais marginalizados e dos cidadãos em geral.

112 CHIARELLO, Felipe. *Os Símbolos Nacionais e a Liberdade de Expressão*. São Paulo: Mas Limonad, 2001. P.99

113 SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, Pluralismo e o Papel Promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, nº.16, maio-junho-julho-agosto, 2007. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/LIBERDADE_DE_EXPRESSO_PLURALISMO_E_O_PAPEL_PROMOCIONAL_DO_ESTADO.pdf em 18.07.2012. pp 21-22.

114 HABERMAS. Jürgen. Tradução *Flávio Beno Siebeneich* *Direito e Democracia entre facticidade e validade* - Vol II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. P. 114.

115 Citado por HABERMAS. Jürgen. Tradução *Flávio Beno Siebeneich* *Direito e Democracia entre facticidade e validade* - Vol II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. P. 114.

Essa ideia de ampliar os atores da comunicação social, contribuindo para o pluralismo e para o aumento dos temas e posições da esfera pública, se insere no conceito de “livre mercado das ideias” ou “mercado livre das ideias” na expressão de Jónatas Machado¹¹⁶.

116 MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão - Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. P. 246.

1.2 Busca pelo Livre Mercado de Ideias na Regulamentação da Comunicação Social

O conceito de livre mercado de ideias parte das premissas de John Milton e Stuart Mill¹¹⁷ e tem como referência a “procura da verdade”. A verdade é tida como algo relativo que só pode ser alcançada pelo encontro “livre e aberto” entre diferentes opiniões. Essa posição pode ser vista até mesmo como uma reação às violências e perseguições promovidas em prol de verdades absolutas.¹¹⁸

Ou seja, a ideia mais “apta” ou “verdadeira” será aquela que vencerá o debate. Nas palavras de Jónatas Machado, será “legitimada pelo procedimento”.¹¹⁹

O Autor ressalva que nem sempre a opinião que triunfa é realmente a verdadeira. Ademais, quando se trata de livre mercado no sentido econômico acredita-se na “mão invisível do mercado”. No ambiente das ideias a analogia não é perfeita. No âmbito econômico, a chamada “boca invisível do mercado”¹²⁰ é que acabará por falar a verdade por último. Todavia, na Comunicação Social, o procedimento dialógico não consegue, necessariamente, a verdade no sentido objetivo, mas é apto a legitimar decisões pelo possível entendimento entre as posições rivais, como se viu nas teorias de Habermas e Drysek¹²¹.

117 Citados por MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão - Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. P. 246.

118 MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão - Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. P. 247.

119 MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão - Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. P. 247.

120 Expressão que pode ser vista em MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão - Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. P. 248.

121 DRYZEK, John S. Tradução SOARES, Mauro Victoria. *Legitimidade e Economia na Democracia Deliberativa*. In *Participação e Deliberação : Teoria Democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo* - COELHO, Vera Shattan P. e NOBRE, Marcos (orgs.). São Paulo: Ed 34, 2004. pp 41-62.

Jónatas Machado alerta, ainda, que a ideia de livre mercado se insere numa época em que se fala em “governo pelo mercado”, com “consequências dessocializadoras e desintegradoras”. O capitalismo liberal democrático tem a tendência de integração política e econômica, com livre circulação de bens e pessoas que induz à livre circulação de ideias.¹²²

Em seguida, esse Autor português apresenta as várias críticas que a expressão “mercado livre de ideias” vem sofrendo. Entre elas, a disparidade socioeconômica entre os cidadãos que tornam desigual o acesso aos meios de comunicação social.¹²³

Há críticos que veem no livre mercado de ideias a “causa e consequência do relativismo moral”¹²⁴ e da indiferença intelectual da contemporaneidade. Se não há critério valorativo para a verdade, qualquer uma (qualquer verdade contingencial) serve, desde que esteja legitimada pela liberdade de mercado de ideias.

Informações fragmentadas que deslocam as atenções do cidadão de seu meio comunitário para a produção de comunicação desagregadora, que transforma os próprios consumidores em produtos.¹²⁵ Eis o perigo de uma comunicação mercadológica e “moralmente asséptica”¹²⁶

O livre mercado das ideias é criticado por conduzir, especialmente no que diz respeito à comunicação de massa, à padronização, à simplificação dos conteúdos, às ideias convenientes que agradam ao grande público¹²⁷ e banalizam os temas discutidos.

122 MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão - Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. P. 250.

123 MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão - Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. P. 251.

124 Tratando do tema, ainda, MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão - Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. P. 253.

125 SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*. São Paulo: Record, 2000.

126 Expressão de MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão - Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. P. 255.

127 MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão - Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. P. 253.

Essa massificação dos conteúdos produz um consumidor de informações banais, fúteis ou, simplificadas demais para a compreensão dos temas.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho com apoio em Schwartzberg diz que a televisão, por exemplo, privilegia a conteúdo afetivo e personalizado em detrimento do conteúdo intelectual, ou racional.¹²⁸

O Constitucionalista cita também Giovanni Sartori, que no seu *Homo videns* trata do problema da *subinformação* (informação empobrecedora da notícia) e a *desinformação* (que induz a engano).¹²⁹

Ainda comentando a obra de Sartori, constata que a televisão produz imagens anulando conceitos, reduzindo a capacidade de abstração e com ela o entendimento.¹³⁰ Manoel Gonçalves lembra que a democracia foi construída em bases cartesianas, em que se pressupões que o cidadão tenha o mínimo de capacidade de compreensão de conceitos abstratos.¹³¹

Para evitar tal distorção, há previsão constitucional de que o Estado além de incentivar o franco embate entre posições excluídas, deve ter em vista a “preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas” nos termos do artigo 221, I da Constituição.

A promoção desses conteúdos na Comunicação Social visa a formação de um público mais crítico, capaz de assimilar o conhecimento necessário tanto para a vida cotidiana, para o desenvolvimento pessoal de cada

128 FEREREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Democracia no Limiar do Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001. p.154

129 FEREREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Democracia no Limiar do Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001. p.155.

130 FEREREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Democracia no Limiar do Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001. p.150

131 FEREREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Democracia no Limiar do Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001. p.150.

indivíduo, mas além disso, formação de um cidadão crítico, capaz de compreender e tomar posições a respeito das decisões políticas que lhe afetam.

Suzy dos Santos explica que para Graham Murdock, “nas sociedades capitalistas modernas, o papel das comunicações” é conectar o sistema produtivo (privado) ao sistema político, que exige a cidadania ativa. A “participação social” efetiva depende do acesso à “maior gama de informação possível”.¹³²

Para Suzy dos Santos “o problema estaria em equacionar como um sistema de comunicações dominado pela propriedade privada poderia garantir a diversidade de informação requerida para uma cidadania efetiva”¹³³

Ainda assim, a alternativa para um “livre mercado de ideias” seria o controle de forma centralizada e coercitiva da comunicação, o que é incompatível com a democracia contemporânea. Para Jónatas Machado¹³⁴, a repressão da livre circulação de ideias inevitavelmente “esbarraria em problemas intransponíveis de legitimação”.

No entanto, a conclusão de Jónatas Machado é de que o livre mercado de ideias não pode significar a troca de ideias sem conteúdo moral ou dominada por uma lógica de mercado. Deve, sim, significar a “esfera de discurso aberta e pluralista”¹³⁵.

A lógica de mercado é necessária para compreendermos a competição livre, incondicionada de discursos na esfera pública¹³⁶. A disputa

132 SANTOS, Suzy dos. *E- Sucupira: o Coronelismo Eletrônico como herança do Coronelismo nas comunicações brasileiras*. In Revista da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação. Dezembro de 2006. Extraído do site http://www.fndc.org.br/arquivos/ecompos07_dezembro2006_suzydossantos.pdf em 03.11.2012.

133 SANTOS, Suzy dos. *E- Sucupira: o Coronelismo Eletrônico como herança do Coronelismo nas comunicações brasileiras*. In Revista da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação. Dezembro de 2006. Extraído do site http://www.fndc.org.br/arquivos/ecompos07_dezembro2006_suzydossantos.pdf em 03.11.2012.

134 MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão - Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. P. 254

135 MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão - Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. P. 255.

136 O conceito de deliberação como a competição de discursos é visto em Dryzek. DRYZEK, John S. Tradução SOARES, Mauro Victoria. *Legitimidade e Economia na Democracia*

discursiva deve ser livre. E essa disputa livre de discursos deve se refletir na Comunicação Social, palco de maior visibilidade da sociedade.

No entanto, a lógica de mercado pode corromper essa liberdade discursiva. A independência editorial de empresas jornalísticas pode ser seriamente comprometida por interesses de patrocinadores e, em larga escala, somente os interesses econômicos serem levados em consideração na esfera pública. Veja-se que isso não significa que os interesses econômicos não devem ter voz no cenário comunicativo. Entretanto essa voz não pode sufocar as demais monopolizando a esfera pública com um só tipo de discurso.

André Fernandes Godoy¹³⁷ explica que duas perspectivas diferentes estão sendo empregadas para explicar o papel dos meios de comunicação social, a primeira é o modelo de mercado (*market model*), a segunda e o da esfera pública (*public sphere*). O primeiro estaria “baseado na visão da mídia como uma atividade econômica qualquer, regida pelas leis de mercado e cujo objetivo é a busca de lucros”¹³⁸. No segundo modelo a comunicação social é vista como fundamental à esfera pública, ou seja, “um espaço privilegiado para circulação de idéias¹³⁹, opiniões e pontos de vista necessários para o debate democrático”¹⁴⁰.

Deliberativa. In *Participação e Deliberação : Teoria Democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo* - COELHO, Vera Shattan P. e NOBRE, Marcos (orgs.). São Paulo: Ed 34, 2004. pp 41-62.

137 FERNANDES, André de Godoy. Meios de comunicação social no Brasil: promoção do pluralismo, direito concorrencial e regulação. 2009. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-02122009-152713/>>. Acesso em: 2012-11-20. pp 7-8.

138 FERNANDES, André de Godoy. Meios de comunicação social no Brasil: promoção do pluralismo, direito concorrencial e regulação. 2009. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-02122009-152713/>>. Acesso em: 2012-11-20. Pp 7-8.

139 Manteve-se a grafia original.

140 FERNANDES, André de Godoy. Meios de comunicação social no Brasil: promoção do pluralismo, direito concorrencial e regulação. 2009. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-02122009-152713/>>. Acesso em: 2012-11-20. P 8.

O modelo de mercado é útil para desenvolver uma comunicação não condicionada, livre de qualquer crivo prévio. No entanto, é insuficiente, pois além da liberdade de expressão sob o aspecto negativo, de não impedir que a comunicação circule, há que se preocupar com dar voz aos grupos que não têm, como se vê no capítulo 2 abaixo.

O problema de um ambiente comunicativo livre, plural, informativo, que garanta ao cidadão informações necessárias para sua participação democrática não pode ser visto somente sob a ótica da eficiência e do lucro das empresas de comunicação.

No que tange à regulação da comunicação social, Alexandre Ditzel Faraco explica que “a preocupação não é a de limitar a possibilidade de um agente econômico aumentar o seu preço de forma abusiva, mas, sim a de concentrar poder político no espaço público de diálogo de uma democracia.”¹⁴¹

A regulação econômica, para Faraco, envolve complexidades próprias que “não podem ser reduzidas às relações econômicas em dado mercado”¹⁴². O autor adverte, por exemplo, que o direito antitruste, ao impor limitações “admite uma análise de custo e benefício” podendo permitir algum nível de concentração econômica, para aumentar as “eficiências econômicas potencialmente geradas”. Faraco cita como exemplo o artigo 54 da revogada Lei 8.884/94, que admitia a concentração de mercado para reduzir preço ou melhorar a eficiência do serviço.¹⁴³ Esse artigo tem texto semelhante ao do artigo 84, § 6º da atual Lei 12.529/2011, que revogou a referida Lei 8.884/94.

¹⁴¹ FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e Regulação das Redes Eletrônicas de Comunicação: Rádio, Televisão e Internet*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. P. 67.

¹⁴² FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e Regulação das Redes Eletrônicas de Comunicação: Rádio, Televisão e Internet*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. P. 67.

¹⁴³ FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e Regulação das Redes Eletrônicas de Comunicação: Rádio, Televisão e Internet*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. P. 67.

Essas preocupações de eficiência podem não ser as únicas relevantes para a regulação da comunicação social.¹⁴⁴ Ainda de acordo com Faraco, um acordo entre dois jornais que fundissem suas redações “poderia não abranger a decisão quanto ao preço cobrado por seus exemplares, mas representaria uma perda em relação à diversidade de opções de seus leitores”¹⁴⁵.

Assim, conclui o autor que “há uma diferença fundamental entre o controle estrutural feito via direito antitruste e as regras que procuram limitar a concentração no setor de mídia.”¹⁴⁶

Com relação à concentração dos meios de comunicação pode-se impor uma restrição “a priori” vedando a expansão, mesmo que natural, da empresa. Alexandre Faraco dá um exemplo de uma regra que proíbe que um empresário, que já possua uma rede de televisão, abra um jornal na mesma localidade.

Já no direito antitruste não há obstáculos prévios à concentração do poder econômico decorrente da mera expansão natural da empresa, as intervenções baseiam-se apenas na repressão do abuso do poder da empresa.¹⁴⁷ Assim, é legítimo ao empresário, aumentar seu poder econômico melhorando sua eficiência, reduzindo seus preços, aumentando a qualidade de seu produto ou serviço. Não só é legítimo, como louvável.

O mesmo não se pode dizer com relação à concentração do poder relativo aos meios de Comunicação Social. Aqui não se trata, apenas, de poder econômico, mas principalmente de poder político. Para Alexandre Faraco, “a aplicação do direito antitruste (...) seria um substituto falho de normas

¹⁴⁴ FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e Regulação das Redes Eletrônicas de Comunicação: Rádio, Televisão e Internet*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. P. 71.

¹⁴⁵ FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e Regulação das Redes Eletrônicas de Comunicação: Rádio, Televisão e Internet*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. P. 73-74.

¹⁴⁶ FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e Regulação das Redes Eletrônicas de Comunicação: Rádio, Televisão e Internet*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. P. 73-74.

¹⁴⁷ FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e Regulação das Redes Eletrônicas de Comunicação: Rádio, Televisão e Internet*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. P. 75.

que procuram impor limitações estruturais gerais às atividades de comunicação social, em vista do controle do poder político”¹⁴⁸.

Na Comunicação Social, independentemente da forma como é atingida a concentração, essa é ilegítima. Não há eficiência, qualidade, ou redução do preço que justifique os monopólios e oligopólios comunicativos vedados pelo artigo 220, § 5ª da Constituição Federal. O “livre mercado de ideias” exige, necessariamente, várias posições e emissores diferentes, dando ao indivíduo (que não é apenas consumidor, mas cidadão) uma vasta gama de posições políticas, manifestações artísticas, informação e interpretações de fatos de relevância pública.

Alexandre Faraco explica que no que diz respeito à concentração dos meios de comunicação social “a estrutura em si, independentemente de como foi alcançada ou de que condutas sejam adotadas pelo agente econômico, é reputada incompatível com o sistema constitucional.”¹⁴⁹ Todavia, o Autor deixa bem claro que a insuficiência das normas concorrenciais para a Comunicação Social não significa que essas sejam inaplicáveis, mas, apenas que necessitam de outras normas próprias, complementares.¹⁵⁰

Por fim, até mesmo para garantir a diversidade, Faraco ressalta que não se pode fragmentar excessivamente o poder das empresas de comunicação social. Enfraquecê-las demais impossibilitaria a cobertura jornalística nacional, por exemplo, limitando as empresas a conteúdos locais¹⁵¹. Ademais, sem nenhum poder, essas empresas podem perder sua autonomia, sendo incapazes de se contrapor ou criticar grupos dominantes política ou economicamente.

¹⁴⁸ FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e Regulação das Redes Eletrônicas de Comunicação: Rádio, Televisão e Internet*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. P. 78.

¹⁴⁹ FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e Regulação das Redes Eletrônicas de Comunicação: Rádio, Televisão e Internet*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. P. 79.

¹⁵⁰ FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e Regulação das Redes Eletrônicas de Comunicação: Rádio, Televisão e Internet*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. P. 79

¹⁵¹ FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e Regulação das Redes Eletrônicas de Comunicação: Rádio, Televisão e Internet*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. P. 79

Assim, tanto a concentração excessiva dos meios de comunicação social como sua dispersão demasiada podem prejudicar seu caráter democrático nas alternativas de conteúdos aos cidadãos e na fiscalização do poder. Sobre os perigos da dispersão excessiva do poder da comunicação social, Alexandre Faraco faz a seguinte análise:

“Dispersar por completo o poder político por certo impediria uma influência relevante no espaço público por determinado agente econômico, agindo de forma isolada. Mas também limitaria bastante o tipo de informação e programas disponibilizados e a capacidade de os veículos de mídia serem efetivos instrumentos de controle da ação governamental. Ademais, poderia comprometer a independência financeira de jornais, rádios e televisões, fazendo com que se voltassem a auxílios ou verbas governamentais (como aquelas destinadas à publicidade) de forma significativa. Uma mídia fraca e dependente acaba por não promover a dispersão do poder político, pois concentra o poder do governante e esvazia o espaço público de diálogo. Num ponto extremo, portanto, a desconcentração da mídia produziria mais (e não menos) concentração de poder político.”¹⁵²

O fenômeno de dependência de financiamento público dos meios de comunicação social é visível em cidades pequenas, com poucos jornais e em que a maior parte da renda se concentra nas prefeituras e não nas empresas.

Há quem sustente, como Juliana Colussi Ribeiro¹⁵³ que não há influência na linha editorial decorrente desse tipo de financiamento.

¹⁵² FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e Regulação das Redes Eletrônicas de Comunicação: Rádio, Televisão e Internet*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. Pp. 128-129.

¹⁵³ Quanto à dependência da prefeitura, alega-se que o órgão seria como qualquer outro cliente, que não tem direito de interferir na produção e na linha editorial do periódico. Diante de suas limitações, o jornal de interior é considerado um fiscalizador dos poderes político e administrativo

Entretanto, um jornal que dependa quase exclusivamente de verbas do poder público dificilmente pode manter uma linha editorial totalmente independente.

Em um trabalho voltado a analisar a rotina de jornal de Taubaté, interior do Estado de São Paulo, Letícia Maria Pinto da Costa observa que os jornais do interior têm de sobreviver com poucos recursos e nem sempre têm condições financeiras de manter publicações diárias. Observa, ainda, que Prefeituras de cidades pequenas do interior por vezes não dispõem de diários oficiais tendo de contratar os jornais das cidades para a propaganda oficial.¹⁵⁴

Ainda de acordo com Letícia da Costa, a mão-de-obra desses pequenos jornais é escassa e pouco especializada, o que dificulta a apuração de notícias. Isso facilita a publicação, sem alterações, de textos prontos, da forma como enviados pelas assessorias de imprensa¹⁵⁵. Ou seja, o pequeno jornal perde sua independência, se tornando um mero retransmissor de informações prontas e necessariamente tendenciosas, eis que produzidas pelos próprios beneficiários da “notícia”.

Em estudo específico, Letícia da Costa acompanhou a rotina da redação do Jornal “A Voz do Vale do Paraíba”. Durante a pesquisa, Letícia encontrou problemas de falta de funcionários especializados (o único jornalista de formação é o dono do jornal que na época estava com 86 anos e sem disposição física). As notícias são selecionadas de “releases” enviados pelas assessorias de imprensa do poder público e da imprensa local, além de material da internet. A funcionária que faz a seleção dos assuntos a serem

RIBEIRO, Juliana Colussi. Da política ao debate: jornalismo regional e espaço público. 2004. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/ribeiro-juliana-da-politicaao-debate.pdf>>. Acesso em 15 ago. 2008. Citado por WELTER, Gabriele e PAVAN, Ricardo. *Isenção ou omissão: temas/espacos destinados ao jornalismo opinativo nos veículos de comunicação do interior*. Trabalho apresentado no X Congresso de Ciências da Comunicação na Região Sul – Blumenau – 28 a 30 de maio de 2009. Disponível em <http://www.intercom.org.br/papers/regionais/sul2009/resumos/R16-0206-1.pdf> em 12.02.2013.

¹⁵⁴ COSTA, Letícia Maria Pinto da. O newsmaking na imprensa do interior: a rotina produtiva do jornal A Voz do Vale do Paraíba. *Comunicação & Sociedade*. São Bernardo do Campo: Póscom-Umesp, a. 26, n. 43, p. 105-120, 1o. sem. 2005. Disponível em http://revistas.univerciencia.org/index.php/cs_umesp/article/view/198/156 em 13.02.2013.

¹⁵⁵ COSTA, Letícia Maria Pinto da. O newsmaking na imprensa do interior: a rotina produtiva do jornal A Voz do Vale do Paraíba. *Comunicação & Sociedade*. São Bernardo do Campo: Póscom-Umesp, a. 26, n. 43, p. 105-120, 1o. sem. 2005. Disponível em http://revistas.univerciencia.org/index.php/cs_umesp/article/view/198/156 em 13.02.2013.

publicados não tem curso superior e relatou que sempre dá prioridade “às coisas da cidade”, referindo-se aos assuntos relacionados ao poder público municipal.¹⁵⁶

Apesar de o jornal ter perdido a última licitação para a publicação de editais do legislativo municipal, a assessoria de imprensa dos vereadores de Taubaté, segundo Letícia da Costa, orientou, até mesmo como fazer a diagramação do jornal. Essas orientações foram acatadas pois o jornal carece de pessoas especializadas.¹⁵⁷

A autora conclui que no referido jornal de Taubaté, os assessores de imprensa, que são profissionais externos ao jornal a serviço do poder público municipal ou pelas empresas locais, é que determinam o que será publicado, exercendo a função de jornalistas internos, repórteres e editores do jornal.¹⁵⁸

Em outro estudo empírico que envolveu análise de publicações e entrevistas com jornalistas locais, realizado na cidade de São Miguel do Oeste no Estado de Santa Catarina, Gabriele Welter e Ricardo Pavan concluíram que os meios locais privilegiam as informações oficiais, dão menos espaço às opiniões e que têm certo receio de se posicionar perante o poder público, principalmente sobre temas locais.¹⁵⁹

¹⁵⁶ COSTA, Letícia Maria Pinto da. O newsmaking na imprensa do interior: a rotina produtiva do jornal A Voz do Vale do Paraíba. *Comunicação & Sociedade*. São Bernardo do Campo: Póscom-Umesp, a. 26, n. 43, p. 105-120, 1o. sem. 2005. Disponível em http://revistas.univerciencia.org/index.php/cs_umesp/article/view/198/156 em 13.02.2013.

¹⁵⁷ COSTA, Letícia Maria Pinto da. O newsmaking na imprensa do interior: a rotina produtiva do jornal A Voz do Vale do Paraíba. *Comunicação & Sociedade*. São Bernardo do Campo: Póscom-Umesp, a. 26, n. 43, p. 105-120, 1o. sem. 2005. Disponível em http://revistas.univerciencia.org/index.php/cs_umesp/article/view/198/156 em 13.02.2013.

¹⁵⁸ COSTA, Letícia Maria Pinto da. O newsmaking na imprensa do interior: a rotina produtiva do jornal A Voz do Vale do Paraíba. *Comunicação & Sociedade*. São Bernardo do Campo: Póscom-Umesp, a. 26, n. 43, p. 105-120, 1o. sem. 2005. Disponível em http://revistas.univerciencia.org/index.php/cs_umesp/article/view/198/156 em 13.02.2013.

¹⁵⁹ WELTER, Gabriele e PAVAN, Ricardo. *Isenção ou omissão: temas/espacos destinados ao jornalismo opinativo nos veículos de comunicação do interior*. Trabalho apresentado no X Congresso de Ciências da Comunicação na Região Sul – Blumenau – 28 a 30 de maio de 2009. Disponível em <http://www.intercom.org.br/papers/regionais/sul2009/resumos/R16-0206-1.pdf> em 12.02.2013.

Assim, como alerta Alexandre Faraco¹⁶⁰, não só a concentração excessiva do poder dos meios de comunicação pode prejudicar a democracia, mas também a excessiva dispersão, que prejudica a autonomia desses veículos.

No caso brasileiro há também o fenômeno chamado “coronelismo eletrônico”¹⁶¹ em que as emissoras locais dos meios de comunicação de massa (geralmente “afiliadas” de grandes emissoras nacionais), passíveis de concessões como rádio e TV são apropriados por oligarquias políticas locais, muitas vezes com apoio do Congresso Nacional e são utilizados para perpetuar tais grupos no poder¹⁶².

Esse fenômeno será analisado com mais detalhes no capítulo 2.3 que trata das restrições sobre a propriedade e controle dos meios de comunicação social.

Entretanto, o principal problema tratado nesse trabalho não é a presença da voz de certas posições políticas, mas a ausência de outras que

¹⁶⁰ FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e Regulação das Redes Eletrônicas de Comunicação: Rádio, Televisão e Internet*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. Pp. 128-129.

¹⁶¹ De acordo com Suzy dos Santos, o termo surgiu em 1980. Nos primeiros passos de abertura do Regime Político, os partidos MDB e Arena se reorganizaram. Os afiliados do PDS, partido que sucedeu o Arena, ficaram com 81,73% das estações de rádio e televisão. Desde que o Jornal do Brasil denunciou o fato, de acordo com Susy dos Santos, a expressão “coronelismo eletrônico” vem sendo usada para referir-se ao “ao singular cenário recente brasileiro no qual deputados e senadores se tornaram proprietários de empresas concessionárias de rádio e televisão e, simultaneamente, participam das comissões legislativas que outorgam os serviços e regulam os meios de comunicação no país”. SANTOS, Suzy dos. E- Sucupira: o Coronelismo Eletrônico como herança do Coronelismo nas comunicações brasileiras. In Revista da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação. Dezembro de 2006. Extraído do site http://www.fndc.org.br/arquivos/ecompos07_dezembro2006_suzydossantos.pdf em 03.11.2012.

¹⁶² Importante a distinção que Suzy dos Santos faz. Para que se possa falar em “coronelismo eletrônico” não basta que a coincidência entre um radiodifusor e alguém com cargo governamental é necessário que o resultado seja o aproveitamento da concessão para a obtenção ou manutenção do poder político. Um exemplo que esclarece a questão é o seguinte “Não se pode incluir na mesma categoria figuras como Antonio Carlos Magalhães e Hélio Costa apenas porque ambos são radiodifusores que exercem mandatos eletivos e ocuparam o cargo de Ministro das Comunicações.” (...) “Se os candidatos apoiados por Hélio Costa perdessem as eleições para governador e senador, a manchete do dia seguinte no jornal de Barbacena dificilmente seria “Clima de decepção predomina entre os eleitores” SANTOS, Suzy dos. E- Sucupira: o Coronelismo Eletrônico como herança do Coronelismo nas comunicações brasileiras. In Revista da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação. Dezembro de 2006. Extraído do site http://www.fndc.org.br/arquivos/ecompos07_dezembro2006_suzydossantos.pdf em 03.11.2012.

possam fazer contraponto, o que pode distorcer a realidade apresentada, condicionando público a uma única posição. A outorga a grupos políticos locais, evidentemente, distorce a pluralidade de ideias que deve estar disponível ao indivíduo.

Todavia, o caminho que se aponta, sem prejuízo de outras medidas concomitantes, é a ampliação da discussão pública, com a inserção de atores antes ignorados e a produção de conteúdos relevantes que possam dar novos rumos à discussão.

Não se pode obrigar o cidadão a se interessar por temas relevantes para decisões políticas, contudo a alternativa deve estar disponível. A ampliação dos conteúdos, das ideias, dos atores tem a função de estimular o interesse. Quanto mais emissores de informação mais os ângulos que uma questão terá.

Com isso tenta-se combater tanto os monopólios e oligopólios comunicativos, trazendo novas vozes ao debate, quanto o nefasto controle ideológico do Estado nessa área.

Como já dito supra, utiliza-se a expressão “ambiente comunicativo” que é uma alternativa à analogia econômica com o mercado, bem como à limitação de ideias como expressão. A analogia que se faz é com o meio ambiente, que deve florescer naturalmente, com a maior “biodiversidade comunicativa” possível. No entanto, alguns desequilíbrios como os monopólios e oligopólios comunicativos, ou como a apropriação estatal excessiva da comunicação devem ser combatidos, de forma que as ideias (e todas as ideias possíveis não só a de elites políticas ou econômicas) circulem.

Nesse sentido, quanto mais se ampliar a participação da sociedade civil de profissionais do setor nas decisões estatais sobre comunicação social, maior será a possibilidade de que no chamado ambiente comunicativo esteja presente a mais ampla gama de ideias.

Em concessões de televisão, por exemplo, a limitação tecnológica das ondas hertianas é cada vez menos relevantes, com a ampliação de tecnologias como televisão digital¹⁶³, por exemplo, será possível dar voz a cada vez mais grupos, de forma que a Comunicação Social não seja um nicho elitizado.

Por tais razões é fundamental que as decisões estatais sobre comunicação social também sejam plurais, com a oitiva de representantes da sociedade civil, das empresas, profissionais envolvidos no tema e de técnicos, para que os critérios de decisões possam ser fiscalizados de maneira mais eficiente. Esse aprimoramento do sistema que aprimora a “accountability” das decisões do setor é um método para corrigir, também, as distorções no sistema de concessões de rádio e televisão.

163 Como explicado no julgamento da ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.944/DF, de Relatoria do Ministro Ayres de Britto, julgado em 05/08/2010, acórdão publicado no DJe em 01/10/2010, atualmente não são permitidas programações diversas nas faixas digitais. No entanto, a tecnologia permite a ampliação.

2. A Liberdade de Expressão e a Constituição Federal de 1988 – Delimitação e Restrições Constitucionalmente Admissíveis e Inadmissíveis e o Papel do Conselho de Comunicação Social nesse Cenário

O princípio constitucional democrático se baseia na distribuição de poder em um sistema político pluralista e dinâmico, com uma sociedade com base na liberdade e na igualdade. Nesse sistema, as ideologias e as forças sociais devem circular livre e igualmente e influir na formação da vontade política.¹⁶⁴ Nesse sentido, há que se reconhecer os direitos das minorias, inclusive o direito de se expressar no âmbito da comunicação social. Essas ideias já foram desenvolvidas nos capítulos anteriores.

Isso é compatível com a ideia de John S. Dryzek¹⁶⁵ que entende que uma democracia de qualidade exige a livre competição de discursos na esfera pública, que deve nortear as decisões.

Todas as pessoas têm o direito de se expressar e todos os adultos de escolher quais fontes de informação desejam.

A Liberdade de Expressão na Constituição Federal foi garantida pelo artigo 5º IV da Constituição Federal. Esse artigo prevê que é livre a liberdade de manifestação sendo vedado o anonimato. Integrando tal delimitação da Liberdade de Expressão tem-se o disposto no artigo 5º IX que estabelece a Liberdade da Expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença.

Há que se garantir o direito à livre composição de espetáculos públicos e programação de rádio e televisão. Todavia, por disposição do artigo 220, § 3º, I, da Constituição Federal, o Poder Legislativo

164 ZISMAN, Célia Rosenthal. *A Liberdade de Expressão na Constituição Federal e suas Limitações – Os Limites dos Limites*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003. p. 108-109.

165 DRYZEK, John S. Tradução SOARES, Mauro Victoria. *Legitimidade e Economia na Democracia Deliberativa*. In *Participação e Deliberação : Teoria Democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo* - COELHO, Vera Shattan P. e NOBRE, Marcos (orgs.). São Paulo: Ed 34, 2004. pp 41-62.

pode classificar tais manifestações como inadequadas a públicos de determinadas idades para informação dos pais. O que o Estado está proibido de fazer é vedar determinada manifestação por critérios de valor moral, já que numa sociedade democrática deve-se dar direito aos indivíduos para escolher entre o que consideram bem e mal.

Na mesma medida, a transmissão de valores morais às crianças é de responsabilidade da família, devendo o Estado fornecer-lhe os *meios legais*. É o que se verifica no artigo 220, § 3º, II da Constituição Federal. Nesse diapasão, no Estado Democrático não se pode incutir ou proibir valores sociais nem mesmo às crianças, sob pena de interferir na liberdade de educação familiar.

De acordo com Paulo Luiz Netto Lobo, o princípio da liberdade familiar diz respeito à autonomia de formação, à realização e extinção de famílias; à livre aquisição e administração do patrimônio das famílias; bem como ao planejamento familiar autônomo e “à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos”¹⁶⁶. Tal liberdade está presente, também, no artigo 1634, I do Código Civil.

Seguindo esse raciocínio, o Estado deve se limitar a estabelecer meios que auxiliem a família nessa escolha, que só pode ser feita pelos detentores do poder familiar, autorizados a determinar as influências que as crianças e adolescentes devem ou não receber dos meios de comunicação.

Todavia, quando o inciso IX estabelece que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação independente de censura ou licença” está a vedar qualquer restrição prévia ao Estado?

166 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil . Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/507/constitucionalizacao-do-direito-civil/2>. Acesso em 27 jun. 2012.

Há recente controvérsia instalada no âmbito do Supremo Tribunal Federal. O Ministro Gilmar Mendes diz que, no caso concreto é possível pensar em vedação prévia à publicação. O Ministro Ayres Britto sustenta que não é possível, que a vedação seria absoluta, sendo permitida somente a reparação posterior ao abuso da liberdade, isso depois que viesse a público o conteúdo em questão.

Nesse sentido, veja-se o diálogo consignado no voto do Ministro Gilmar Mendes na Reclamação nº 9428/DF¹⁶⁷ conhecido caso que envolve o Sr. Fernando Sarney, reclamação que acabou não sendo conhecida:

“O Senhor Ministro Gilmar Mendes.

(...)

Até posso achar – e talvez até ache - que haja excesso nas medidas que restringem *in concreto*, a publicação da matéria. (...) Se tivéssemos definido claramente que a intervenção judicial é censura prévia, não teria nenhuma dúvida em dizer (...), Mas parece-me que a toda hora vamos ser confrontados com esse tipo de situação. (...)

O Senhor Ministro Gilmar Mendes. Naquele próprio julgamento¹⁶⁸, eu lembrava o deplorável, lamentável caso da escolinha-base de São Paulo¹⁶⁹. E chamava a atenção dizendo que, se tivesse havido naquele caso – infelizmente não houve - uma intervenção judicial que impedisse aquele delegado, mancomunado com órgãos de imprensa, de divulgar fato, aquela estrutura toda, a escolar e a familiar, teria sido justamente preservada. E não foi.

167 STF - Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 9428/DF. Tribunal Pleno. Relator Ministro Cezar Peluzo. Julgamento 10.12.2009. Publicação Dje-116, divulgação 24.06.2010, data da publicação 25.06.2010, ementário col-02407-01, pp 00175. Extraído do site www.stf.jus.br em 24.06.2012

168 Refere-se à ADPF 130, que declarou não recepcionada a Lei de Imprensa e serviu de base à Reclamação.

169 Refere-se ao caso em que os donos de Escola particular sofreram injustamente por ter sido expostos na mídia por violências sexuais contra alunos. Violência não comprovada. O delegado deu declaração condenando os acusados e os jornalistas não questionaram a versão.

O Senhor Ministro Carlos Britto - Ministro, há exagero. Respeito muito o ponto de vista de Vossa Excelência.

A imprensa comete erros e o Judiciário comete erros. Nós cometemos erros e nem por isso deixamos de decidir livremente. A própria Constituição, no artigo 5º, LXXV, trata de indenização por erro judiciário. Então, não é pelo temor do abuso que se vai coibir o uso.”

Para o Ministro Ayres de Brito é vedado e constitui censura prévia qualquer restrição antecipada de expressão, por qualquer dos poderes¹⁷⁰, mesmo que pelo judiciário.

Já na posição do Ministro Gilmar Mendes a censura é somente a restrição inconstitucional do exercício lícito da imprensa. A restrição prévia da comunicação abusiva feita pelo judiciário não seria censura.

O Ministro Eros Grau compartilha da visão do Ministro Mendes, como se vê na mesma Reclamação nº 9428/DF, como se vê abaixo¹⁷¹:

“De qualquer modo, é também necessário dizer que a liberdade de imprensa coexiste com a proteção da intimidade. Por essa razão, embora se repudie sob todas as formas a censura, ao juiz incumbe decidir, em cada caso, sobre a relatividade da proteção da liberdade de imprensa e da proteção da intimidade. Nenhuma lei é superior a outra, não há nenhuma absoluta e ao juiz incumbe, caso a caso, limitado pela lei, decidir a situação. Por isso cada caso há de ser examinado individualmente.”

170 A esse respeito vide ADPF 130/2009. STF. Pleno. Reclamação 9428/DF. Relator Ministro Cezar Peluzo. Julgamento 10.12.2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJe 116. Divulgação 24.06.2010. Publicação: Ement; Vol 02407-01; pp 00175. Extraído do site www.stf.jus.br em 21.11.2010.

171 STF - Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 9428/DF. Tribunal Pleno. Relator Ministro Cezar Peluzo. Julgamento 10.12.2009. Publicação Dje-116, divulgação 24.06.2010, data da publicação 25.06.2010, ementário col-02407-01, pp 00175. Extraído do site www.stf.jus.br em 24.06.2012

Essa posição é mais adequada a interpretação do princípio da liberdade de expressão. Isso porque não se pode estabelecer que a liberdade de expressão é absoluta, convertendo em censura qualquer tipo de restrição a uma expressão, eis que convive com outros princípios constitucionais, como os da intimidade, da honra, vida privada e imagem. Ou seja, não se pode dizer que mesmo sendo lícito determinado conteúdo o estado juiz não poderá reprimi-lo previamente. Isso implicaria dizer que mesmo que a publicação possa ser avaliada antes de ser divulgada pelo poder judiciário, essa não poderá tomar qualquer medida para impedi-la, somente sancionar o excesso. Não é isso o que ocorre.

Se o princípio da liberdade de expressão fosse absoluto, de forma que representasse censura prévia qualquer vedação judicial à publicidade de um fato, cairiam por terra, por exemplo, as regras processuais de sigilo de justiça, que podem ser encontradas no artigo 15, § 11 da Constituição Federal, no artigo 155 do Código de Processo Civil e no artigo 201, § 6º do Código de Processo Penal. Isso porque a imprensa poderia divulgar o processo, mesmo sendo o sigilo judicialmente determinado. Ou seja, estar-se-ia criando a absurda situação de que há sigilo, mas o processo pode vir a público e nada se pode fazer previamente para impedir. As referidas regras de sigilo processual explicitam princípios como o da intimidade, vida privada e honra, princípios que não têm menos valia do que a liberdade de expressão.¹⁷²

Outro exemplo em que fica claro que não é qualquer restrição judicial à liberdade de expressão, mesmo que prévia, que constitui censura é o seguinte. O artigo 2º da Lei 7.232/84, que dispõe sobre a política nacional de informática, protege o sigilo “dos dados armazenados, processados e veiculados, do interesse da privacidade e de segurança das pessoas físicas e jurídicas, privadas e públicas”. Caso a liberdade de expressão fosse absoluta e um indivíduo fosse ao judiciário pedindo previamente a restrição da publicidade

172 Como explica Lenio Streck “atrás de cada regra há sempre um princípio”. STRECK, Lenio Luiz. *A Crise Paradigmática no Contexto da Resistência Positivista ao (Neo)Constitucionalismo*. in *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Coordenadores NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel e BINENBOJM, Gustavo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009 p. 204. PP. 203-228 .

de seu CPF, conta bancária e senha, deveria o judiciário negá-la, pois a restrição seria censura. No entanto, é evidente que não pode ser chamada de censura qualquer restrição estatal prévia ao direito de dizer ou publicar algo.

De acordo com Edilsom Pereira de Farias¹⁷³ a liberdade de expressão e informação como qualquer outro direito fundamental não é absoluta, tem limites. Aponta, além do conflito com outros direitos fundamentais, o limite interno da verdade quando se trata de informação.¹⁷⁴

Nesse mesmo sentido Célia Rosenthal Zisman sustenta que, como nenhum direito fundamental é absoluto e os princípios devem ser balanceados¹⁷⁵ diante do caso concreto, face à razoabilidade, o direito à liberdade se contrabalança diametralmente com outros princípios como a intimidade, a honra o direito à imagem e à privacidade.¹⁷⁶ Tais restrições, na classificação de Edilsom Farias, estariam no âmbito das “restrições tácitas”¹⁷⁷.

Edilsom Farias, na análise supra¹⁷⁸, se utiliza da teoria da ponderação de princípios de Robert Alexy. Essa teoria admite que os princípios são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.”¹⁷⁹

Para a teoria da ponderação de Alexy, os princípios são “mandados de otimização” quando analisados individualmente. Ou seja, um princípio isolado é uma ordem de realização de um “valor” da melhor maneira possível dadas as possibilidades fáticas da situação. Para o Autor o âmbito

173 FARIAS, Edilsom Pereira. *Colisão de Direitos - A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. Pp 168-169

174 Para o Autor informação é quando se narra um fato da realidade. A opinião, por exemplo, não se submete ao limite interno da verdade.

175 Aqui faz referência à teoria de Robert Alexy de ponderação de princípios.

176 A esse respeito ZISMAN, Célia Rosenthal. *A Liberdade de Expressão na Constituição Federal e suas Limitações – Os Limites dos Limites*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003. pp. 102-103.

177 FARIAS, Edilsom in *Liberdade de Expressão e Comunicação – Teoria e Proteção Constitucional*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004.

178 FARIAS, Edilsom Pereira. *Colisão de Direitos - A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

179 ALEXY, Robert. Tradução SILVA, Virgílio Afonso da. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

dessas possibilidades jurídicas é determinado pelos “princípios e regras colidentes”.¹⁸⁰

Segue Alexy explicitando a regra da ponderação, segundo a qual “se dois princípios colidem (...) um dos princípios terá que ceder.”¹⁸¹

A teoria de Ronald Dworkin tem uma diferença fundamental da teoria de Alexy.

Para Dworkin, a argumentação jurídica se faz com regras, princípios e políticas. A diferença entre princípios (e políticas) e regras é para Dworkin é de natureza lógica¹⁸².

Política na visão de Dworkin é um “padrão” um objetivo a ser atingido, uma melhora econômica, social ou política da “comunidade”. Princípio é um padrão que deve ser observado porque é uma exigência de justiça e equidade, ou “alguma dimensão de moralidade”¹⁸³.

De acordo com Ronald Dworkin, os princípios e as políticas não são aplicáveis da mesma forma que as regras. Essas, na posição de Dworkin, se aplicam “à maneira do tudo ou nada”, “dados os fatos que uma regra estipula, então a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”. Já os princípios, para Dworkin, podem ser aplicados de forma parcial.¹⁸⁴

Dworkin atribui, ainda, outra característica aos princípios e às políticas. Os princípios e as políticas teriam uma dimensão de “peso”, pois

180 ALEXY, Robert. Tradução SILVA, Virgílio Afonso da. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. P. 90.

181 ALEXY, Robert. Tradução SILVA, Virgílio Afonso da. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. P. 93.

¹⁸² DWORKIN, Ronald. Tradução. BOEIRA, Nelson. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martis Fontes, 2010. P 39.

¹⁸³ Vê-se que quando Dworkin fala de moralidade trata de uma cooriginária ao direito, ou seja, moralidade específica do direito que nasce com ele. O juiz, por exemplo, não pode aplicar padrões morais estranhos ao direito.

¹⁸⁴ DWORKIN, Ronald. Tradução. BOEIRA, Nelson. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martis Fontes, 2010. PP 33-42.

podem ser aplicados em maior ou menor medida. As regras não teriam tal dimensão, pois seriam simplesmente aplicáveis ou não (na forma do “tudo ou nada”). Quanto à aplicação conjunta de princípios, segundo Dworkin “quando os princípios¹⁸⁵ se inter cruzam, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.”¹⁸⁶ Os princípios seriam razões que podem levar a decisão nesse ou naquele sentido, mas que não são aplicáveis sob o critério do “tudo ou nada”

Já Lenio Streck, se situa numa posição um pouco mais próxima de Dworkin, sem ratificar todos os argumentos supra. Streck diverge de Alexy, ao negar que os princípios sejam “mandados de otimização”, ou “meros postulados”.

Streck ainda se afasta de Dworkin, ao dizer que as regras não podem ser interpretadas de forma independente dos princípios, ou seja, não se pode fazer a cisão estrita, pois na interpretação até mesmo das regras sempre há uma dimensão principiológica, de peso. A regra sempre tem um princípio subjacente, ou nas palavras de Streck “atrás de cada regra há sempre um princípio”. Portanto, para Streck é “impossível interpretar uma regra sem levar em conta seu princípio instituidor”¹⁸⁷

Streck se opõe a Dworkin também, quando o autor norte-americano diz que as regras se aplicam no critério do tudo ou nada e os princípios enunciam a razão do argumento dando ao intérprete certa direção. Segundo Streck, não há como “cindir interpretação e aplicação e pela antecipação de sentido”, assim como é impossível isolar, na aplicação, a regra do princípio.¹⁸⁸

185 Aqui o autor se refere a princípios de maneira genérica, abrangendo princípios e regras.

186 DWORKIN, Ronald. Tradução. BOEIRA, Nelson. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martis Fontes, 2010. PP 33-42.

187 STRECK, Lenio Luiz. *A Crise Paradigmática no Contexto da Resistência Positivista ao (Neo)Constitucionalismo*. . in *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Coordenadores NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel e BINENBOJM, Gustavo. Rio de Janeiro: Editora Luminem Juris, 2009. PP. 203-228 .

188 STRECK, Lenio Luiz. *A Crise Paradigmática no Contexto da Resistência Positivista ao (Neo)Constitucionalismo*. . in *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Coordenadores

De acordo com Streck, seja quanto aos princípios, seja quanto às regras “não há possibilidade de extrair analiticamente de enunciados qualquer sentido”.¹⁸⁹ Para o Autor, a dificuldade de interpretação não está na diferença entre princípios e regras, mas na inexistência de norma no texto em si, lembrando-se que existe o texto normativo e o contexto fático em que se insere. Ou seja, a norma só é verificável diante do caso concreto, é nele que desvenda-se o comando normativo.

Ressalta-se que Dworkin não nega que as regras possam depender de “princípios e políticas que extrapolam a (própria) regra”¹⁹⁰, quando a regra conta com um fator como “razoável”, “injusto” ou “significativo”¹⁹¹, ou seja, a regra incide, por exemplo, sempre que for “razoável”, deixando-se um critério de peso prévio na interpretação. Para Dworkin, isso não retira da regra o caráter de “tudo ou nada”, pois após esse juízo prévio de razoabilidade, por exemplo, a regra seria aplicada ou não integralmente, sem critério de peso.¹⁹²

As críticas de Streck, todavia, são pertinentes, os princípios são deontológicos, isto é, não são meras fórmulas argumentativas, têm valor normativo, um “dever-ser” obrigatório, sempre, mesmo na aplicação das regras. Ressalte-se que, de acordo com a hermenêutica de Streck, não se pode fazer a cisão prévia que Dworkin propõe, pois a aplicação, com os princípios e regras integrados, é una, não se cinde. Não há momento prévio exclusivo à interpretação. A interpretação e aplicação ocorrem no mesmo momento.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel e BINENBOJM, Gustavo. Rio de Janeiro: Editora Luminem Juris, 2009. PP. 203-228

¹⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. *O Princípio da Proibição de Proteção Deficiente (untermassverbot) e o Cabimento de Mandado de Segurança em Matéria Criminal: Superando o ideário liberal-individualista-clássico*. Extraído do site http://www.prr5.mpf.gov.br/nucrim/boletim/2007_05/doutrina/doutrina_boletim_5_2007_proporcionalidade.pdf em 18.11.2012.

¹⁹⁰ DWORKIN, Ronald. Tradução. BOEIRA, Nelson. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martis Fontes, 2010. P. 45.

¹⁹¹ DWORKIN, Ronald. Tradução. BOEIRA, Nelson. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martis Fontes, 2010. P. 45.

¹⁹² DWORKIN, Ronald. Tradução. BOEIRA, Nelson. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martis Fontes, 2010. P. 45.

A posição da hermenêutica de Streck pode ser observada em outro texto¹⁹³. Nesse artigo, fica clara a oposição a Alexy, mais do que a Dworkin. Ao tratar da ponderação sob a ótica da hermenêutica, Streck¹⁹⁴ defende que o princípio da proporcionalidade, utilizado pelos partidários da teoria da argumentação como máxima ou regra¹⁹⁵ de aplicação de princípios colidentes é, na verdade, “(apenas) um modo de explicar que cada interpretação – que nunca pode ser solipsista – deve ser razoável”, compatível com uma “reconstrução integrativa do direito (e da legislação), para evitar interpretações discricionárias/arbitrárias sustentadas em uma espécie de ‘grau zero de sentido’”.

Streck quer evitar que a pretexto de julgar (ou interpretar) o “caso concreto” “venha estabelecer sentidos para alguém ou para além da Constituição”. Para o Autor, a ponderação de princípios em conflito, da forma defendida por Alexy, deixa ao subjetivismo do intérprete a hierarquização axiológica.

193 STRECK, Lenio Luiz. *O Princípio da Proibição de Proteção Deficiente (untermassverbot) e o Cabimento de Mandado de Segurança em Matéria Criminal: Superando o ideário liberal-individualista-clássico*. Extraído do site http://www.prr5.mpf.gov.br/nucrim/boletim/2007_05/doutrina/doutrina_boletim_5_2007_proporcionalidade.pdf em 18.11.2012.

194 STRECK, Lenio Luiz. *O Princípio da Proibição de Proteção Deficiente (untermassverbot) e o Cabimento de Mandado de Segurança em Matéria Criminal: Superando o ideário liberal-individualista-clássico*. Extraído do site http://www.prr5.mpf.gov.br/nucrim/boletim/2007_05/doutrina/doutrina_boletim_5_2007_proporcionalidade.pdf em 18.11.2012.

195 O termo tem sinônimo de regra para Virgílio Afonso da Silva como se vê no seguinte trecho: “o conceito de *princípio* que aqui se adota não tem relação com a importância da norma a que tal denominação se aplica. *Princípio*, nos termos deste trabalho, é uma norma que exige que algo seja realizado na maior medida possível diante das condições fáticas e jurídicas do caso concreto. A proporcionalidade (...) não segue esse raciocínio, Ao contrário, tem ela a estrutura de uma regra, porque impõe um dever definitivo: se for o caso de aplicá-la, essa aplicação não está sujeita a condicionantes fáticas e jurídicas do caso concreto. Sua aplicação é, portanto, feita no todo. (...)”

No presente trabalho por achar que a denominação ‘postulado normativo aplicativo’ não contribui para um incremento de clareza conceitual, dou preferência a chamar a regra da proporcionalidade de “regra”, também tendo em mente de que se trata de uma regra especial, ou regra de segundo nível ou, por fim, de uma meta-regra”. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. PP. 168-169.

Para Lenio Streck esse seria o calcanhar de Aquiles da ponderação, pois deixaria “hierarquização ‘ponderativa’ em favor da ‘subjetividade’ (assujeitadora) do intérprete, com o que a teoria da argumentação (...) não escapa do paradigma representacional”. Para Streck, o julgamento dos chamados “casos difíceis” nas teorias argumentativas reconstitui “a antiga ‘delegação positivista’ (na zona de penumbra, em Hart ou no perímetro da moldura em Kelsen)”. Isso porque cabe ao intérprete dizer qual o princípio aplicável, ao juiz cabe decidir “‘nas zonas de incertezas’ e ‘insuficiências ônticas’”¹⁹⁶ Ou seja, a ponderação, como sugere Alexy, faria ressurgir teorias autoritárias, que considerariam corretas diversas interpretações à escolha (subjetiva) do intérprete, que em último caso termina sendo o magistrado.

Lenio Streck, diz ainda, que nesses chamados casos difíceis, a “completude autopoiética” era trazida “a partir de recurso aos princípios gerais do direito, à experiência do juiz, aos usos e costumes e assim por diante”, com a “alteração paradigmática ocorrida no campo do constitucionalismo” a moral estaria de volta no direito. A moral admitida por Streck é somente aquela “institucionalizada no direito produzido democraticamente” o que Lenio Streck chama de “revolução copernicana exurgente do neoconstitucionalismo”. Ou seja, a moral não é a do intérprete, nem de qualquer grupo social, mas a moral objetiva do Direito democraticamente instituído.

Essa leitura de Streck é oposta à resposta da ponderação de Alexy, que para o Autor nada mais faz do que ocultar o problema de que não existe semântica perfeita.¹⁹⁷ Aliás, não há semântica perfeita na interpretação de

196 STRECK, Lenio Luiz. *O Princípio da Proibição de Proteção Deficiente (untermassverbot) e o Cabimento de Mandado de Segurança em Matéria Criminal: Superando o ideário liberal-individualista-clássico*. Extraído do site http://www.prr5.mpf.gov.br/nucrim/boletim/2007_05/doutrina/doutrina_boletim_5_2007_proporcionalidade.pdf em 18.11.2012.

197 STRECK, Lenio Luiz. *O Princípio da Proibição de Proteção Deficiente (untermassverbot) e o Cabimento de Mandado de Segurança em Matéria Criminal: Superando o ideário liberal-individualista-clássico*. Extraído do site http://www.prr5.mpf.gov.br/nucrim/boletim/2007_05/doutrina/doutrina_boletim_5_2007_proporcionalidade.pdf em 18.11.2012.

princípios ou mesmo de regras. Além disso, a interpretação de regras é sempre intrincada de princípios, o que impede essa cisão de formas de interpretação.

Ou seja, nem nas regras, nem nos princípios o texto pode prescindir do caso concreto e ter normatividade apreensível em si.

Texto não é sinônimo de norma, sendo que a norma só se revela no confronto com o caso concreto, só podemos saber de sua essência na aplicação. Assim, não há uma essência metafísica normativa a ser buscada pelo intérprete em abstrato, apartada da realidade. Ou seja, o intérprete não está livre de ter coerência e de interpretar segundo o direito ou da moral jurídica (expressa nos princípios jurídicos e não sua moral subjetiva).

Por fim, Lenio Streck registra a diferença entre a hermenêutica e a teoria da argumentação dizendo que os princípios não são apenas “mandados de otimização” e na verdade limitam o intérprete:

“Eis aqui a diferença entre a hermenêutica e a teoria da argumentação: enquanto a teoria da argumentação compreende os princípios (apenas) como mandados de otimização, portanto, entendendo-os como abertura interpretativa, o que chama à colação, necessariamente, a subjetividade do intérprete (filosofia da consciência), a hermenêutica parte da tese de que os princípios introduzem o mundo prático no direito, “fechando” a interpretação, isto é, diminuindo – ao invés de aumentar – o espaço da discricionariedade do intérprete.”¹⁹⁸

198 STRECK, Lenio Luiz. *O Princípio da Proibição de Proteção Deficiente (untermassverbot) e o Cabimento de Mandado de Segurança em Matéria Criminal: Superando o ideário liberal-individualista-clássico*. Extraído do site http://www.prr5.mpf.gov.br/nucrim/boletim/2007_05/doutrina/doutrina_boletim_5_2007_proporcionalidade.pdf em 18.11.2012.

O autor sustenta que não há que se “ponderar valores” e que a proporcionalidade deve ser o nome “dado a necessidade de coerência e integridade de qualquer decisão”. Na verdade, tanto para princípios como para regras “não há possibilidade de extrair analiticamente de enunciados qualquer sentido”.¹⁹⁹ Mais uma vez, a dificuldade de interpretação não está na diferença entre princípios e regras, mas na inexistência de norma no texto em si, lembrando-se que existe o texto normativo e o contexto fático em que se insere. Ainda, segundo Lenio Streck, a ponderação “acaba por repetir (...) a ideia de subsunção”²⁰⁰.

Assim, a teoria de Lenio Streck é contra esse tipo de interpretação universalizante proposta por Ayres Britto²⁰¹ que “sequestra”²⁰² a realidade. Estabelecer que a liberdade de expressão impede, em qualquer caso, que o Estado impeça que algo seja dito ou publicado não é condizente com qualquer explicação de princípios supra. Já se demonstrou o absurdo interpretativo de dizer que não se pode impedir a publicação da senha do Banco de um indivíduo.

Não se pode promover “conceitualizações” que sequestram “o mundo prático instituidor do princípio. E, assim, tudo volta à origem, com o sacrifício do caso concreto, ou seja, daquilo que caracteriza o direito como saber

199 STRECK, Lenio Luiz. *O Princípio da Proibição de Proteção Deficiente (untermassverbot) e o Cabimento de Mandado de Segurança em Matéria Criminal: Superando o ideário liberal-individualista-clássico*. Extraído do site http://www.prr5.mpf.gov.br/nucrim/boletim/2007_05/doutrina/doutrina_boletim_5_2007_proporcionalidade.pdf em 18.11.2012.

200 STRECK, Lenio Luiz. *O Princípio da Proibição de Proteção Deficiente (untermassverbot) e o Cabimento de Mandado de Segurança em Matéria Criminal: Superando o ideário liberal-individualista-clássico*. Extraído do site http://www.prr5.mpf.gov.br/nucrim/boletim/2007_05/doutrina/doutrina_boletim_5_2007_proporcionalidade.pdf em 18.11.2012.

201 A esse respeito vide ADPF 130/2009. STF. Pleno. Reclamação 9428/DF. Relator Ministro Cezar Peluzo. Julgamento 10.12.2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJe 116. Divulgação 24.06.2010. Publicação: Ement; Vol 02407-01; pp 00175. Extraído do site www.stf.jus.br em 21.11.2010.

202 Expressão utilizada por Lenio Streck em STRECK, Lenio Luiz. *A Crise Paradigmática no Contexto da Resistência Positivista ao (Neo)Constitucionalismo*. . in *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Coordenadores NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel e BINENBOJM, Gustavo. Rio de Janeiro: Editora Luminem Juris, 2009. PP. 203-228 .

prático é obnubilado pelo modelo conceitualista que domina a operacionalidade do direito.”²⁰³

Ressalte-se que a impossibilidade de enquadrar como censura qualquer restrição do Estado é compatível tanto com a teoria da argumentação, para a qual o âmbito de abrangência de um princípio se dá no caso concreto, como para a teoria hermenêutica.

Virgílio Afonso da Silva dá exemplos em que o Supremo Tribunal Federal deixou assentado que o direito à liberdade de expressão não é absoluto, como no caso *Ellwanger*²⁰⁴ em que o Ministro Maurício Correa deixa claro que “tais garantias (liberdade de expressão e pensamento) como de resto as demais, não são incondicionadas, razão pela qual devem ser exercidas de maneira harmônica, *observados os limites traçados pela própria Constituição Federal*”. O Autor também explicita a posição de Ilmar Galvão na ADI 869 em que diz que restrições à liberdade de manifestação do pensamento “devem estar explícita ou implicitamente previstas na Constituição Federal”.²⁰⁵

O autor, partidário da teoria da argumentação, usa esses exemplos para explicar que há “limites imanentes” aos direitos fundamentais, decorrentes dos próprios direitos fundamentais e dos decorrentes da chamada “ponderação”²⁰⁶.

Mesmo que os exemplos dados por Virgílio Afonso da Silva sejam referentes à restrição posterior à publicação e não prévia (que é a

203 STRECK, Lenio Luiz. *A Crise Paradigmática no Contexto da Resistência Positivista ao (Neo)Constitucionalismo*. . in *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Coordenadores NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel e BINENBOJM, Gustavo. Rio de Janeiro: Editora Luminem Juris, 2009. PP. 203-228 .

204 Famoso caso de uma obra de um escritor gaúcho com teoria revisionista sobre a segunda guerra mundial que teria conteúdo discriminatório contra judeus julgado pelo Supremo Tribunal Federal. STF. Habeas Corpus nº 82424 / RS - RIO GRANDE DO SUL Relator(a): Min. MOREIRA ALVES. Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA. Julgamento: 17/09/2003 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Extraído do site <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Ellwanger%29&base=baseAcordaos> em 21.11.2012.

205 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. P. 131.

206 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. P. 132-133.

restrição objeto da preocupação do Ministro Ayres de Britto²⁰⁷), e mesmo diante das já expostas críticas à teoria da argumentação, o importante é salientar que tanto na teoria da argumentação, como na hermenêutica não se pode classificar como censura qualquer tipo de restrição à expressão, sem levar em conta casos concretos.

No entanto, essas considerações foram feitas com base na competência ampla do judiciário para rever qualquer ato judiciário, nos termos do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, que estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Como veremos no capítulo 3, item 3.1 abaixo, o Conselho de Comunicação Social é um órgão atrelado ao poder legislativo, não tendo competências, por exemplo, de julgar no caso concreto.

Todavia, as considerações aqui valem para o Conselho se sua participação contribuir, por exemplo, para a aprovação de lei ou ato executivo que restrinja alguma forma de expressão. Não há como se falar em inconstitucionalidade sem a análise do caso concreto, pois o princípio da liberdade de expressão não existe em si como “um conceito sem coisa”²⁰⁸, mas na realidade.

Já o artigo 220 da Constituição dispõe que a “manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

Em seu § 1º referido artigo 220 ainda é mais enfático ao acentuar que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social”.

207 STF - Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 9428/DF. Tribunal Pleno. Relator Ministro Cezar Peluzo. Julgamento 10.12.2009. Publicação Dje-116, divulgação 24.06.2010, data da publicação 25.06.2010, ementário col-02407-01, pp 00175. Extraído do site www.stf.jus.br em 30.07.2012, trecho já citado supra.

208 Expressão usada por Lenio Streck.

De acordo com o texto do artigo 220, § 2º veda-se “toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”. O Estado não pode ser, portanto, na expressão de John Milton, “crítico”²⁰⁹. É essa censura, esse direcionamento do Estado, estético, ideológico, político que é ilegal, proibida ao Estado.

Como já se viu, isso não significa que o judiciário esteja impedido de proibir, episodicamente, alguma publicação. Um exemplo claro é de divulgação de informações em processo judicial abrangido por segredo de justiça. A Constituição Federal veda, em princípio, a censura, como qualquer forma de classificação ou cerceamento estatal da expressão em sentido lato.

O que não se admite, de modo geral, é que o Estado diga, o que é bom ou ruim para o público, proibindo a publicação impressa ou a transmissão de programa de rádio ou televisão por razões ideológicas, partidárias ou por “moralismos” de grupos.

Somente nesse sentido é que se pode concordar com o voto do Ministro Carlos Ayres de Brito, na ADPF 130²¹⁰, em que reafirma que a imprensa deve se manter como uma alternativa à versão oficial dos fatos, garantindo-se à imprensa o “espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência”.

Mais adiante, o Ministro Ayres externa sua posição de maneira mais contundente em defesa da liberdade de expressão que não pode ser tolhida pelo Estado, por qualquer forma de censura prévia, em cumprimento aos artigos Constitucionais supra citados (especialmente ao artigo 220 da Constituição Federal):

209 FRIAS FILHO, Otávio. *Contra a Censura Prévia*. Folha de São Paulo de 13.06.1999. Caderno *Mais!* P. 5-11.

210 STF. Pleno. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130/DF. Relator Ministro Carlos Ayres de Brito. Julgamento 30/04/2009. Publicação: DJe-208. divulgação 05.11.2009; publicação 06.11.2009. ementário vol 02381-01; pp 00001. Extraído do site www.stf.jus.br em 17.06.2012.

“Preceito constitucional que chega a interditar a própria opção estatal por dispositivo de lei que venha a “constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social. Logo, a uma atividade que já era ‘livre’ foi acrescentado o qualificativo de ‘plena’. Liberdade plena, entenda-se, no que diz respeito à essência mesma do jornalismo. Ao seu ‘núcleo duro’, que são as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento e da criação *lato sensu*, quando veiculada por órgão da comunicação social. É que o que se pode chamar de matéria centralmente de imprensa, ontológica ou axialmente de imprensa, devido a que temas periféricos, estes sim, a constituição coloca ao dispor daquele poder estatal de legislar. (...)

(...) há uma linha direta entre imprensa e sociedade civil (...) vigora em nosso ordenamento constitucional uma forma de interação imprensa/sociedade civil que não passa, não pode passar pela mediação do Estado. Interação que pré-exclui, portanto, a figura do *Estado-ponte* em matéria nuclear ou axialmente de imprensa. Tudo sob a idéia-força de que à imprensa incumbe controlar o Estado e não o contrário (...)²¹¹

Ressalva-se, conforme já exposto, que não se ratifica a ideia do Ministro Ayres de que a imprensa não admite qualquer restrição.

Assim, nas restrições à livre expressão, especialmente à livre expressão jornalística, o Estado deve ter em mente que não pode se sobrepor à sociedade e inculcar sua ideologia oficial. Deve permitir que as ideias surjam legitimamente na esfera pública. Como já se viu isso não torna absoluto o direito à liberdade de expressão, que tem que conviver com demais princípios e regras da Constituição Federal.

211 STF. Pleno. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130/DF. Relator Ministro Carlos Ayres de Britto. Julgamento 30/04/2009. Publicação: DJe-208. divulgação 05.11.2009; publicação 06.11.2009. ementário vol 02381-01; pp 00001. Extraído do site www.stf.jus.br em 17.06.2012.

A preocupação constitucional com a censura prévia veda a existência de um órgão oficial com vistas a controlar previamente o conteúdo do que é impresso em jornais, dos programas de TV, de rádio e de internet. Lembra-se que já tivemos o DIP - Departamento de Imprensa e Propaganda - órgão vinculado ao poder executivo criado em 1939²¹² no Estado Novo de Getúlio Vargas. Isso sim está vedado, não a proibição de publicações, que pode ser realizada até mesmo previamente pelo judiciário (em antecipação de tutela, por exemplo), desde que configurados os requisitos legais para tanto.

As restrições que existem nesse campo são para impedir que determinado grupo se apodere da comunicação aniquilando outros atores da Comunicação Social.

Há, ainda, como forma de reparação à ofensa já perpetuada nos meios de comunicação, o direito de resposta, garantido no artigo 5º, V da Constituição Federal da seguinte forma: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.²¹³ Esse é um exemplo de restrição diretamente constitucional na classificação de Edilson Farias.

Ressalva-se que com o julgamento da já referida ADPF 130 a regulação infraconstitucional da Lei de Imprensa não mais subsiste, eis que não recepcionada pela Constituição Federal.

Com isso a regulamentação infraconstitucional ficou a cargo do artigo 14 do Pacto de São José da Costa Rica, publicado por meio do Decreto nº 678/92:

212 A esse respeito vide BARBOSA, Marialva Carlos. *A Imprensa e o Poder no Brasil Pós 1930*. extraído do site <http://www.seer.ufrgs.br/index.php/EmQuestao/article/viewFile/23/8> em 19/06/2012.

213 O Direito de resposta era regulado pelos artigos 29 a 36 da Lei de Imprensa – Lei 5.250/1969. Com a ADPF 130/2009 em que o Supremo declarou não recepcionada a Lei de Imprensa. O direito de resposta é regulamentado atualmente pelo artigo 5º, V da Constituição Federal e artigo 14 do Pacto de São José da Costa Rica. A resposta consiste em publicação de direito de defesa em espaço proporcional ao da ofensa, seja na imprensa escrita, no rádio ou na televisão. Exemplo clássico é o do direito de resposta concedido a Leonel Brizola no Jornal Nacional em 15/03/1994 em resposta ao mesmo telejornal que o chamara de senil.

“Artigo 14 - Direito de retificação ou resposta

1. Toda pessoa, atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral, tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei.
2. Em nenhum caso a retificação ou a resposta eximirão das outras responsabilidades legais em que se houver incorrido.
3. Para a efetiva proteção da honra e da reputação, toda publicação ou empresa jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão deve ter uma pessoa responsável, que não seja protegida por imunidades, nem goze de foro especial.”

Apesar de subvalorizado, o direito de resposta é um importante meio de inserir no ambiente comunicativo, as vozes dos ofendidos e coibir os abusos.

Lembra-se que há obrigatoriedade de inserção da resposta, que não pode ser abusiva em padrões semelhantes (horário, se em TV ou rádio, tamanho do texto e página, se periódico).

Sem a lei de imprensa o procedimento do direito de resposta extrajudicial ficou sem regulamentação, quanto aos prazos e procedimentos, o Conselho de Comunicação Social poderá ser útil nesse direito extrajudicial de resposta como se verá no capítulo 3.

Sem prejuízo, as próprias empresas de Comunicação Social poderão regulamentar esses prazos e procedimentos, respeitando-se os parâmetros constitucionais e legais.

Quanto ao direito de resposta judicial não há qualquer restrição, pois, o juiz pode determinar o prazo e julgar a adequação da resposta do ofendido, de acordo com o prazo concreto.

Célia Rosenthal Zisman identifica, ainda, a vigência do Estado de Sítio, como uma das formas de restrição da Liberdade de Expressão.²¹⁴

Já no estado de defesa, há mais restrições cabíveis à liberdade de expressão.

Nos termos do artigo 136 da Constituição Federal, o Presidente da República poderá estabelecer o estado de defesa, por decreto, após ouvir o Conselho da República e o Conselho de Defesa Constitucional, com a finalidade de “preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza”.

O decreto instituidor deverá determinar o tempo de duração (que não pode ser superior a trinta dias), além das áreas a serem abrangidas. Entretanto, deverá ser promulgada Lei estabelecendo as restrições a certos direitos fundamentais.

Ou seja, nem mesmo no estado de defesa o poder executivo deverá estabelecer, de moto próprio, as limitações a direitos fundamentais.

Por isso, o Conselho de Comunicação Social é um órgão vinculado ao legislativo e não ao executivo, como se vê no item 3.1 abaixo.

Os direitos que podem sofrer restrições extraordinárias no estado de defesa são, somente, os seguintes: de reunião, de sigilo de correspondência, sigilo de comunicação telegráfica e telefônica, certa restrição à liberdade de locomoção (por dez dias sem ordem judicial). Não há qualquer

214 ZISMAN, Célia Rosenthal. *A Liberdade de Expressão na Constituição Federal e suas Limitações – Os Limites dos Limites*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

restrição à liberdade de comunicação social (imprensa escrita, rádio, televisão, cinema, shows, teatro, música) no caso do estado de defesa, somente restrições quanto ao sigilo da comunicação intersubjetiva.

Contudo, como já apontado por Célia Rosenthal Zisman²¹⁵, serão possíveis restrições “à prestação de informações e à Liberdade de Imprensa” no Estado de Sítio.

No caso do Estado de Sítio, nos termos do artigo 137 da Constituição, é preciso que o Presidente, após ouvir o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, obtenha autorização do Congresso Nacional, antes de instituir o decreto. Em casos de “comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa”, o estado de defesa deve durar no máximo de 30 (trinta) dias; já nos casos de “declaração de estado de guerra ou resposta à agressão armada estrangeira” enquanto durar a guerra ou agressão.

O decreto do Estado de Sítio deve definir qual seu prazo de duração, as normas necessárias à sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas, sendo que restringíveis os seguintes direitos, nos termos do artigo 139 da Constituição Federal:

“Art. 139. (...)

- I - obrigação de permanência em localidade determinada;
- II - detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns;
- III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei;
- IV - suspensão da liberdade de reunião;
- V - busca e apreensão em domicílio;

215 ZISMAN, Célia Rosenthal. *A Liberdade de Expressão na Constituição Federal e suas Limitações – Os Limites dos Limites*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

- VI - intervenção nas empresas de serviços públicos;
- VII - requisição de bens.”²¹⁶

Ou seja, no caso de Estado de Sítio poder-se-á restringir a liberdade de comunicação social, mas, ainda assim, tal restrição há de ser feita, somente, mediante lei e nos termos da prescrição legal. Dessarte, o executivo não está autorizado a estabelecer, em caráter primário, a restrição à Liberdade de Expressão dos meios de comunicação de massa, nem mesmo nos analisados estados de exceção.

Tal preocupação constitucional – que retira do Executivo o poder de limitar a Liberdade de Expressão e fornece parâmetros rigorosos para a delimitação realizada pelo Poder Executivo - decorre do princípio do Estado de Direito que veda ingerências sobre os cidadãos sem delimitação do conteúdo, objetivo, fim e medida do ato, que deve ser razoável e proporcional²¹⁷, já que o poder sem controle tende ao abuso.²¹⁸

Nesse sentido, as principais funções normativas do âmbito da liberdade de expressão foram atribuídas ao legislativo e nesse órgão é que foi inserido o Conselho de Comunicação Social, nos termos do artigo 224 da Constituição Federal.

No âmbito das restrições admissíveis à liberdade de expressão, o Conselho de Comunicação Social deve se conter nos limites de sua função como órgão do poder legislativo, cabendo-lhe integrar as decisões desse poder.

A atuação do Conselho de Comunicação Social pode, sim, resultar em uma lei que restrinja de algum modo a liberdade de expressão.

216 Ressaltamos, que, de acordo com o parágrafo único do artigo 139 da Constituição Federal não se pode restringir, nem mesmo no estado de sítio, os pronunciamentos parlamentares liberados pelas respectivas mesas das casas legislativas.

217 ZISMAN, Célia Rosenthal. *A Liberdade de Expressão na Constituição Federal e suas Limitações – Os Limites dos Limites*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003. p. 105.

218 ZISMAN, Célia Rosenthal. *A Liberdade de Expressão na Constituição Federal e suas Limitações – Os Limites dos Limites*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003. p. 105.

Como se vê no capítulo 3 do presente trabalho, poderá, ainda, gerar alguma medida restritiva no âmbito do poder executivo.

Mas a função do Conselho de Comunicação Social não é órgão de restrição à liberdade de expressão. Ademais, como se vê no capítulo 3 o Conselho não traz qualquer nova função ao Estado, só insere a participação da sociedade civil em funções e órgãos que já existem.

Por fim, como também será tratado no capítulo 3, o Conselho de Comunicação Social participa de um sistema complexo de decisão em que a última palavra é, principalmente, do Congresso Nacional.

Assim, não há nenhuma relação direta da existência e atuação efetiva do Conselho de Comunicação Social e o aumento das restrições à liberdade de expressão. Tampouco tem o Conselho qualquer característica de órgão censor. Pelo contrário, a existência do Conselho de Comunicação Social, pela ampliação da participação de mais grupos na Comunicação Social deve levar a um sistema de concessão de rádio e TV mais diversificado. Um sistema que leve em conta a pluralidade social, inserindo mais rádios e televisões comunitárias, regionais e equilibrando a comunicação pelo combate a monopólios e oligopólios comunicativos.

2.1 O papel prospectivo do Estado com relação ao Direito à Comunicação - Direito a Ser Informado e Direito à Diversidade de Fontes na Comunicação Social (direito de acesso à informação) e a um Ambiente Comunicativo Plural

A Liberdade de Expressão não diz respeito somente ao direito do emissor de manifestar-se. Integra o direito do receptor de ser informado dos fatos relevantes para sua vida e o direito da sociedade a um ambiente comunicativo plural.

O direito de acesso à informação é previsto no artigo 5º, XIV da Constituição Federal que tem o seguinte teor:

“Art. 5º

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;”

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) em seu artigo 13, item 1, dispõe que o direito de liberdade de expressão e pensamento inclui “a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha”²¹⁹.

O item 3 do mesmo artigo dispõe que o direito de expressão não pode ser restrito por “por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de

²¹⁹ Manteve-se a grafia original.

informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.”

Já o artigo XIX da Declaração Universal dos Direitos Humanos tem o seguinte texto: “todo homem tem direito à liberdade de opinião e expressão: este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”.

O chamado “direito à comunicação” para Manuel Gonçalves Ferreira Filho é uma “evolução da liberdade de expressão do pensamento, da qual já se separa a liberdade de imprensa, e que agora apresenta outra face: a do direito à informação”²²⁰

Segundo Edilson Farias²²¹, o direito de acesso à informação é decorrente da cidadania e inclui o acesso a informações relativas às atividades do poder público, ensejando o assédio²²² participativo dos cidadãos na coisa pública.

Ainda segundo Farias²²³, a liberdade de expressão, no que diz respeito à informação²²⁴, em sentido lato se desdobra em direitos como o direito de ser informado, direito de informar e direito de ter acesso à informação.

220 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 61.

221 FARIAS, Edilson. *Liberdade de Expressão e Comunicação – Teoria e Proteção Constitucional*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004. p. 165.

222 No sentido dado por Habermas. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

223 FARIAS, Edilson. *Liberdade de Expressão e Comunicação – Teoria e Proteção Constitucional*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004. Pp. 87-89.

224 Edilson Farias deixa claro que há diferença quanto à liberdade de expressão, que abrange fatos e opiniões e a liberdade de comunicação que abrange somente fatos, notícias. Nesse sentido: “A ‘liberdade de expressão’ tem como objeto a manifestação de pensamentos, idéias, opiniões, crenças e juízos de valor. A ‘liberdade de comunicação’ tem como objeto a difusão de fatos ou notícias. Tal divisão corresponde ao que comumente é designado por liberdade de opinar e liberdade de informar.” FARIAS, Edilson. *Liberdade de Expressão e Comunicação – Teoria e Proteção Constitucional*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004. P. 55. Acrescenta-se que há outras modalidades possíveis e juridicamente relevantes de expressão como a expressão artística, expressão científica. A Liberdade Artística, por exemplo, geralmente é mais ampla que a liberdade de opinião. Isso porque a opinião é explícita e aberta, enquanto a arte é sutil e tem como objetivo evocar senso estético e crítico que transcendem o cotidiano. Dessa forma, se num artigo opinativo o autor expõe ao ridículo uma figura pública, ressaltando suas características físicas peculiares, comete um evidente abuso. Por outro lado, não se

O direito de informar assegura a prerrogativa de divulgar fatos ou notícias. Esse direito exige, predominantemente, uma abstenção estatal e de terceiros, que não podem impedir o livre fluxo da informação.

Já o direito de ser informado está na prerrogativa do indivíduo receber informações sobre os fatos relevantes para sua vida e para sua participação política.

Com relação às informações pessoais para o acesso, conhecimento e retificação de bancos de dados há o remédio constitucional do "habeas data", previsto no artigo 5º LXXII da Constituição.

Esse direito encontra-se, igualmente, na faculdade de receber informações dos órgãos públicos constante no artigo 5º XXXIII da Constituição Federal, ou direito de certidão nos termos do artigo 5º XXXIV, b da Constituição Federal.

O Direito à informação se integra com o dever do Estado de ativamente fornecer informações diretamente aos cidadãos requisitantes, como disposto na recente Lei de Acesso à Informação, Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.

O Direito à informação não é oponível somente ao Estado. Integra-se, por exemplo, com direito do consumidor, quando se trata do direito à correta informação sobre a mercadoria, o direito à correta, relevante e verdadeira informação jornalística, no âmbito da comunicação de massa.

De acordo, ainda com Edilsom Farias²²⁵, o direito a ser informado não se encontra somente na faculdade jurídica de receber notícias,

poderia cogitar uma charge que não ressaltasse esses mesmos traços de um político, por exemplo.

225 FARIAS, Edilsom. *Liberdade de Expressão e Comunicação – Teoria e Proteção Constitucional*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004. p. 170.

mas no direito de não sofrer turbação do Estado ou de terceiros no ato de obtê-las.

Esse direito subjetivo, portanto, é oponível ao Estado, aos meios de comunicação de massa²²⁶ e aos fornecedores de produtos e serviços.

Edilson Farias identifica, ainda, o Direito de acesso à informação.²²⁷ Esse direito implica em acesso a todas as formas de informação possíveis e está relacionado a impossibilidade de existência de monopólios e oligopólios comunicativos e com a impossibilidade de manipulação do processo comunicativo pelo Estado para incutir sua doutrina oficial na população.

Sob o aspecto do “direito a ser informado” e do direito de “acesso à informação” o papel do Estado não pode ser somente o de abstenção.

A liberdade de expressão, para Daniel Sarmiento, exige do Estado um papel além da mera abstenção, mas “também reclama ações positivas do Estado, visando a assegurar a todos a possibilidade real do seu exercício e o enriquecimento do debate público”.²²⁸

Sarmiento não nega que há riscos na intervenção estatal na comunicação social. Essa intervenção pode levar não à pluralização do debate público, mas ao favorecimento do ponto de vista dos governantes.²²⁹

Entretanto, o Autor diz que tais riscos de abusos, que existem sempre que o poder público estiver envolvido, não justificam o total

226 Que têm função política, cultural e de utilidade pública, ou, nos termos do artigo 221, I da Constituição Federal, “finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas”.

227 FARIAS, Edilson. *Liberdade de Expressão e Comunicação – Teoria e Proteção Constitucional*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004. Pp. 87-89.

228 SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, Pluralismo e o Papel Promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, nº.16, maio-junho-julho-agosto, 2007. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/LIBERDADE_DE_EXPRESSO_PLURALISMO_E_O_PAPEL_PROMOCIONAL_DO_ESTADO.pdf em 11.11.2012.

229 SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, Pluralismo e o Papel Promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, nº.16, maio-junho-julho-agosto, 2007. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/LIBERDADE_DE_EXPRESSO_PLURALISMO_E_O_PAPEL_PROMOCIONAL_DO_ESTADO.pdf em 11.11.2012.

“absenteísmo estatal” e não autorizam que sejam descartadas “quaisquer iniciativas voltadas à efetiva democratização do espaço comunicativo”.²³⁰

Sarmiento ressalta que os meios de comunicação de massa no Brasil permanecem oligopolizados, “o que gera evidentes distorções no funcionamento da nossa democracia”.²³¹ Lembra-se que há vedação constitucional expressa aos monopólios e oligopólios comunicativos, como se vê no artigo 220, § 5º da Constituição Federal.

Advertência semelhante é feita por Soraia Rosa Mendes, que sustenta, em referência a Habermas, que observa que no “espaço público, os agentes da ação racional que se multiplicam e profissionalizam cada vez mais” “as influências fáticas e legítimas não são coincidentes”²³².

Na Constituição Federal há vedação expressa aos monopólios e oligopólios comunicativos, nos termos do seu artigo 220, § 5º.

Como se verá no item 2.2 abaixo a situação dos oligopólios comunicativos no Brasil e da apropriação política dos meios de comunicação, ainda é preocupante e carece de aplicação efetiva da legislação existente, o que demanda uma atuação positiva do Estado.

A liberdade de expressão liberdade de expressão é a faculdade individual ou coletiva de exprimir e divulgar e receber (direito de ser informado) por todos os meios possíveis (fala, escrita, radiodifusão, internet)

230 SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, Pluralismo e o Papel Promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, nº.16, maio-junho-julho-agosto, 2007. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/LIBERDADE_DE_EXPRESSO_O_PLURALISMO_E_O_PAPEL_PROMOCIONAL_DO_ESTADO.pdf em 11.11.2012.

231 SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, Pluralismo e o Papel Promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, nº.16, maio-junho-julho-agosto, 2007. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/LIBERDADE_DE_EXPRESSO_O_PLURALISMO_E_O_PAPEL_PROMOCIONAL_DO_ESTADO.pdf em 11.11.2012.

232 MENDES, Soraia da Rosa. *A Esfera Pública e o Direito Fundamental à Liberdade de Comunicação: um Estudo a partir da Radiodifusão Comunitária*. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33557-43476-1-PB.pdf> em 21.11.2012.

qualquer tipo de comunicação, sejam opiniões²³³, ideologias, crenças, narrativas de fatos, imagens, arte, emoções, gestos ou sons²³⁴.

Assim, a liberdade de expressão pode ser vista como o direito de primeira dimensão se observarmos como o direito de informar dos meios de comunicação, ou o direito do cidadão de se expressar sem ser impedido.

No entanto, com relação ao direito de ser informado, ou o direito a uma comunicação plural exigem uma dimensão prospectiva do Estado.

De acordo com Celso Lafer, a classificação das Dimensões dos Direitos²³⁵ não pode ser entendida como “cisão taxativa” segundo a qual uma classe excluiria a outra²³⁶.

Ressalta-se que não se está aqui a reproduzir ou convalidar a classificação em dimensões de direitos fundamentais. Apenas se utiliza pontualmente de alguns conceitos dessa classificação para explicar que o papel do Estado na garantia dos direitos relacionados à Liberdade de Expressão, entendida em sentido lato (incluindo o direito a ser informado e a o direito a uma comunicação plural), exige a atuação positiva do Estado.

Assim a Liberdade de Expressão alcança tanto a liberdade de expressão como a liberdade dos emissores da comunicação, quanto à

²³³ É corrente na doutrina constitucional o comentário de que a Liberdade de Expressão implica na obrigação de todos de respeitar a opinião alheia (a esse respeito vide BASTOS, Celso Ribeiro. *Op. Cit.*. Capítulo 4 - “Liberdade de Pensamento”).

²³⁴ Conceito que se aproxima do enunciado por Edilson Farias ao definir “Liberdade de Comunicação e Expressão” termo que considera mais correto para o assunto do qual tratamos: “faculdade de manifestar os próprios pensamentos, idéias, opiniões, crenças, juízos de valor, por meio da palavra oral e escrita, da imagem ou de qualquer outro meio de difusão (liberdade de expressão), bem como na faculdade de comunicar ou receber informações verdadeiras, sem impedimentos e discriminações”.

²³⁵ Optou-se pelo termo “dimensões” tendo em vista que o termo “gerações” dá a ideia de que os direitos seriam sequenciais e que superada uma fase passa-se a outra. Isso não é verdadeiro, as dimensões históricas têm como base a realidade europeia e podem não ser cronologicamente idênticas em outras partes do mundo. Ademais as três dimensões convivem. A busca pela efetivação dos direitos de primeira dimensão permanece e pode ser simultânea às dos de terceira, por exemplo.

²³⁶ LAFER, Celso. *A reconstrução histórica dos Direitos Humanos - um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. P. 125.

liberdade de comunicação, entendida como o direito subjetivo a receber informação e a um ambiente comunicativo plural.

Ainda de acordo com Lafer²³⁷, a classificação em dimensões de direitos fundamentais procura diferenciações numa realidade complexa e em constante mutação.

A divisão dos Direitos Fundamentais em dimensões nos interessa para saber o papel do Estado na efetivação de cada um deles. Nesse papel a utilidade da divisão se aproxima dos “status” de Jellinek²³⁸ que a partir do modelo de Estado procura a forma de cumprimento dos Direitos Fundamentais.

Para o escopo do presente trabalho é útil tal classificação para demonstrar que o papel do Estado não deve ficar limitado a não interferência, pois isso seria uma abertura ao monopólio da informação por grandes grupos de informação.

Insiste-se que a visão das dimensões dos direitos fundamentais nos serve apenas para demonstrar o papel do Estado, perante a liberdade de expressão, não se quer com isso criticar, apoiar essa classificação, tampouco requalificar a liberdade de expressão em qualquer de suas categorias.

Como já visto, o Estado também não pode impor sua voz como a única, moldando uma verdade oficial opressiva.

Deve-se ter em vista que o ambiente comunicativo plural exige a participação da mais ampla gama possível de atores, essa é a

237 LAFER, Celso. *A reconstrução histórica dos Direitos Humanos - um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. P. 125.

238 JELLINEK, George. *System der Subjektiven Öffentlichen Rechte*. 2ª ed. Tübingen: Mohr, 1905. citado por ALEXY, Robert (trad. SILVA, Virgílio Afonso da.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 258. Por mais críticas que se possa fazer ao modelo dos “status de Jellinek”, essa classificação nos é útil para ilustrar o modelo de cidadania liberal.

preocupação que se tem com a atuação do Estado, daí a utilidade da classificação das dimensões do Direito.

A Liberdade de Expressão é a faculdade de todo indivíduo de emitir opiniões ou narrar fatos por qualquer meio possível. Tal definição, à primeira vista, dá a ideia de que a Liberdade de Expressão é um direito meramente subjetivo, de ordem privada e que estabelece limites à atuação do Estado, bem como de qualquer pessoa, exigindo, simplesmente, a abstenção de cerceamento da manifestação alheia.

Entretanto, também é garantia individual a prerrogativa de não ser impedido de ouvir diversos tipos de opinião e fatos, como garantia individual de liberdade de formar a própria convicção.

Voltando-se à posição de Edilsom Farias²³⁹ a autonomia e a autoexpressão expressam *liberdade de expressão e comunicação*. Por autonomia entende-se autodeterminação individual da pessoa para pensar por si, sem qualquer “dominação intelectual” ou “psicológica”. Já a autoexpressão significa liberdade de comunicação e expressão.

Ainda segundo Farias²⁴⁰ como a linguagem e pensamento estão ligados “não se pode pensar livremente sem a possibilidade de expressão” e “sem a possibilidade de ouvir outros”.

Nesse sentido individualista, da prerrogativa de se expressar o Direito da Liberdade de Expressão tem a configuração de um direito fundamental de primeira dimensão²⁴¹, característicos do surgimento dos Estados de feição liberal.

239 FARIAS, Edilsom in Liberdade de Expressão e Comunicação – Teoria e Proteção Constitucional. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004 pp. 66-67.

240 FARIAS, Edilsom in Liberdade de Expressão e Comunicação – Teoria e Proteção Constitucional. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004 pp. 66-67.

241 Adota-se aqui a proposta terminológica sugerida por Paulo Bonavides, que propugna pela substituição do termo “geração” que pode dar uma ideia apenas cronológica de evolução de direitos, pelo termo dimensão. Nas palavras do autor: “Força é dirimir, a essa altura, um eventual equívoco de linguagem: o vocábulo ‘dimensão’ substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo ‘geração’, caso este último venha a induzir apenas a sucessão cronológica e, portanto,

Na concepção de Carl Schmitt, em explicação de Paulo Bonavides, tais direitos poderiam ser definidos como os “direitos do homem livre e isolado” face ao Estado, como “direitos da liberdade, da pessoa particular”. Uma limitação do Estado Burguês na esfera particular, “um poder Estatal mensurável controlável”.²⁴²

Tais direitos liberais típicos como as liberdades, os direitos de propriedade e de comércio podem ser vistos também por meio da teoria do Status de Jellinek.

“Status” é uma relação entre cidadão e Estado²⁴³. No primeiro dos “status” o chamado passivo, o cidadão está sujeito ao Estado às proibições e às obrigações estabelecidas, ou de acordo com Robert Alexy o cidadão se encontra no estado passivo quando “se encontrar em uma determinada posição que possa ser descrita com o auxílio das modalidades de dever proibição e competência”²⁴⁴.

O indivíduo sempre está sujeito ao Estado diante de seu poder normativo coercitivo e soberano. No entanto, pode-se dizer que no Estado Absolutista essa é praticamente a única relação do sujeito Estado com o indivíduo, que em sua grande maioria não podem ser chamados cidadãos, nem mesmo no sentido liberal, por não estarem incluídos nas decisões políticas.

suposta de caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade. Ao contrário, os direitos de primeira geração, direitos individuais, os direitos da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio-ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, aos infraestruturais formam a pirâmide cujo ápice é a democracia (...)”

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004. 15. ed. pp. 571-572. Ressalta-se que, apesar do exposto, o autor se utiliza da terminologia “geração”.

242 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004. 15. ed. p. 561. em referência a SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. Berlim: Neukoeln, 1954. Reimpressão. pp. 163-173.

243 ALEXY, Robert (trad. SILVA, Virgílio Afonso da.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 255.

244 ALEXY, Robert (trad. SILVA, Virgílio Afonso da.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 257.

Essa é a antiga noção de cidadania de Jean Bodin, que se baseia somente na relação entre soberano e súdito.²⁴⁵

O segundo “status” de Jellinek é o chamado “status negativo” associados aos direitos de defesa em face do Estado, pelo qual “ao membro do Estado é concedido um status, no âmbito do qual ele é o senhor, uma esfera livre do Estado”. Ou seja, a negativa do poder do Estado na esfera individual da liberdade em que se realizam os fins estritamente individuais. Eis o chamado *status libertatis* de Jellinek.²⁴⁶

Se for considerada apenas nessa concepção subjetiva, a Liberdade de Expressão estaria inserida nesse conceito de direito de primeira dimensão.

Assim seria um direito meramente individual, uma liberdade que implicaria simplesmente em uma abstenção do Estado e demais indivíduos. Tal direito enquadrar-se-ia, pois, na categoria do *status negativo* proposta por Jellinek para caracterizar os direitos fundamentais de primeira dimensão.²⁴⁷

Não se ignora que quando se trata de liberdade de expressão em sentido estrito, como a prerrogativa do particular se expressar, é desse aspecto que se trata. No entanto, quando se fala de liberdade de comunicação há outros aspectos que devem ser levados em consideração.

245 SMANIO, Gianpaolo. Dimensões da cidadania. In: Novos Direitos e Proteção da Cidadania – Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público. Ano 2 – janeiro/junho 2009. p. 14.

246 JELLINEK, George. *System der Subjektiven Öffentlichen Reichte*. 2ª ed. Tübingen: Mohr, 1905. citado por ALEXY, Robert (trad. SILVA, Virgílio Afonso da.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 258. Por mais críticas que se possa fazer ao modelo dos “status de Jellinek, essa classificação nos é útil para ilustrar o modelo de cidadania liberal.

247 Nas palavras de Paulo Bonavides: “Os direitos de primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”.

“Entram na categoria do *status negativo* da classificação de Jellinek e fazem também ressaltar na ordem dos valores políticos a nítida separação entre a Sociedade e o Estado.” BONAVIDES, Paulo. *Op.cit.* pp. 563-564

Nesse sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho trata do “direito à comunicação”, cujo conceito já foi transcrito no início do presente capítulo, inserido nos “novos direitos fundamentais de solidariedade”²⁴⁸. Para o Autor, esses direitos são “chamados, na falta de melhor expressão, de *direitos de solidariedade, ou fraternidade.*”

Essa nomenclatura se refere ao lema da revolução francesa e de sua relação com os direitos fundamentais e suas gerações ou “dimensões”²⁴⁹.

Ainda segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a “primeira geração seria a dos direitos de *liberdade*, a segunda, dos direitos de *igualdade*, a terceira, assim completaria o lema da Revolução Francesa: *liberdade, igualdade, fraternidade.*”

Ao elencar os direitos de solidariedade Manoel Gonçalves Ferreira Filho sustenta que:

“Quatro são os principais desses direitos: *direito à paz, o direito ao desenvolvimento, o direito ao meio ambiente e o direito ao patrimônio comum da humanidade.* A eles alguns acrescentam o *direito dos povos a dispor deles próprios (direito à autodeterminação dos povos)* e o *direito à comunicação.*”²⁵⁰

Ou seja, o chamado “direito à comunicação” poderia até mesmo ser visto como de “terceira dimensão”. No entanto, como já se ressaltou, a proposta aqui não é classificatória. O que se pretende apenas é demonstrar o

248 “Os Novos Direitos Fundamentais de Solidariedade” é o título do capítulo 7 do livro: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 57.

249 Manoel Gonçalves prefere o termo “gerações”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

250 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 58.

papel “promocional”²⁵¹ do Estado em relação aos direitos que envolvem a liberdade de expressão em sentido amplo.

A Liberdade de Expressão tem uma acepção que visa garantir a efetividade do sistema democrático. Para que exista o governo da soberania popular, é necessário que a população esteja ciente dos acontecimentos e opiniões relativas aos assuntos públicos.

Ademais, as opiniões da população devem ser expressas como crítica ao governo vigente e como forma de instrumentalizar o debate democrático, em que a opinião pública é formada pelas mais diversas correntes de pensamento.²⁵²

Nessa linha, José Afonso da Silva, ao tratar especificamente da *Liberdade de Informação Jornalística*, esclarece que a liberdade de informação jornalística não é a do dono do jornal. Como instrumento da formação da chamada “opinião pública”, a liberdade de informação adquire uma função social. Essa função consiste em “expressar às autoridades constituídas o pensamento e a vontade popular”, além de constituir “defesa contra todo o excesso de poder” político.²⁵³

251 Expressão de Daniel Sarmiento em SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, Pluralismo e o Papel Promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, nº.16, maio-junho-julho-agosto, 2007. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/LIBERDADE_DE_EXPRESSO_PLURALISMO_E_O_PAPEL_PROMOCIONAL_DO_ESTADO.pdf em 11.11.2012.

252 Após referir-se ao espírito democrático que inspirou a primeira emenda da Constituição dos Estados Unidos, Edilson Farias tece os seguintes comentários: “todavia, o mais conhecido defensor da concepção objetiva da liberdade de expressão e comunicação, e considerado um dos mais importantes filósofos da liberdade de expressão e comunicação, talvez seja Alexander Meiklejohn. Segundo este autor, a liberdade de expressão cumpre duas funções na democracia; (i) uma função informativa pela qual o livre fluxo das informações possibilita o melhor conhecimento e a melhor avaliação dos assuntos de relevância pública. Desta forma, estarão os cidadãos mais preparados para levarem a cabo decisões inteligentes, uma vez que compete à soberania popular efetivar as decisões no regime democrático; (ii) uma função crítica pela qual a liberdade de expressão e comunicação assegura aos cidadãos a faculdade de criticar o poder político, as instituições estabelecidas e os agentes públicos, o que pode resultar na mudança dos governantes”. FARIAS, Edilson in *Liberdade de Expressão e Comunicação – Teoria e Proteção Constitucional*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004. pp. 69-70.

253 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 250.

Daniel Sarmiento sustenta que o regime do *laissez-faire* é insuficiente, tendo em vista a necessidade de franquear a todos “a efetiva fruição desta tão importante liberdade”. Acrescenta, ainda, que a ausência total do Estado no âmbito da Comunicação Social “produz como consequências práticas o reforço do poder dos ricos na esfera comunicativa, o empobrecimento dos debates públicos e a manutenção de uma estrutura social desigualitária e opressiva”.²⁵⁴

É por essas razões que a expressão, especialmente na forma atual da comunicação de massa, deve dar voz às diversas opiniões presentes na sociedade, além de informar corretamente a população dos temas de interesse público, garantindo o controle democrático das instituições. Nesse sentido, a Constituição Federal propugna pelo caráter educativo e cultural que deve existir na Comunicação Social, como se constata da análise do artigo 221 da Constituição Federal.

Ressaltando essa importância pública da comunicação social, Luís Brito Correia aduz o seguinte:

“A comunicação social tornou-se no ‘quarto poder do estado’, ao lado do legislativo, do executivo e do judicial. É reconhecida como condição e garantia do sistema político democrático e da promoção dos direitos da pessoa humana. Utilizada (bem ou mal) quer como instrumento do poder político quer como contrapoder, contribui, muitas vezes decisivamente para fazer e desfazer carreiras políticas – e nem sempre com razão.

254 SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, Pluralismo e o Papel Promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, nº.16, maio-junho-julho-agosto, 2007. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/LIBERDADE_DE_EXPRESSO_PLURALISMO_E_O_PAPEL_PROMOCIONAL_DO_ESTADO.pdf em 18.07.2012.

Simultaneamente, tem um papel educativo (ou deseducativo), de movimentação de solidariedades, de difusão da arte ou da cultura e de entretenimento.²⁵⁵

Portanto, dada a importância democrática, educacional e cultural das diversas formas de expressão impõe-se que o Estado tome medidas efetivas, tanto para garantir que as diversas opiniões²⁵⁶, mesmo e principalmente quando conflitantes com a doutrina estatal, tenham divulgação, quanto para assegurar a propagação da cultura e educação pelos diversos meios de comunicação.

Assim, da forma como é tratada atualmente, a Liberdade de Expressão, que inclui o direito de ser informado e o direito de acesso à informação na posição de Edilsom Farias²⁵⁷, não pode ser efetivada apenas com a abstenção estatal, mas é uma garantia institucional²⁵⁸ que visa garantir a efetividade do regime democrático, além de instrumento da divulgação de cultura, educação, informação e entretenimento.

255 CORREIA, Luís Brito. *Direito da Comunicação Social*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.p. 20.

256 Nesse sentido cita-se Manoel Gonçalves Ferreira Filho que, ao explicar a evolução dos direitos de primeira aos de segunda dimensão, dispõe: “Essa evolução se inicia com a crítica logo feita pelos socializantes ou socialistas ao caráter ‘formal’ das liberdades consagradas nos documentos individualistas. Essas liberdades seriam iguais para todos, é certo; para a maioria, porém, seriam sem sentido porque a elas faltariam os meios de exercê-las. De que adianta a liberdade de imprensa para todos aqueles que não têm os meios para fundar, imprimir e distribuir um jornal? – perguntavam esses críticos.”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990. 18. ed. p. 249.

257 FARIAS, Edilsom in *Liberdade de Expressão e Comunicação – Teoria e Proteção Constitucional*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004 pp. 87-89.

258 A questão das garantias institucionais foi exposta por Paulo Bonavides da seguinte maneira: “O polêmico constitucionalista de Weimar colocou nos seguintes termos o seu conceito de garantias institucionais: primeiro, que haja uma garantia e que esta, de ordinário, seja de natureza constitucional; a seguir que a garantia tenha um objeto específico, a saber uma ‘instituição’, visto que do contrário não se poderia falar de ‘garantia institucional’, e, finalmente, que se refira a algo atual, presente e existente, dotado de forma e organização, a que já se prende também uma situação jurídica constatável; a garantia institucional contém, sempre, segundo a lição daquele publicista, elementos de garantia de um *status quo*. BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.* p. 566. em referência à SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. Berlim: Neukoeln, 1954. Reimpressão. P. 170.

Célia Zisman diz que o Estado deve garantir o acesso da população a esses conteúdos construindo bibliotecas públicas²⁵⁹. Entretanto, o que se quer com a regulamentação da comunicação social é algo mais amplo, como a construção de um sistema comunicativo *plural e educativo*.

Com base em Peter E. Quint²⁶⁰, Daniel Sarmento, avaliando doutrinas do direito alemão, sustenta que, naquele país, a liberdade de expressão desempenha um duplo papel, sendo tanto um direito individual quanto instrumento para a livre formação da opinião pública e para o intercâmbio de ideias entre os cidadãos. Exposta nesses termos, essa posição é aplicável ao nosso sistema constitucional, que também exige prestação positiva do Estado na Comunicação Social.

Essa opinião pública livre está mais próxima da atividade do Estado ao regular e fomentar a economia ou cuidar do meio ambiente saudável do que das atividades de prover saúde ou previdência, por exemplo. Aqui não basta que o Estado forneça educação e informações essenciais, tem de assegurar que o ambiente comunicativo permaneça plural, crítico, ativo. Para isso o papel dos agentes privados é fundamental.

Essa livre formação da opinião pública não mais se resume ao direito de ser informado pelo Estado, mas exige um terceiro papel, como regulador e fomentador da atividade de comunicação social.

É nesse terceiro papel do Estado que se insere, por exemplo, o sistema de concessão de rádio e televisão e o combate aos monopólios e oligopólios comunicativos.

259 Exemplo dado por ZISMAN, Célia Rosenthal. *A liberdade de Expressão na Constituição Federal e suas Limitações - Os Limites dos Limites*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003. p. 101.

260 Peter E. Quint. *Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory*. In: *Maryland Law Review*, n.º 48, 1989, p. 251. Citado por SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, Pluralismo e o Papel Promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n.º.16, maio-junho-julho-agosto, 2007. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/LIBERDADE_DE_EXPRESSO_PLURALISMO_E_O_PAPEL_PROMOCIONAL_DO_ESTADO.pdf em 18.07.2012.

Nesse ponto, ressalta-se o papel de fomento do Estado, como no incentivo à programação regional, em rádio e televisão, nos termos do artigo 22, II da Constituição Federal, ou mesmo o incentivo à rádio e televisão comunitárias nos termos da Lei 9.612 de 1998. Esse papel é fundamental para que os grupos com menos poder tenham acesso a todas as formas de Comunicação Social, enquanto ainda houver restrições nos sistemas de concessão de rádio e televisão.²⁶¹

O papel de fomentador do Estado é ressaltado por Daniel Sarmiento que sustenta que se o Estado não agir, deixará a liberdade de expressão limitada aos donos de jornais e emissoras de rádio e televisão “ela deve valer para todos” e “sem a intervenção do Estado, ela nunca valerá para todos”.²⁶²

Assim, o Estado, além do papel de abstenção quanto à prática de censura à liberdade de expressão, deve fornecer ativamente informações necessárias aos indivíduos, bem como agir como um regulador da atividade de comunicação social para assegurar a maior pluralidade possível do ambiente comunicativo.

261 Como se verá em item específico, as restrições que justificam o sistema de concessões atuais partem da premissa de que são limitadas as possibilidades de inclusão de novos atores comunicativos no sistema de rádio e televisão. Essa limitação é tecnológica (escopos limitados de ondas hertzianas) e tende a ser superada.

262 SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, Pluralismo e o Papel Promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, nº.16, maio-junho-julho-agosto, 2007. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/LIBERDADE_DE_EXPRESSO_PLURALISMO_E_O_PAPEL_PROMOCIONAL_DO_ESTADO.pdf em 18.07.2012. p. 28.

2.2 Restrições das Empresas de Radiodifusão quanto à forma do Sistema Concessão, Autorização ou Permissão

A radiodifusão nos termos do artigo 21, XII da Constituição Federal é uma atividade atribuída à União Federal, que “pode exercê-la diretamente ou delegá-la particulares (mediante concessões, permissões ou autorizações)”²⁶³. Essas formas de delegação também podem ser a outras entidades de direito público. Para Alexandre Faraco, isso não implica que o sistema deva ser controlado somente pelo poder público, diante da previsão constitucional do artigo 223 de que haja complementaridade entre os sistemas públicos privados e estatais.²⁶⁴

A competência para outorgar e renovar permissão ou autorização de serviços de rádio e televisão é, em princípio, do Poder Executivo, nos termos do artigo 223, *caput* da Constituição Federal.

Como observa Alexandre Faraco, “a radiodifusão é o único serviço de telecomunicações cuja regulação e outorga de concessões, permissões ou autorizações, permissões ou autorização não cabe à Anatel.”²⁶⁵ Faraco observa que as competências no Executivo são afetas ao Ministério da Comunicação, cujo ministro é de livre escolha do Presidente da República, destituível a qualquer tempo. Já a Anatel tem um órgão colegiado de membros indicados pelo Presidente e aprovados pelo Senado Federal, sendo que esses conselheiros têm mandato fixo e não podem ser destituídos.²⁶⁶

Entretanto, mesmo que o processo se inicie no executivo e seja por esse fiscalizado primordialmente, o sistema conta com relevante

²⁶³ FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e Regulação das Redes Eletrônicas de Comunicação: Rádio, Televisão e Internet*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. P. 86.

²⁶⁴ FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e Regulação das Redes Eletrônicas de Comunicação: Rádio, Televisão e Internet*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. P. 86.

²⁶⁵ FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e Regulação das Redes Eletrônicas de Comunicação: Rádio, Televisão e Internet*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. P. 87.

²⁶⁶ FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e Regulação das Redes Eletrônicas de Comunicação: Rádio, Televisão e Internet*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. P. 87.

complexidade e com o envolvimento de todos os Poderes e da sociedade nos processos de outorga, renovação de permissão ou autorização.

As palavras concessão e permissão no sistema de rádio e TV não têm o mesmo significado das expressões do artigo 175 da Constituição Federal ou da Lei 8.987/95. Trata-se de um sistema de concessões e permissões com características próprias, estabelecidas no artigo 223 da Constituição Federal que tem um caráter político e não é só técnico, mas político.

Luís Brito Correia²⁶⁷ sustenta que como o ambiente aéreo, onde se transmitem as ondas do rádio e televisão, é público; os empresários só poderão se valer desse espaço por graça estatal.

No entanto, a nosso ver esse não é o fundamento que culmina na exigência de seletividade dos atores do sistema de radiodifusão, mas a limitação das ondas hertzianas. Outros meios, como os jornais impressos, por exemplo, não se sujeitam ao sistema de concessão, porque não existe tal limitação para a impressão de papel.

Os serviços de rádio e televisão, diferentemente da imprensa escrita, são serviços públicos, justamente porque essas manifestações não são infinitas, já que as ondas hertzianas são limitadas²⁶⁸ e podem interferir umas com as outras, prejudicando, até mesmo, o controle de voo aéreo²⁶⁹. Essa falta de opção gera, necessariamente, uma seletividade das emissoras.

Eis a justificativa tradicional, técnica, que tende a cair por terra com novas tecnologias, como a TV digital e a universalização de serviços como TV a cabo, que ampliam o número de canais possíveis.

267 CORREIA, Luís Brito. *Direito da Comunicação Social*. Coimbra: Almeidina, 2000. vol.1.

268 FARIAS, Edilson in *Liberdade de Expressão e Comunicação – Teoria e Proteção Constitucional*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004. p. 217.

269 PAGNAN, Rogério. *Rádio pirata provoca apagão de 6 minutos no tráfego aéreo de SP*. Folha de São Paulo de 30.05.07. *Caderno Cotidiano*.

A tendência do Sistema é que a forma política de concessão com autorização do Congresso seja superada, pois o pressuposto de limitação das ondas hertzianas tende a ser superado pela tecnologia. Assim, sendo infinitas as possíveis redes de televisão, por exemplo, não haveria mais necessidade de concessão.

Aplica-se a regra geral do artigo 5º, IX da Constituição Federal que dispõe que a liberdade de expressão independe de “censura ou licença” a todas as formas de expressão que não tenham a referida restrição tecnológica.

Não obstante, os novos meios de transmissão como o satélite, o cabo e a fibra óptica²⁷⁰ também devem ser submetidos aos processos de autorização ou concessão, não pela utilização de espaço aéreo, mas pela suposta “invasão” de som e imagem nos lares.

A justificativa seria a de que o acesso a tais meios de comunicação, muitas vezes, se dá sem que o telespectador ou ouvinte tenha tempo de selecionar a informação. Devido à rapidez de transmissão, a “invasão” subjetiva é, portanto, maior que a de meios impressos que exigem a escolha e atenção do leitor.

Essa premissa de que por invadir o sistema careceria de uma concessão política não se sustenta, pois a internet não sofre esse tipo de restrição, justamente por ser virtualmente infinita a possibilidade de emissores no processo comunicativo da rede.

Ademais, por mais invasivo que seja o sistema de rádio e televisão, o telespectador ou o ouvinte pode facilmente se defender desses

270 Ressaltamos que a nova portaria 264/07 do Ministério da Justiça inclui a classificação de programas de televisão por cabo e por satélite.

meios mudando a estação ou desligando o aparelho. Não se trata da “teletela” do livro 1984 de George Orwell, que não podia ser desligada.²⁷¹

Mas, enfim, para a regulamentação há que se ter em vista o equilíbrio entre liberdade, democracia, soberania popular, pluralismo político, intimidade, vida privada, honra, proteção à criança e adolescente, saúde pública, meio ambiente, direito à educação e segurança pública.

De acordo com Edilson Farias²⁷², a justificativa para que os serviços de radiodifusão sejam concessões públicas é de duas ordens: a subjetiva, calcada no desenvolvimento da personalidade, e objetiva, que se fundamenta na formação de uma opinião pública independente e plural.

O desenvolvimento da personalidade pode justificar a concessão de métodos para que a família controle a programação, como controla a internet, mas não a concessão.

Não obstante, como já afirmado, o único fundamento que justifica um sistema de concessões político, em que se pode negar a outorga por decisão política (não técnica, não jurídica) é a limitação tecnológica, que não permite infinitas bandas de transmissão hertziana. Superado esse pressuposto não há razão para a concessão política.

Nesse caso a regulamentação limitar-se-ia a uma aprovação técnica, desde que os critérios predeterminados fossem atendidos.

Mesmo enquanto vigente o sistema de concessões, ainda útil para rádios e televisões com transmissão tradicional por ondas, o Poder Executivo, que é parcela do Poder Estatal, não está autorizado a fazer o controle

²⁷¹ “The instrument (the telescreen, it was called) could be dimmed, but there was no way of shutting it off completely.”. ORWEL, George. 1984. Disponível em:

<<http://www.planetebook.com/ebooks/1984.pdf>>. Acesso em: 03.04.2013. P. 04.

²⁷² FARIAS, Edilson in Liberdade de Expressão e Comunicação – Teoria e Proteção Constitucional. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, p. 218.

das autorizações, concessões e permissões²⁷³ sem o auxílio do Legislativo, do Judiciário e da sociedade²⁷⁴. Isso porque esse não é um assunto controlado por uma ideologia de governo, mas por uma função Democrática do Estado e da Sociedade, traçada pela Constituição Federal²⁷⁵.

É por isso que, nos termos do artigo 223, § 1º da Constituição Federal, o ato que conceder ou renovar autorização, permissão ou concessão deverá ser apreciado pelo Congresso Nacional. No caso de não permissão ou não renovação pelo Poder Executivo, o ato deverá ser ratificado por, no mínimo, dois quintos do Congresso em votação nominal.

Caso haja necessidade de cancelamento da concessão ou permissão, antes do término do prazo, faz-se necessária decisão judicial.

De acordo com João Bosco Araujo Fontes Junior há “reserva absoluta de jurisdição para o cancelamento da concessão e permissão antes de vencido o prazo”²⁷⁶

Dessa forma, os três Poderes estão integrados no sistema de concessões, permissões ou autorizações de rádio e televisão.

273 De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, pela concessão de serviço público é que o concessionário aceita a prestar o serviço por conta e risco próprios nas condições fixadas pelo Poder Público, mas sob garantia contratual do equilíbrio econômico-financeiro. A concessão, por sua vez, é ato unilateral e precário pelo qual o Poder Público transfere a alguém o desempenho de um serviço de sua alçada, sem que haja necessidade de contrato prolongado. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. pp. 631-632, 680-681. De acordo com o Decreto 52.795, artigo 5º, II concessão “é a autorização outorgada pelo poder competente a entidades executoras do serviço de radiodifusão sonora de caráter nacional ou regional e de televisão” e permissão é a “autorização outorgada pelo poder competente a entidade para a execução de serviço de radiodifusão em caráter local”. A diferença entre os dois âmbitos, portanto é, também, geográfica.

274 No último caso reside a importância do Conselho de Comunicação Social.

275 De acordo com Célia Rosenthal Zisman “O Estado de Direito pressupõe a existência de uma Constituição que sirva de ordem jurídico-normativa fundamental e vinculativa de todos os poderes públicos (...)”. *op. cit.* p. 114.

276 JUNIOR, João Bosco Araujo Fontes. *Liberdade e Limites na Atividade de Rádio e Televisão: Teoria Geral da Comunicação Social na Ordem Jurídica Brasileira e no Direito Comparado*. Belo Horizonte, Del Rey, 2001. p. 99.

A sociedade deve participar do controle desses órgãos, sendo o Conselho de Comunicação Social, previsto no artigo 224 da Constituição Federal, importante forma de participação.

Portanto, o meio primordial de controle das emissoras de rádio e televisão (processos de concessão, permissão e autorização) está disponível ao Poder Executivo, para que garanta o atendimento das finalidades previstas no artigo 221 da Constituição Federal, favorecendo a transmissão de programas educativos, que divulguem a cultura regional, com finalidades artísticas e independentes.

Esse sistema deveria servir, também, para que o Estado estimulasse a democratização comunicativa, com maior espaço para as TVs livres e comunitárias, combatesse o oligopólio comunicativo e o “coronelismo eletrônico” explicado no item 2.3 abaixo, prática que consiste na obtenção de poder político pela concessão e utilização política regional de emissoras de rádio e televisão.^{277 278}

A participação efetiva de grupos da sociedade civil no sistema de concessão de rádio e TV é o caminho que se identifica para combater a apropriação da comunicação de massa por grupos políticos e econômicos como se verá no item 2.3 abaixo.

277 FARIAS, Edilsom in Liberdade de Expressão e Comunicação – Teoria e Proteção Constitucional. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004. pp. 220-222.

278 Somente para exemplificar a conhecida promiscuidade entre o sistema político e o sistema de concessões “*Nos três primeiros anos do governo Sarney, o Ministério das Comunicações distribuiu 524 concessões, sendo 83 emissoras de rádio e seis de televisão para a Bahia, terra natal do ministro Antônio Carlos Magalhães. A manutenção do tráfico de influências no governo da Nova República é explícita. Em 1988, o Ministro das Comunicações havia concedido para seu Estado seis emissoras de televisão, “todas elas para políticos ou empresários com quem mantém estreitos laços políticos, familiares ou de amizade.* CALDAS, Graça. O latifúndio do ar: mídia e poder na Nova República. Tese (Doutorado em 11 Comunicação) ECA/USP, São Paulo, 1995. P. 27. Citado por ROLDÃO Carlos Gilberto. *Conselho de Comunicação Social - um Instrumento para a democratização da Comunicação.* Disponível em <http://galaxy.intercom.org.br:8180/dspace/bitstream/1904/17920/1/R1033-1.pdf> em 17.06.2012.

2.3. Restrições quanto à Propriedade e Controle dos Meios de Comunicação Social

Nos termos do artigo 220, § 5º da Constituição Federal, nenhum meio de comunicação social pode ser objeto de monopólio ou oligopólio. Isso, porque, como já ressaltado, o regime democrático exige pluralidade de opiniões e manifestações artísticas e culturais, que não podem ser tolhidas pela força monopolista dos interesses de poucos emissores. Isso indica a necessidade de intervenção do Estado para assegurar a diversidade das empresas de comunicação social.²⁷⁹

A pluralidade de atores da comunicação social é pré-requisito democrático, como já demonstrado. Ressalta-se a dificuldade que novos grupos têm no acesso à Comunicação Social. De acordo com Roberto Bigliuzzi, a cidade de São Paulo não possuía nenhuma rádio comunitária legalizada em 2007 (ano em que Bigliuzzi escreveu o trabalho).²⁸⁰

Há, ainda, restrição quanto à nacionalidade dos proprietários das empresas jornalísticas e de radiodifusão. No texto original da Constituição, em seu artigo 222, havia proibição de que indivíduos não brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, fossem proprietários de empresas jornalísticas e de radiodifusão, além da vedação a pessoas jurídicas estrangeiras (salvo partido político e de sociedades cujo capital pertença exclusiva e nominalmente a brasileiros).

A emenda nº 36/2002 alterou o artigo 222 da Constituição Federal, autorizando a inclusão de pessoas jurídicas com acionistas estrangeiros no quadro societário das empresas de radiodifusão e jornalísticas. Entretanto, de acordo com a ressalva do § 1º do artigo 222 da Constituição Federal, com redação dada pela citada emenda 36, pelo menos 70% (setenta por cento) do

279 A esse respeito vide FARIAS, Edilson in *Liberdade de Expressão e Comunicação – Teoria e Proteção Constitucional*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004. pp. 256-257.

280 BIGLIAZZI, Roberto. *Constituição Domada: Democracia e o Conselho da Comunicação Social*. 2007. 86 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília. Brasília. 2007. p. 50.

capital votante, direta ou indiretamente, deve pertencer a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos.

De acordo, ainda, com o artigo 222, § 3º da Constituição deve-se dar prioridade, nos termos da lei, aos brasileiros na execução das produções nacionais. O artigo 222, § 4º diz que a Lei regulamentará o capital estrangeiro nas empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens. Esse dispositivo Constitucional foi regulamentado pela Lei 10.610/2002.

De acordo com a referida lei, a participação dos estrangeiros no capital votante não poderá exceder a 30% (trinta por cento), o que é compatível com a Constituição Federal. A vedação afeta também empresas indiretamente controladas por capital estrangeiro.

Como é compatível com o Sistema de Regulamentação da Comunicação Social, o controle é misto feito pelo poder Executivo e Legislativo. O Poder Executivo poderá requisitar informações a respeito do cumprimento da exigência do limite de capital estrangeiro. Qualquer alteração no capital social das empresas referidas deverá ser comunicada ao Congresso Nacional.

A preocupação de que o controle acionário seja de brasileiros, bem como a “reserva de mercado” aos profissionais nacionais, tem por finalidade evitar a propagação de interesses estrangeiros, notadamente das corporações transnacionais na mídia pátria.

As peculiaridades do nosso país fazem com que seja relevante a preocupação com a apropriação política dos meios de comunicação social.

O artigo 54 da Constituição Federal, as seguintes vedações a parlamentares:

“Art. 54. Os Deputados e Senadores não poderão:

I - desde a expedição do diploma:

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

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

II - desde a posse:

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

b) ocupar cargo ou função de que sejam demissíveis "ad nutum", nas entidades referidas no inciso I, "a";

(...)"

A Lei 4.117/62 em seu artigo 38, parágrafo único (redação dada pela Lei 10.610/2002) impede que pessoas no “gozo de imunidade parlamentar ou foro especial” exerçam “função de diretor ou gerente de concessionária, permissionária ou autorizada de serviço de radiodifusão”, visando evitar esse tipo de apropriação política do sistema de radiodifusão.

No entanto, para a Secretaria de Serviços de Comunicação Eletrônica (SSCE) do Ministério da Comunicação “A Constituição não veda a propriedade. O parlamentar só não pode ser gerente ou diretor de meio de comunicação neste caso como em outros casos, a família não está impedida.

Não há previsão legal para esse impedimento”²⁸¹. Em estudo da ANCINE sobre a televisão aberta, após ratificar a posição supra sobre a propriedade do parlamentar de meio de comunicação, a ANCINE conclui:

“Soma-se isso a interpretação do artigo 54 da Constituição Federal que ao proibir deputados e senadores de exercerem cargo, função, emprego remunerado ou contrato com permissionários de concessão pública diz que os mesmos estão ressaltados dessa limitação “quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes”. Assim, tanto as limitações impostas pelo Decreto-Lei nº 236/67 quanto os princípios constitucionais à concentração na radiodifusão se tornaram historicamente inócuas.”²⁸²

Não fica clara a posição da ANCINE a respeito. Se os dispositivos se tornaram inócuos como visto na transcrição acima, a interpretação permanece correta? É possível interpretar a Lei de acordo com os princípios Constitucionais e entender que suas disposições são inócuas? Reconhece-se que a Lei obriga a tal conduta e depois se diz que não obriga, ou que a obrigação é inócua?

Nos termos do artigo 54, II, “a” da Constituição Federal, parlamentares “não poderão ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público”. O Contrato de concessão firmado entre a União (pessoa jurídica de direito público) e a empresa concessionária dos serviços de rádio ou TV visa garantir o cumprimento das finalidades do artigo 221 da Constituição Federal²⁸³

281 Resposta da Secretaria ao Congresso em Foco, trecho disponibilizado em documento da Ancine em http://www.ancine.gov.br/media/SAM/Estudos/Mapeamento_TVAberta_Publicacao.pdf em 12.11.2012.

282 Estudo da Ancine sobre TV Aberta disponível em http://www.ancine.gov.br/media/SAM/Estudos/Mapeamento_TVAberta_Publicacao.pdf em 12.11.2012.

283 Mesmo que não haja vinculação estrita de conteúdo.

e que o conteúdo será produzido por aquela empresa, bem como a continuidade dos serviços.

Assim, no sistema de concessão de rádio e TV é ainda mais necessário impedir o controle de políticos, pois além da outorga estatal, há perigos de influência danosa na comunicação social, influência desigual nas eleições, promoção pessoal do político, aniquilação da oposição e redução da alternância no poder.

Nesse sentido, Graça Caldas exemplifica o sistema de troca de favores que enseja a concessão política do sistema de rádio e TV, sem a participação e fiscalização efetiva da sociedade civil:

“Nos três primeiros anos do governo Sarney, o Ministério das Comunicações distribuiu 524 concessões, sendo 83 emissoras de rádio e seis de televisão para a Bahia, terra natal do ministro Antônio Carlos Magalhães.”²⁸⁴

No Brasil, a influência dos políticos tradicionais nos meios de comunicação locais é ainda preocupante, fenômeno chamado de “coronelismo eletrônico”²⁸⁵, em que as emissoras locais dos meios de comunicação de massa, passíveis de concessões como rádio e TV são apropriados por oligarquias políticas locais, muitas vezes com apoio dos órgãos responsáveis pelas concessões e são utilizados para perpetuar tais grupos no poder²⁸⁶.

284 CALDAS, Graça. O latifúndio do ar: mídia e poder na Nova República. Tese (Doutorado em Comunicação) ECA/USP, São Paulo, 1995. Citado por ROLDÃO, Carlos Gilberto. *Conselho de Comunicação Social: Um instrumento para a democratização da comunicação?* Extraído de <http://galaxy.intercom.org.br:8180/dspace/bitstream/1904/17920/1/R1033-1.pdf> em 26.06.2012.

285 De acordo com Suzy dos Santos, o termo surgiu em 1980. Nos primeiros passos de abertura do Regime Político, os partidos MDB e Arena se reorganizaram. Os afiliados do PDS, partido que sucedeu o Arena ficaram com 81,73% das estações de rádio e televisão. Desde que o Jornal do Brasil denunciou o fato, de acordo com Susy dos Santos, a expressão “coronelismo eletrônico” vem sendo usada para referir-se ao “ao singular cenário recente brasileiro no qual deputados e senadores se tornaram proprietários de empresas concessionárias de rádio e televisão e, simultaneamente, participam das comissões legislativas que outorgam os serviços e regulam os meios de comunicação no país”

286 Importante a distinção que Suzy dos Santos faz. Para que se possa falar em “coronelismo eletrônico” não basta que a coincidência entre um radiodifusor e alguém com cargo governamental é necessário que o resultado seja o aproveitamento da concessão para a

Um exemplo do uso político dos meios de comunicação por elites políticas locais foi denunciado pelo jornal “Folha de São Paulo”²⁸⁷ em que noticia a conversa de José Sarney com seu filho Fernando Sarney²⁸⁸ discutindo sobre o uso da Rede da TV Mirante (formada por cinco geradoras de programação local²⁸⁹) e o jornal “O Estado do Maranhão” para veiculação de notícias contra rivais do grupo opositor de Jackson Lago (PDT).

À reportagem da Folha de São Paulo, aliados de José Sarney disseram que “os veículos de comunicação a serviço do governador Jackson Lago, entre os quais o “Jornal Pequeno”, atacam a família Sarney de forma irresponsável, criminosa e sistemática”, mas negaram que a família usasse seus meios de comunicação para revidar. O diretor-geral do “Jornal Pequeno” rebateu as acusações. É evidente que a repercussão entre uma publicação de jornal e uma matéria televisiva, ainda mais no caso em tela, quando se trata da emissora mais vista no país, já que a Rede da TV Mirante é afiliada da Rede Globo.²⁹⁰

obtenção ou manutenção do poder político. Um exemplo que esclarece a questão é o seguinte “Não se pode incluir na mesma categoria figuras como Antonio Carlos Magalhães e Hélio Costa apenas porque ambos são radiodifusores que exercem mandatos eletivos e ocuparam o cargo de Ministro das Comunicações.” (...) “Se os candidatos apoiados por Hélio Costa perdessem as eleições para governador e senador, a manchete do dia seguinte no jornal de Barbacena dificilmente seria “Clima de decepção predomina entre os eleitores” SANTOS, Suzy dos. E-Sucupira: o Coronelismo Eletrônico como herança do Coronelismo nas comunicações brasileiras. In Revista da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação. Dezembro de 2006. Extraído do site http://www.fndc.org.br/arquivos/ecompos07_dezembro2006_suzydossantos.pdf em 03.11.2012.

287 Folha de São Paulo. Caderno “Brasil”. Edição de 09.02.2012. Manchete “Grampo da PF indica que Sarney usou jornal e TV para atacar grupo de Lago”.

288 O grampo foi realizado na operação Boi na Barrica, a mesma que gerou ações de Fernando Sarney contra o Estado de São Paulo que acabou sendo impedido de noticiar sobre a operação, por decisão monocrática em antecipação de tutela recursal, disponibilizado no DJ em 04.08.2009, nos autos do Agravo de Instrumento nº 2009.00.2.010738-6, que tramitou na 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Essa operação era sigilosa, hoje não há mais sentido no sigilo dos dados já trazidos a público pela imprensa, pois a razão do sigilo é o bom andamento das investigações. Não cabe mais falar no sigilo do que é público e notório, já que nesse ponto a operação já foi amplamente revelada.

289 Geradoras podem ter programação própria. Informação disponível em <http://redeglobo.globo.com/ma/tvmirante/noticia/2012/08/rede-mirante-area-de-cobertura.html> em 12.11.2012.

²⁹⁰ O conceito de redes afiliadas é assim explicado por Alexandre Ditzel Faraco. “Há, no topo da hierarquia de uma rede, uma entidade que é responsável pela produção ou aquisição da maior parte da programação que integrará uma grade comum a todas as estações que dela fazem parte. Em regra, essa entidade controlará uma ou algumas das principais estações, mantendo com as demais contratos de ‘afiliação’. As emissoras ‘afiliadas’ a uma rede concordam em transmitir a programação gerada pela ‘cabeça-de-rede’ e permitir a essa algum grau de controle

Importante dizer que nem o coronelismo de Vitor Nunes Leal²⁹¹ nem sua adaptação pelos métodos do chamado “coronelismo eletrônico” representam a força hegemônica ou inconteste desse tipo de poder local e privatista. Representam, sim, uma reação à decadência do poder social e econômico dos coronéis. Para Leal o “coronelismo é, sobretudo um compromisso, uma troca de proveitos entre o poder público, progressivamente fortalecido, e a decadente influência social dos chefes locais”²⁹².

Entre os métodos do coronelismo tradicional se via a fraude às eleições, desorganização dos serviços públicos, mandonismo e filhotismo.²⁹³

Para Suzy dos Santos, assim como o coronelismo é um fenômeno datado, o chamado “coronelismo eletrônico” também o é.²⁹⁴

Para a Autora, o coronelismo perde força com a suspensão das eleições por Getúlio Vargas entre 1937 e 1945, pelo fim do voto como moeda de troca. Outro fator é a urbanização ocorrida desde o fim da Primeira República, segundo Suzy dos Santos “se os coronéis seguiram existindo (...) estiveram em posição subordinada em relação ao poder federal.”²⁹⁵

Já o chamado “coronelismo eletrônico” se insere no contexto da redemocratização a partir de 1980 na redefinição partidária e outorga de concessões de rádio e TV a deputados e senadores do PDS,

sobre a negociação dos espaços publicitários em âmbito nacional. Mantém, por outro lado, a possibilidade (em alguns casos a obrigação) de preencher certos segmentos da grade com programação própria e de negociar espaços publicitários para anúncios locais.” FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e Regulação das Redes Eletrônicas de Comunicação: Rádio, Televisão e Internet*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. P. 85.

291 LEAL, Vitor Nunes. *Coronelismo enxada e voto*. São Paulo: Nova Fronteira, 1997.

292 LEAL, Vitor Nunes. *Coronelismo enxada e voto*. São Paulo: Nova Fronteira, 1997. P. 40.

293 LEAL, Vitor Nunes. *Coronelismo enxada e voto*. São Paulo: Nova Fronteira, 1997. P. 41.

294 SANTOS, Suzy dos. *E- Sucupira: o Coronelismo Eletrônico como herança do Coronelismo nas comunicações brasileiras*. In Revista da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação. Dezembro de 2006. Extraído do site http://www.fndc.org.br/arquivos/ecompos07_dezembro2006_suzydossantos.pdf em 03.11.2012.

295 SANTOS, Suzy dos. *E- Sucupira: o Coronelismo Eletrônico como herança do Coronelismo nas comunicações brasileiras*. In Revista da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação. Dezembro de 2006. Extraído do site http://www.fndc.org.br/arquivos/ecompos07_dezembro2006_suzydossantos.pdf em 03.11.2012.

sucessor do antigo ARENA, “e, simultaneamente” integravam as “comissões legislativas que outorgam os serviços e regulam os meios de comunicação no país”.²⁹⁶

Se o momento histórico é outro, ainda se sente os efeitos desses dois chamados “coronelismos”. O exemplo acima, da utilização política da TV Mirante no Maranhão, denunciado pela Folha de São Paulo, é extremamente recente e pode ser visto com um resquício da organização dos sistemas de rádio e TV na época da redemocratização.

No entanto, o problema da utilização de rádios e TV como barganha política ainda não desapareceu. Há suspeitas de que autorizações para operação de serviços de retransmissão de televisão (RTVs) foram utilizadas como moeda de troca política para a aprovação da emenda de reeleição em benefício de Fernando Henrique Cardoso, como aponta André de Godoy Fernandes. Depois de passar grande parte do ano sem outorga desse tipo de autorização, o então Ministro das Comunicações Sérgio Motta assinou mais de 400 portarias de outorga só em dezembro de 1996, sobretudo para autorizatários controladas por políticos e prefeituras.²⁹⁷ Por isso, há vedações legais e constitucionais para a participação de parlamentares em emissoras de rádio e TV.

Na ADPF 236, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes no Supremo Tribunal Federal o PSOL - Partido Socialismo e Liberdade questiona a constitucionalidade de diversas concessões de rádio e TV, a empresas cujos sócios são políticos.

296 SANTOS, Suzy dos. *E- Sucupira: o Coronelismo Eletrônico como herança do Coronelismo nas comunicações brasileiras*. In Revista da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação. Dezembro de 2006. Extraído do site http://www.fndc.org.br/arquivos/ecompos07_dezembro2006_suzydossantos.pdf em 03.11.2012.

297 FERNANDES, André de Godoy. *Meios de comunicação social no Brasil: promoção do pluralismo, direito concorrencial e regulação*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-02122009-152713/>>. Acesso em: 2012-11-20.p. 79.

Na inicial, argumenta-se a inconstitucionalidade por violação ao princípio da liberdade de expressão, previsto no artigo 5º, inciso IX e artigo 220 da Constituição Federal; direito à informação, artigo 5º inciso IX da Constituição Federal; distinção entre os sistemas estatal, público e privado de radiodifusão, estabelecidos no artigo 223 da Constituição Federal “cujo objetivo é assegurar o direito da sociedade civil e da imprensa de conduzir a atividade de radiodifusão nos sistemas público e privado (...) com autonomia perante o Estado”; direito à realização de eleições livres prevista no artigo 60, § 4º da Constituição Federal; soberania popular prevista no parágrafo único do artigo 1º e artigo 14 da Constituição Federal; pluralismo político, previsto no artigo 1º, inciso V da Constituição Federal; princípio da isonomia, previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, o Direito à cidadania, previsto no artigo 1º, inciso II da Constituição Federal; impedimentos e incompatibilidades inerentes ao exercício do mandato nos termos dos artigos 54, I “a” e 54, II “a” da Constituição Federal, o que afeta a isenção e independência dos membros do poder legislativo; a proibição administrativa; direito de fiscalizar e controlar o poder estatal, inerente à democracia; democracia nos termos do preâmbulo e do artigo 1º da Constituição Federal.²⁹⁸

Como já dito supra, há claro impedimento dos parlamentares serem proprietários de concessões de rádio e TV nos termos do artigo 54, II, “a” da Constituição Federal, que é específico à propriedade de empresa que “goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público”. No entanto, a hipótese não é a do artigo 54, I, “a” que trata de contrato pessoal do parlamentar e não de suas empresas.

A vedação de concessões de rádio e TV a políticos imposta pela Constituição Federal é clara.

298 Inicial disponível no site <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4183656> acesso em 12.11.2012.

Já com relação à concentração da propriedade dos meios de comunicação, os chamados monopólios comunicativos, a situação também é preocupante.

De acordo com Ruth Carolina Rodrigues Sgrignolli “dados recentes do Ministério das Comunicações demonstram (...) que o Brasil conta, atualmente com 272 televisões comerciais geradoras de programação”, ainda segundo Sgrignolli, “desse total 31,66 % pertencem à Rede Globo, 16,18% pertencem ao SBT, 18,38% à Rádio e Televisão Bandeirantes, 8,32% pertencem à Rede Record”.²⁹⁹ Esses dados são do ano de 2010 e referem-se somente à televisão aberta comercial, não incluindo emissoras educativas e comunitárias.

Sgrignolli prossegue dizendo que “apenas a Rede Globo e o SBT estão presentes em todos os 26” Estados e no Distrito Federal. “A Record está em 21, Bandeirantes em 20, TV Cultura em 12 e Rede TV em 12” Estados.³⁰⁰

Essa expansão nacional se dá principalmente por contratos de afiliação em que uma emissora (que pode produzir conteúdo próprio, portanto) local passa a transmitir a programação nacional de uma grande emissora, chamada “cabeça-de-rede”. A emissora local fica proibida de transmitir programação de outra emissora “cabeça-de-rede” podendo eventualmente produzir alguns programas regionais (em horários ajustados). O contrato implica em cessão de horário de publicidade nacional à empresa “cabeça-de-rede”.³⁰¹

299 SGRIGNOLLI, Ruth Carolina Rodrigues. *O Marco Legal da Televisão no Brasil: Como Atender ao Imperativo Constitucional de Liberdade de Expressão, Finalidades Educativas, Artísticas, Culturais e Informativas*. 104 fls. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo. 2012. P. 86.

300 SGRIGNOLLI, Ruth Carolina Rodrigues. *O Marco Legal da Televisão no Brasil: Como Atender ao Imperativo Constitucional de Liberdade de Expressão, Finalidades Educativas, Artísticas, Culturais e Informativas*. 104 fls. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo. 2012. P. 87

301 A esse respeito vide FERNANDES, André de Godoy. *Meios de comunicação social no Brasil: promoção do pluralismo, direito concorrencial e regulação*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-02122009-152713/>>. Acesso em: 2012-11-20.p. 67.

Isso reduz a quantidade de programação local e aumenta o poder dos grupos “cabeça-de-rede”, reduzindo a diversidade da programação.

Ressalte-se que há vedação expressa para tal prática, no artigo 12, § 7º do Decreto-Lei 236/67 que dispõe que as concessionárias ou permissionárias: “não poderão estar subordinada (SIC) a outras entidades que se constituem com a finalidade de estabelecer direção ou orientação única, através de cadeias ou associações de qualquer espécie”.

Para André de Godoy Fernandes essa vedação “permanece sem qualquer eficácia material no sistema jurídico nacional”.³⁰²

No artigo 12 do Decreto-Lei 236/67 ficou estabelecido que “cada entidade só poderá ter permissão ou concessão” (...) se respeitar os seguintes limites: para estações radiodifusoras de som locais até 4 de ondas médias e 6 de frequência modulada; para estações regionais até 3 de ondas médias e 3 de ondas tropicais, sendo que nas regionais o máximo é de 2 por Estado. Para as rádios nacionais só são permitidas até duas de ondas médias e duas de ondas curtas. As estações “radiodifusoras de som e imagem” o máximo é de “10 em todo território nacional, sendo no máximo 5 em VHF e 2 por Estado”.

Entretanto, no § 2º desse artigo 12 do Decreto-Lei 236/67 fica estabelecido que “Não serão computadas para os efeitos do presente artigo, as estações repetidoras e retransmissoras de televisão, pertencentes às estações geradoras”.

O mais importante para a questão da pluralidade de emissores é a quantidade de diversos geradores de programação, eis que as retransmissoras apenas reproduzem o conteúdo já produzido. No entanto, é

302 FERNANDES, André de Godoy. Meios de comunicação social no Brasil: promoção do pluralismo, direito concorrencial e regulação. 2009. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-02122009-152713/>>. Acesso em: 2012-11-20.p. 67.

evidente que a grande quantidade de retransmissores aumenta o poder de uma emissora que passa a ter mais força de comunicação que as demais.

André de Godoy Fernandes aponta outra dificuldade. Como o sistema de concessão está focado na pessoa física do concessionário, o Ministério das Comunicações, órgão fiscalizador, não limita a concessão por meio de outros membros da mesma família, ou mesmo de testas-de-ferro, o que torna o dispositivo do Decreto-Lei letra morta.³⁰³

O Decreto 2.108/1996 em seu artigo 14, § 3º que a “mesma entidade ou as pessoas que integram o seu quadro societário e diretivo não poderão ser contempladas com mais de uma outorga do mesmo tipo de serviço de radiodifusão na mesma localidade”³⁰⁴

Ainda assim, de acordo com André de Godoy Fernandes “as redes de televisão brasileira, contando com o beneplácito do Ministério das Comunicações costumam ignorar esse dispositivo”. O Autor cita o exemplo dois exemplos na cidade de São Paulo, o do Grupo Bandeirantes que tem o Canal Band e Play TV, além da Record que tem a rede Record e transmite a Record News em UHF (canal aberto).³⁰⁵

O Autor alerta, ainda, para a propriedade cruzada dos meios de comunicação, em que o mesmo grupo detém mais de uma empresa do ramo.³⁰⁶ Fernandes cita um estudo realizado por Daniel Hertz em 2002, que

303 FERNANDES, André de Godoy. Meios de comunicação social no Brasil: promoção do pluralismo, direito concorrencial e regulação. 2009. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-02122009-152713/>>. Acesso em: 2012-11-20.p. 65.

304 FERNANDES, André de Godoy. Meios de comunicação social no Brasil: promoção do pluralismo, direito concorrencial e regulação. 2009. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-02122009-152713/>>. Acesso em: 2012-11-20.p. 65.

305 FERNANDES, André de Godoy. Meios de comunicação social no Brasil: promoção do pluralismo, direito concorrencial e regulação. 2009. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-02122009-152713/>>. Acesso em: 2012-11-20.p. 66.

306 FERNANDES, André de Godoy. Meios de comunicação social no Brasil: promoção do pluralismo, direito concorrencial e regulação. 2009. Tese (Doutorado em Direito Comercial) -

mostra que 6 Redes Nacionais, por meio de 138 grupos afiliados, controlam 668 veículos entre rádios, TVs, e jornais.³⁰⁷

Soraia da Rosa Mendes aborda a questão dos oligopólios comunicativos sob uma concepção habermasiana de esfera pública, semelhante à adotada no presente trabalho, definindo-a como “espaço de organização da sociedade civil no qual se encontram todos os níveis da sociedade, onde todas as visões de mundo e todas as interpretações devem adquirir visibilidade e expressão pública”.³⁰⁸

Mendes segue ressaltando a importância da mídia nesse espaço discursivo, ressaltando que nem todos são ouvidos nesse espaço. A Autora vê nas rádios comunitárias importante canal para dar voz aos grupos não ouvidos, vê nessas rádios “espaços comunicativos cujas características de inter-relação com os reclamos da vida social e política representam canais de construção democrática”.³⁰⁹

Para a Autora, as rádios comunitárias podem ser “resposta à privatização do espaço público patrocinada pelo monopólio e oligopólio da propriedade e controle dos meios de comunicação” que segundo Mendes “conspiram contra a democracia ao restringir a pluralidade e a diversidade assecuratórias do pleno exercício da participação política, social, cultural e econômica”. Mendes vê esse espaço como um caminho para que dê voz às “maiorias empobrecidas e silenciadas pelos veículos de comunicação de massa” na luta política.³¹⁰

Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-02122009-152713/>>. Acesso em: 2012-11-20. PP. 69-72.

307 Estudo disponível em <http://www.fndc.org.br/arquivos/donosdamidia.pdf> acesso em 21.11.2012.

308 MENDES, Soraia da Rosa. *A Esfera Pública e o Direito Fundamental à Liberdade de Comunicação: um Estudo a partir da Radiodifusão Comunitária*. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33557-43476-1-PB.pdf> em 21.11.2012.

309 MENDES, Soraia da Rosa. *A Esfera Pública e o Direito Fundamental à Liberdade de Comunicação: um Estudo a partir da Radiodifusão Comunitária*. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33557-43476-1-PB.pdf> em 21.11.2012.

310 MENDES, Soraia da Rosa. *A Esfera Pública e o Direito Fundamental à Liberdade de Comunicação: um Estudo a partir da Radiodifusão Comunitária*. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33557-43476-1-PB.pdf> em 21.11.2012.

Nesse sentido é que se estabelece a distinção, semelhante à que se expôs no item 2.1 supra, entre a liberdade de expressão em sentido estrito, que pode ser entendida como “o direito de difundir, publicamente, por qualquer meio e perante quaisquer pessoas, qualquer conteúdo simbólico”³¹¹. Já a liberdade de comunicação “ultrapassa os limites de intervenção política meramente individual. Ela pressupõe a participação de todo um grupo em um processo de conquista e de manutenção de espaços políticos públicos”³¹².

311 Definição de Soraia da Rosa Mendes comentando o conceito de SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto. *La Libertad de Expresión en el Estado de Derecho. Entre la Utopía y la Realidad*. Barcelona: Ariel, 1987, p. 18 no texto já referido: MENDES, Soraia da Rosa. *A Esfera Pública e o Direito Fundamental à Liberdade de Comunicação: um Estudo a partir da Radiodifusão Comunitária*. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33557-43476-1-PB.pdf> em 21.11.2012

312 MENDES, Soraia da Rosa. *A Esfera Pública e o Direito Fundamental à Liberdade de Comunicação: um Estudo a partir da Radiodifusão Comunitária*. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33557-43476-1-PB.pdf> em 21.11.2012

312 Definição de Soraia da Rosa Mendes comentando o conceito de SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto. *La Libertad de Expresión en el Estado de Derecho. Entre la Utopía y la Realidad*. Barcelona: Ariel, 1987, p. 18 no texto já referido: MENDES, Soraia da Rosa. *A Esfera Pública e o Direito Fundamental à Liberdade de Comunicação: um Estudo a partir da Radiodifusão Comunitária*. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33557-43476-1-PB.pdf> em 21.11.2012

3 - Conselhos de Comunicação Social e seu Papel na Democracia Constitucional

3.1. O Conselho como Órgão do Legislativo - artigo 224 da Constituição Federal

Nos termos do artigo 224 da Constituição Federal o Congresso Nacional deverá instituir, como seu órgão auxiliar, um Conselho de Comunicação Social para as finalidades de todo o capítulo:

“Art. 224. Para os efeitos do disposto neste capítulo, o Congresso Nacional instituirá, como seu órgão auxiliar, o Conselho de Comunicação Social, na forma da lei.”

A atividade do Congresso Nacional delimitada no capítulo da Comunicação Social é a participação na outorga e renovações de concessões ou permissões de rádio e TV, nos termos do artigo 223 da Constituição Federal:

“Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

§ 1º - O Congresso Nacional apreciará o ato no prazo do art. 64, § 2º e § 4º, a contar do recebimento da mensagem.

§ 2º - A não renovação da concessão ou permissão dependerá de aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal.

§ 3º - O ato de outorga ou renovação somente produzirá efeitos legais após deliberação do Congresso Nacional, na forma dos parágrafos anteriores.”

No entanto, ao dispor que o conselho será auxiliar do Congresso para o “disposto neste capítulo” e não no artigo 223, a Constituição dá tanto ao legislativo quanto ao Conselho de Comunicação Social um papel mais amplo, que não se limita às concessão ou permissões de rádio e TV.

O legislativo, por meio do Conselho, terá importante função de capitanear toda a regulamentação em matéria de Comunicação Social. Isso se dá tanto por meio da legislação, quanto pela orientação dos demais poderes em suas respectivas competências.

O legislativo, contando com o Conselho de Comunicação Social como órgão auxiliar, deverá legitimar por meio de estudos técnicos e de sistemas de escuta da sociedade, a atuação do executivo na outorga da concessão e a atuação do judiciário no cancelamento.

Tanto é que no escopo de assuntos sobre os quais trata o Conselho estão presentes todas as questões Constitucionais inerentes à Regulamentação da Comunicação Social. Isso é o que se vê no artigo 2º da Lei 8.389/1991 que instituiu o Conselho:

“Art. 2º O Conselho de Comunicação Social terá como atribuição a realização de estudos, pareceres, recomendações e outras solicitações que lhe forem encaminhadas pelo Congresso Nacional a respeito do Título VIII, Capítulo V, da Constituição Federal, em especial sobre:

- a) liberdade de manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação;
- b) propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias nos meios de comunicação social;
- c) diversões e espetáculos públicos;
- d) produção e programação das emissoras de rádio e televisão;
- e) monopólio ou oligopólio dos meios de comunicação social;

- f) finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas da programação das emissoras de rádio e televisão;
- g) promoção da cultura nacional e regional, e estímulo à produção independente e à regionalização da produção cultural, artística e jornalística;
- h) complementaridade dos sistemas privado, público e estatal de radiodifusão;
- i) defesa da pessoa e da família de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto na Constituição Federal;
- j) propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens;
- l) outorga e renovação de concessão, permissão e autorização de serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens;
- m) legislação complementar quanto aos dispositivos constitucionais que se referem à comunicação social”

Essas matérias são afetas à função estatal como um todo no que concerne à Comunicação Social e não só a função do legislativo.

A importância do legislativo na Comunicação Social se deve ao fato de que é esse o poder do pluralismo, em que integram minorias representativas de diversos setores.

Ademais, no momento da promulgação da Constituinte o legislativo gozava de uma confiança resultante de reinstauração da Democracia. Nesse sentido Roberto Bigliuzzi explica:

“No início da Nova República³¹³ talvez houvesse mais confiança em relação ao Poder Legislativo. O Poder Legislativo apresentava-se como foco na organização dos poderes. Seria a solução para o problema do centralismo usado para retratar o

313 “Nova República” para o Autor é a resultante do processo de redemocratização pós-ditadura militar.

Poder Executivo. Muitos sugeriam inclusive a conversão a um regime parlamentarista. Na Nova República – e não apenas no que se refere ao que seria o futuro capítulo da comunicação social, o Poder Legislativo surgia muitas vezes não como um colaborador, mas como um substituto natural e recomendável à participação organizada da sociedade civil.”³¹⁴

O Poder Executivo é unipessoal. Mesmo que atualmente precise da coalizão com outros partidos³¹⁵ o sentido da Constituição é evitar a tomada de decisões unitárias, de gabinete.

Como se viu no capítulo 2 supra, nem mesmo nos regimes do Estado de Defesa e Estado de Sítio poderá o Executivo dispor, em caráter primário, sobre a Comunicação Social.

Assim, o Conselho de Comunicação Social é atrelado ao Poder Legislativo, dado o caráter plural do Parlamento, menos suscetível à imposição de uma única ideia Estatal, e mais aberto às posições dissonantes e minoritárias.

O pluralismo aqui tem o sinônimo da diversidade de posições, representadas pelo multipartidarismo no âmbito do Congresso Nacional.

314 BIGLIAZZI, Roberto. *Constituição Domada: Democracia e o Conselho da Comunicação Social*. 2007. 86 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília. Brasília. 2007. p. 31.

315 Chamado “presidencialismo de coalizão” em que se combina a proporcionalidade das eleições, o multipartidarismo e o presidencialismo. Para Sérgio Abranches: “O Brasil é o único país que, além de combinar a proporcionalidade, o multipartidarismo e o 'presidencialismo imperial', organiza o Executivo com base em grandes coalizões. A esse traço peculiar da institucionalidade concreta brasileira chamarei, à falta de melhor nome, 'presidencialismo de coalizão’” Sérgio Henrique Abranches. "O presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro". In: *Dados* 31(1), 1988, pp. 5-33. Citado por LIMONGI, Fernando. A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. Novos estud. - CEBRAP, São Paulo, n. 76, Nov. 2006. Disponível no <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002006000300002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 21 Nov. 2012. <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002006000300002>. Esse sistema exige uma lógica de acordos do Executivo com diversos partidos políticos em busca de apoio do Congresso Nacional.

Essa multiplicidade de partidos e posições é coerente com o princípio do pluralismo político previsto no artigo 1º, V da Constituição Federal.

Esse pluralismo de grupos partidários tem maior chances de refletir o necessário pluralismo de “ideias e opiniões” e de “circulação de uma pluralidade de ideias e opiniões sobre assuntos coletivos”³¹⁶ fundamental na tomada democrática de decisões democraticamente.

Paulo Adib Casseb ao tratar do princípio do pluralismo (aplicado à representação proporcional nas comissões legislativas) refere-se à Dircêo Torrecillas Ramos para quem o termo pluralismo “designa a força exercida por várias entidades sociais sobre a formação da vontade política”. Traz, ainda, a posição de Celso Bastos para quem o pluralismo político não significa apenas variedade de partidos, mas “sim multiplicidade de organizações, como, por exemplo, sindicatos, escolas e entidades culturais, permitindo inferir que o pluralismo pressupõe diversidade de visões ideológicas, fisiológicas, religiosas, artísticas entre outras.”³¹⁷

Ou seja, o pluralismo político, abre espaço ao pluralismo social e cultural.³¹⁸

No Legislativo, mais do que no Executivo, se presa pelas minorias, que mesmo vencidas conservam o direito à influência nas decisões políticas.

316 FERNANDES, André de Godoy. Meios de comunicação social no Brasil: promoção do pluralismo, direito concorrencial e regulação. 2009. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-02122009-152713/>>. Acesso em: 2012-11-20 p.p 97- 99.

³¹⁷ CASSEB. Paulo Adib. *Processo Legislativo: Atuação das comissões Permanentes e Temporárias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. P. 246. Casseb faz referências a BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1998. v 1. p 426. e RAMOS, Dircêo Torrecillas *Autoritarismo e Democracias s. e*. São Paulo. WVC, 1998.p. 54-55

³¹⁸ Conceitos discutidos no primeiro capítulo, item 1.1.

O direito das minorias parlamentares fica evidente em casos como, por exemplo, do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Mandado de Segurança nº 26441/DF³¹⁹ de relatoria do Ministro Celso de Melo. Nesse Mandado de Segurança o Supremo entendeu por anular decisão do plenário da Câmara dos Deputados que impedia a criação de uma CPI, apesar de satisfeitas as regras do artigo 58, § 3º³²⁰ da Constituição Federal. Esse artigo assegura à minoria um terço dos membros da respectiva casa legislativa (ou um terço dos membros de ambas as casas se a Comissão for Mista) o Direito de instaurar uma Comissão Parlamentar de Inquérito.

Nesse julgamento, o Supremo decidiu pela instauração da Comissão, mesmo tendo o plenário se manifestado em sentido contrário. Fica clara a defesa do Supremo da democracia como inclusivo também da minoria.

Tais regras de proteção das minorias, próprias ao legislativo, não têm eco no Executivo, que é unipessoal, por mais que tenha de estabelecer coalizões.

Paloma Biglino Campos também explica que o princípio democrático no âmbito do legislativo “assume como otro de sus pilares estructurales el pluralismo político, exige que, aunque deba prevalecer la mayoría, se conciba a la minoría el derecho de participar”. Esse direito de participação, segundo Campos, inclui o direito de “expresar libremente su opinión, para influenciar en La decisión mayoritaria y para poder transformarse en mayoría algún momento”³²¹

319 STF. Mandado de Segurança 26441/DF. Relator Ministro Celso Melo. Julgamento 25/04/2007. Tribunal Pleno. Publicação DJe 237, divulgação 17/12/2007. Publicação 18/12/2007. Ement vol 02387-03 pp 00294.

³²⁰ Texto do referido artigo 58, § 3º da Constituição Federal: § 3º - As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

³²¹ CAMPOS, Paloma Biglino. *Los Vicios En El Procedimiento Legislativo*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. P. 71.

Esse sentido, da busca pelo pluralismo político e de opiniões é que deve ser atribuído à primazia do Congresso nas questões relacionadas à liberdade de expressão, reduzindo-se o poder do Executivo, órgão unipessoal.

Não se ignora o problema de coerência ideológica dos partidos, nem mesmo a tendência de aglutinações de vários partidos dissolvendo-se eventuais ideologias unitárias.

Há ainda problemas da criação exagerada de partidos, que nem sempre conseguem representação, exigindo medidas como cláusulas de barreira³²² que visam evitar o “esfacelamento das posições político ideológicas”.³²³

Esses problemas comprometem o pluralismo no poder legislativo, todavia, não se pode negar que o legislativo é o poder mais suscetível ao pluralismo de opiniões e visões ideológicas, com normas que visam proteger essa pluralidade e a participação de minorias.

Eis a razão da primazia do legislativo nos regramentos atinentes à Comunicação Social. O fato de o Conselho de Comunicação Social estar inserido nesse Poder e não no executivo se insere na ideia de busca pelo pluralismo político e ideológico no setor, evitando-se uma visão unitária própria do Poder Executivo.

³²² Paulo Adib Casseb trata das cláusulas de barreira para participação de parlamentares sem partidos em comissões. CASSEB. Paulo Adib. *Processo Legislativo: Atuação das comissões Permanentes e Temporárias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. P. 248.

³²³ Expressão de Celso Ribeiro Bastos citada por CASSEB. Paulo Adib. *Processo Legislativo: Atuação das comissões Permanentes e Temporárias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. P. 248. Casseb faz referência a BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1998. v 1. PP. 611-612.

3.2 Características, força jurídica das decisões e potencialidades constitucionais do Conselho de Comunicação Social

Desde os debates na Assembleia Constituinte, o que se via quanto à criação do Conselho de Comunicação Social era a ideia de instituir um órgão permeado pela participação da Sociedade Civil. Nesse sentido, veja-se o comentário do Constituinte Olívio Dutra:

“Aliás, eu gostaria de colocar, para o companheiro, que a proposta do Conselho de Comunicação Social feita aqui pelo companheiro é muito semelhante também às postulações de outras entidades, inclusive a FENAJ. Agora, há de se estimular, um pouco mais, a participação da sociedade nesse Conselho de Comunicação Social. No nosso entendimento, na colocação do companheiro, não ficou clara a participação dos profissionais da área. Eu penso que, naturalmente, o companheiro entendeu isto como natural. Num Conselho de Comunicação Social, naturalmente, tem de ser os profissionais da área. Mas é bom enfatizar que as entidades de representação nacional dos jornalistas não estão representadas nessa entidade. Isto não é politizar o Conselho de Comunicação Social, seria parte, junto com a representação do Governo e a representação dos empresários. Mas entende também que tem que ter, nesse Conselho de Comunicação Social, entidades, não propriamente da área, mas representativas da sociedade civil.”³²⁴

Vê-se que a composição do Conselho seguiu essa orientação. Mas isso não se deu na Constituição que não estabeleceu os membros do Conselho, mas na Lei 8.389/91, que estabelece em seu artigo 4º uma composição mista entre técnicos, diretamente interessados (como

324 Assembleia Nacional Constituinte. Ata da 8ª Reunião Ordinária realizada dia 29 de abril de 1987 - Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação - Subcomissão da Ciência e Tecnologia e da <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/8b%20-%20SUB.%20CI%C3%8ANCIA%20E%20TECNOLOGIA%20E%20DA.pdf> em 17.06.2012.

representantes das empresas de televisão e de imprensa escrita) e membros da sociedade civil:

“Art. 4º O Conselho de Comunicação Social compõe-se de:

I - um representante das empresas de rádio;

II - um representante das empresas de televisão;

III - um representante de empresas da imprensa escrita;

IV - um engenheiro com notórios conhecimentos na área de comunicação social;

V - um representante da categoria profissional dos jornalistas;

VI - um representante da categoria profissional dos radialistas;

VII - um representante da categoria profissional dos artistas;

VIII - um representante das categorias profissionais de cinema e vídeo;

IX - cinco membros representantes da sociedade civil.”

Todavia, de acordo com João Bosco de Araujo Fontes Junior, “a lei instituiu um Conselho sem qualquer poder de decisão e dominado pelos interesses corporativos dos meios de comunicação social”³²⁵. O autor cita José Luiz Quadros de Magalhães que propôs um Conselho da Comunicação Social “composto por jornalistas, indicados pelo sindicato dos jornalistas, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados, pelos Conselhos Regionais de Psicologia e outros órgãos pertinentes”.³²⁶

No entanto, a configuração legal do Conselho não mostra o corporativismo apontado pelo autor. Nos termos do artigo 4º da Lei 8.389 há apenas três membros das empresas de comunicação, o restante dos membros são jornalistas, os outros dez, são técnicos, jornalistas e membros da sociedade civil.

325 JUNIOR, João Bosco Araujo Fontes. *Liberdade e Limites na Atividade de Rádio e Televisão: Teoria Geral da Comunicação Social na Ordem Jurídica Brasileira e no Direito Comparado*. Belo Horizonte, Del Rey, 2001. P. 100.

326 JUNIOR, João Bosco Araujo Fontes. *Liberdade e Limites na Atividade de Rádio e Televisão: Teoria Geral da Comunicação Social na Ordem Jurídica Brasileira e no Direito Comparado*. Belo Horizonte, Del Rey, 2001. P. 100.

O que pode ocorrer, todavia, é que as categorias respectivas sejam tomadas por pessoas que, na verdade, representem interesses “corporativos dos meios de comunicação social” na expressão de João Bosco Junior³²⁷.

Como se vê, a apropriação do Conselho pelos grupos de Comunicação é um problema que vai além do texto legal e passa pelo compromisso de aplicar de forma efetiva os ditames da Constituição, além de disponibilizar o espaço à sociedade civil, de forma que seja possível combater essa cooptação.

A nomeação dos Membros do Conselho de Comunicação Social deve ser realizada por meio de sessão conjunta do Congresso Nacional. Os setores representativos das entidades que o compõem podem “sugerir” nomes, nos termos do artigo 4º, § 2º da Lei 8.389/1991:

“Art. 4º (...)

(...)

§ 2º Os membros do conselho e seus respectivos suplentes serão eleitos em sessão conjunta do Congresso Nacional, podendo as entidades representativas dos setores mencionados nos incisos I a IX deste artigo sugerir nomes à mesa do Congresso Nacional.”

Essa forma de indicação reforça a vocação democrática do Conselho de Comunicação Social. O problema de representação formalmente foi bem encaminhado pela Legislação.

Na prática ainda é difícil garantir que os membros realmente sejam representantes das categorias elencadas na Lei 8.389/91. Um exemplo disso é a forma como ocorreu a última nomeação.

³²⁷ JUNIOR, João Bosco Araujo Fontes. *Liberdade e Limites na Atividade de Rádio e Televisão: Teoria Geral da Comunicação Social na Ordem Jurídica Brasileira e no Direito Comparado*. Belo Horizonte, Del Rey, 2001. P. 100.

Os novos membros do Conselho de Comunicação Social foram nomeados em sessão conjunta do Congresso Nacional realizada em 17 de julho de 2012.

A Frente Parlamentar pela Liberdade de Expressão e o Direito à Comunicação com Participação Popular (“#FRENTECOM”) alega que em sua quase totalidade, os nomes de Conselheiros conseguidos após anos de discussão entre parlamentares e a sociedade civil foi ignorada na nomeação, como se vê na declaração abaixo transcrita:

“Considerando tratar-se de uma questão de grande interesse da sociedade e que consta da agenda de trabalho da FRENTECOM que, inclusive, encaminhou em fevereiro de 2012 ao Presidente do Senado indicação de nomes da sociedade civil para compor o conselho, sem ser atendido, manifestamos nosso veemente repúdio pela forma desrespeitosa e antidemocrática como o Presidente do Senado tratou, neste caso, os parlamentares e representantes de mais de cem entidades da sociedade civil que integram a FRENTECOM.

A FRENTECOM reitera o firme compromisso de continuar lutando por um CCS plural e representativo que corresponda aos reais anseios democráticos da sociedade brasileira, esperando contar com o apoio das senhoras e senhores Parlamentares para reverter esse grave equívoco do Congresso Nacional.”³²⁸

Nesse ponto há possível nulidade. Um órgão que existe para assegurar a participação da sociedade civil na regulamentação da comunicação social não pode ignorar a lista elaborada pela Frente, composta por 191 parlamentares durante anos de debates com mais de 100 entes da Sociedade Civil. Entretanto, a única evidência que se tem do ocorrido é essa

³²⁸ Declaração disponível em <http://frentecom.wordpress.com/> último acesso em 03.04.2013.

declaração, pois não se obteve êxito nas tentativas de contato por e-mail com a “#FRENTECOM”, nem com a Deputada Luíza Erundina.

Segundo a deputada Luíza Erundina, na Câmara em 08/08/2012 (disponível em vídeo em <http://www.luizaerundina.com.br/> em 19.09.2012), os membros nomeados, com algumas exceções são “absolutamente estranhos” aos membros que tiveram alguma participação nas discussões sobre o tema.

Isso porque, caso corretas as informações da Deputada, a lista da Frente Parlamentar sequer foi considerada no processo de votação, desrespeitando-se o artigo 4º da Lei 8.389/1991 que faculta às entidades do setor a possibilidade de “indicar” nomes.

É extremamente difícil identificar quais são as entidades legitimadas a tal indicação e quais das indicações o Congresso Nacional deverá levar em consideração. Entretanto, quando o próprio Congresso disponibiliza uma Frente Parlamentar específica para a discussão dos temas, com amplo acesso à sociedade civil e chega a elaborar uma lista depois de seis anos de discussão, é evidente que não pode ignorá-la.

Nesse caso, a violação à regra do artigo 4º da Lei 8.389/1991 seria clara, caso se confirmasse a informação.

No entanto, como já ressaltado, não há como se assegurar a veracidade da informação, pois se tentou contato com a Deputada e com a Frente Parlamentar sem resposta.

Os problemas na nomeação do Conselho vêm desde sua criação nos anos 90s.

Apesar de a legislação ser de 1991, o Conselho de Comunicação Social só foi Constituído em 2002. De acordo com Valério Cruz

Brittos, Paola Madeira Nazário e Denis Gerson Simões³²⁹, em maio desse ano, houve acordo parlamentar para a instauração do Conselho.

Em 23 de Maio de 2002 foi nomeada a primeira Composição do Conselho de Comunicação Social.

Valério Cruz Brittos, Paola Madeira Nazário e Denis Gerson Simões³³⁰ criticam a primeira composição do Conselho. Apontam para o fato de que a pluralidade de composição foi desrespeitada.

Como visto, o Conselho conta com um número significativo (cinco titulares e cinco suplentes) representantes da Sociedade Civil, ou seja, que não estariam ligados a nenhum dos outros grupos.

No entanto, dos cinco membros titulares representantes da sociedade civil, quatro estavam ligados a empresas da Comunicação Social, até mesmo o representante técnico (engenheiro) estava ligado a grupo de comunicação de acordo com Valério Cruz Brittos, Paola Madeira Nazário e Denis Gerson Simões. Veja-se transcrição de trecho do artigo de Valério Cruz Brittos, Paola Madeira Nazário e Denis Gerson Simões³³¹:

“Para melhor visualizar a situação da representação civil, é desmembrada a verdadeira atuação de seus membros. José Paulo Calvalcante Filho foi ministro da Justiça no Governo Sarney e atua como colaborador para a Folha de S. Paulo e o Jornal do Comércio; Alberto Dines é jornalista de participação relevante na história da imprensa brasileira, além de fundador do Observatório de Imprensa. Todavia, apesar dele ser jornalista e esta representação já esteja estipulada no inciso III, sua atuação como membro do Observatório de Imprensa representa a

329 BRITTOS, Valério Cruz; NAZÁRIO, Paola Madeira e SIMÕES, Denis Gerson. *Conselho de Comunicação Social: possibilidades e limites*. UNIrevista - Vol. 1, nº 3: (julho 2006).

330 BRITTOS, Valério Cruz; NAZÁRIO, Paola Madeira e SIMÕES, Denis Gerson. *Conselho de Comunicação Social: possibilidades e limites*. UNIrevista - Vol. 1, nº 3: (julho 2006).

331 BRITTOS, Valério Cruz; NAZÁRIO, Paola Madeira e SIMÕES, Denis Gerson. *Conselho de Comunicação Social: possibilidades e limites*. UNIrevista - Vol. 1, nº 3: (julho 2006).

sociedade civil. Jaime Sirotsky é presidente do Conselho de Administração do Grupo Rede Brasil Sul de Televisão (RBS). Carlos Chagas foi repórter, editor político e responsável por coluna política em O Globo, comentarista político da extinta TV Rio, redator da revista Manchete, diretor da sucursal da Rede Manchete e da revista Manchete em Brasília, secretário de imprensa da Presidência da República do Governo Costa e Silva, membro da Academia Brasileira de Letras, desde 1996, e apresentador da CNT, hoje. Fernando Bitemcourt, representante dos engenheiros com conhecimento em comunicação, também tem laços estreitos com empresa midiática, sendo diretor da Central Globo de Engenharia.”

Esses autores identificam uma apropriação política do processo de nomeação, com indicações articuladas entre os líderes partidários, sem que a sociedade civil seja, de fato representada.

Trata-se, sem dúvida, de um órgão de participação da sociedade civil por meio do que se chama democracia participativa, na integração de órgãos estatais (os chamados Conselhos) em que os cidadãos estejam incluídos na burocracia estatal, até mesmo para a eficiência da administração.³³²

Os Conselhos são formas de reconhecimento e promoção do pluralismo social e aumento do pluralismo político, conceitos vistos no Capítulo 1 (item 1.1) acima.

Não se desconhece que há evidentes perigos nesses Conselhos, as regras de indicação e escolha de seus membros nem sempre são precisas. No caso do Conselho de Comunicação Social, por exemplo, as entidades representativas dos setores envolvidos, por disposição do artigo 4º, §

332 PEREZ Marcos Augusto. *A participação da Sociedade na Formulação, Decisão e Execução das Políticas Públicas*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas - Reflexões sobre o Conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. pp. 168-169.

2º da Lei 8.389/91 “podem” “sugerir” nomes à mesa do Congresso Nacional, que em Sessão Conjunta escolhe os membros.³³³

Além disso, mesmo considerando que os membros sejam representantes verdadeiramente de várias das entidades representativas dos diversos setores envolvidos, ainda assim há o risco apontado por José Reinaldo de Lima Lopes de um “forte sentido corporativista, de difícil convivência seja com o Estado liberal tradicional seja com um Estado social-democrático”.³³⁴

Ou seja, interesses particularistas que podem não ter um eco na vontade geral, podem constituir uma espécie de “Legislativo paralelo”³³⁵ sem respaldo na “avassaladora presença de votantes, uma resposta ao sufrágio universal”.³³⁶

Delegar as decisões a esses órgãos à margem do sistema de representação pelo voto pode gerar realmente servir para “um controle da autonomia individual com certo sabor totalitário”.³³⁷

Essas ressalvas são pertinentes e não podem ser ignoradas.

³³³ Referido § 2º do artigo 4º da Lei 8.389/91 tem o seguinte teor:

“§ 2º Os membros do conselho e seus respectivos suplentes serão eleitos em sessão conjunta do Congresso Nacional, podendo as entidades representativas dos setores mencionados nos incisos I a IX deste artigo sugerir nomes à mesa do Congresso Nacional.”

³³⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. Os conselhos de participação popular: Validade jurídica de suas decisões. Rev. Direito Sanit., São Paulo, v. 1, n. 1, nov. 2000. Disponível em <http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-41792000000100004&lng=pt&nrm=iso>. acesso em 28 nov. 2012

³³⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. Os conselhos de participação popular: Validade jurídica de suas decisões. Rev. Direito Sanit., São Paulo, v. 1, n. 1, nov. 2000. Disponível em <http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-41792000000100004&lng=pt&nrm=iso>. acesso em 28 nov. 2012

³³⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. Os conselhos de participação popular: Validade jurídica de suas decisões. Rev. Direito Sanit., São Paulo, v. 1, n. 1, nov. 2000. Disponível em <http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-41792000000100004&lng=pt&nrm=iso>. acesso em 28 nov. 2012

³³⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. Os conselhos de participação popular: Validade jurídica de suas decisões. Rev. Direito Sanit., São Paulo, v. 1, n. 1, nov. 2000. Disponível em <http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-41792000000100004&lng=pt&nrm=iso>. acesso em 28 nov. 2012

Todavia como o próprio José Reinaldo de Lima Lopes reconhece esses Conselhos representam um avanço, pois “De fato, os conselhos procuram abrir um espaço institucional em que as classes populares, tradicionalmente excluídas de voz ativa na vida política e jurídica brasileira, possam ao mesmo tempo fazer-se ouvir e deliberar”³³⁸.

Portanto, o Autor não nega a importância democrática dos Conselhos representativos de setores, principalmente daqueles que não teriam voz de outra forma.

Retoma-se aqui, também, as observações já feitas no primeiro capítulo, item 1.1, rebatendo-se as críticas de Sunstein³³⁹ à concepção pluralista de democracia, no sentido de que ignorar a existência desses chamados “grupos de interesse” não elimina a realidade dessa influência. Regulamentando-se essas influências, como por meio dos Conselhos, ou regramento de lobbies é que se pode encontrar a forma adequada de trazer os grupos a público, fazendo com que tenham de justificar suas pretensões ao invés de deixá-los à margem de influências veladas de gabinete.

Ademais, sem os Conselhos alguns grupos continuariam sem voz na formação da vontade política.

A questão fundamental está, dessarte, não na existência dos Conselhos, mas na estruturação e competências de cada um deles. Os Conselhos não podem se substituir às competências dos representantes eleitos pelo sistema do voto universal.

Como se verá adiante, as competências decisórias do Conselho de Comunicação Social não retiram, de nenhuma maneira, as competências do Legislativo ou do Executivo constituindo um sistema bem

³³⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. Os conselhos de participação popular: Validade jurídica de suas decisões. Rev. Direito Sanit., São Paulo, v. 1, n. 1, nov. 2000. Disponível em <http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-41792000000100004&lng=pt&nrm=iso>. acesso em 28 nov. 2012

³³⁹ SUNSTEIN, Cass R. *Routine and Revolution*. Disponível em <http://www.law.harvard.edu/faculty/unger/english/pdfs/discussions7.pdf> em 24.11.2012.

equilibrado de decisão complexa, em que a decisão do Conselho integra a necessária motivação.

Os Conselhos se inserem numa teoria de democracia participativa. Marcos Nobre³⁴⁰, explica que os teóricos da Democracia Participativa como Carole Pateman, Nikos Polantzis e C. B. Macpherson se inserem numa corrente teórica conhecida como “nova esquerda”, herdeira dos movimentos contestatórios dos 60s. Ainda segundo Nobre essa teoria tem como ponto de partida que o mercado capitalista sedimenta desigualdades produzidas.

Esse modelo aponta, segundo Nobre, para “além das instituições democráticas do capitalismo”³⁴¹. Assim não existe qualquer divisão rígida entre Estado e Sociedade Civil. Nobre ressalta que essa teoria se baseia na visão de Rousseau de que é necessário que haja identidade entre governantes e governados.

Goffredo Telles Junior sustenta que “o desafio lançado aos constitucionalistas de nosso tempo é (...) descobrir a fórmula constitucional de assegurar a permanente penetração do pensamento e da vontade dos governados nas decisões dos governantes”.³⁴²

Alguns mecanismos de assegurar essa “penetração” já existem e devem ser levados com seriedade. Um exemplo claro é o Conselho de Comunicação Social.

Goffredo Telles Junior chega radicalizar o discurso dizendo que “Democracia ou é um sistema que garante a introdução dos anseios das

340 NOBRE, Marcos. *Participação e Deliberação na Teoria Democrática: Uma Introdução*. In *Participação e Deliberação : Teoria Democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. COELHO, Vera Shattan P. e NOBRE, Marcos (orgs.). São Paulo: Ed 34, 2004. p. 33.

341 NOBRE, Marcos. *Participação e Deliberação na Teoria Democrática: Uma Introdução*. In *Participação e Deliberação : Teoria Democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. COELHO, Vera Shattan P. e NOBRE, Marcos (orgs.). São Paulo: Ed 34, 2004. p. 33

³⁴² TELLES JUNIOR, Goffredo. *O Povo e o Conselho do Planejamento Nacional*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 110.

entidades representativas da sociedade nas decisões dos órgãos planejadores dos Governos, ou a democracia perde o seu sentido”³⁴³. O Autor trata da chamada crise da “representação política”³⁴⁴ que já foi exposta no primeiro capítulo.³⁴⁵

A proposta de Telles é implementar métodos de participação democrática dos grupos representativos da sociedade na vontade estatal. Os órgãos propostos por Telles são mais abrangentes e ambiciosos do que o Conselho de Comunicação Social, tratando-se de solução propositiva, focada em novos órgãos e emendas constitucionais.³⁴⁶

Já no presente trabalho analisa-se um órgão real, o Conselho de Comunicação Social, que já tem esse papel de participação na vontade estatal, carecendo, apenas de uma leitura jurídica adequada.

A Constituição elege a palavra “Conselho” remetendo às formas de participação da sociedade no corpo do burocrático do Estado e a legislação em complemento traz ao Conselho representantes técnicos dos setores envolvidos e da sociedade civil.

Mais uma vez, reafirma-se que essa forma de composição plural, com vários dos setores profissionais envolvidos, as empresas do setor e a sociedade civil.

De acordo com Maria Augusta da Silva Castanho³⁴⁷ o incremento dos “conselhos gestores, das ouvidorias, da integração no orçamento participativo, das audiências públicas, dos conselhos de

³⁴³ TELLES JUNIOR, Goffredo. *O Povo e o Conselho do Planejamento Nacional*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 110-111.

³⁴⁴ Como já se disse no primeiro capítulo não se nega a necessidade de um sistema democrático representativo, todavia há métodos complementares a esse sistema. Alguns como o Conselho de Comunicação Social estão legalmente previstos.

³⁴⁵ TELLES JUNIOR, Goffredo. *O Povo e o Conselho do Planejamento Nacional*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 112.

³⁴⁶ TELLES JUNIOR, Goffredo. *O Povo e o Conselho do Planejamento Nacional*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 110-143.

³⁴⁷ CASTANHO, Maria Augusta Ferreira da Silva. *E-Democracia. A Democracia do Futuro?* Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo. 2010.

desenvolvimento urbano” representa avanço democrático. Ainda segundo a Autora esses órgãos dão voz à população e aproximam o Estado dos governados.

Importante ressaltar que o próprio surgimento do Conselho de Comunicação Social na Constituição foi decorrente de movimento relevante da sociedade civil, na época da redemocratização nos anos 80s, como aponta Gilberto Roldão³⁴⁸. Os movimentos, insatisfeitos com a imprensa omissa diante dos abusos da ditadura, governista e que distorcia os fatos, queriam mais participação da sociedade civil na Comunicação Social.³⁴⁹

Como em todo Conselho identifica-se alguns problemas como vinculação ou não das decisões.

A esse respeito Águeda Wendhausen, tratando dos Conselhos Gestores de Saúde expõe a seguinte questão:

“Além da agenda, o processo decisório envolve interação, influência, controle e poder, e para melhor compreendê-lo é necessário conhecer as características dos participantes, os papéis que desempenham, a que autoridade está submetida e sua relação entre os membros da instituição decisória. Embora sua avaliação seja complexa e inconclusa, é essencial fazê-la, mesmo considerando seus limites. Em relação à avaliação do processo decisório, propõe-se que se faça a partir da separação da decisão política em seus componentes.”³⁵⁰

348 ROLDÃO, Carlos Gilberto. *Conselho de Comunicação Social: Um instrumento para a democratização da comunicação?* Disponível no site <http://galaxy.intercom.org.br:8180/dspace/bitstream/1904/17920/1/R1033-1.pdf> em 26.06.2012.

349 Nesse sentido, Roldão cita uma manifestação das “Diretas Já” que foi noticiada pela Rede Globo como sendo apenas a comemoração do aniversário de São Paulo. ROLDÃO, Carlos Gilberto. *Conselho de Comunicação Social: Um instrumento para a democratização da comunicação?* Disponível no site <http://galaxy.intercom.org.br:8180/dspace/bitstream/1904/17920/1/R1033-1.pdf> em 26.06.2012.

350 WENDHAUSEN, Águeda. *Processo decisório e Conselhos Gestores de Saúde: aproximações teóricas.* Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/reben/v60n5/v60n5a18.pdf> em 17.06.2012.

Águeda Wendhausen ressalta, com apoio em Lindblom³⁵¹, que há duas questões essenciais no processo de decisão desses órgãos, quais sejam: “como tornar as políticas efetivas na solução concreta de problemas sociais (análise) e como tornar o processo decisório sensível ao controle popular (jogo do poder)”³⁵². Esses problemas devem ser pensados também sob a ótica do direito dos procedimentos decisórios desses conselhos e sua natureza jurídica.

A questão dos efeitos práticos da decisão dos Conselhos participativos é inerente ao modelo, já que seus membros não se inserem na categoria de representantes eleitos pela via do voto, nem no funcionalismo público, tampouco em cargos em comissão.

Ademais, como ressalta José Reinaldo de Lima Lopes, as decisões dos Conselhos podem ser de diversas espécies de acordo com sua configuração legal. Denominam-se “Conselhos” “órgãos normativos, assim como certos órgãos adjudicadores (judicantes em contencioso administrativo) ou ainda colegiados que apenas aconselham certas práticas (como o antigo CDI), consultivos.”³⁵³

Portanto para se analisar a natureza jurídica das decisões há que se analisar cada conselho individualmente. No caso do Conselho de Comunicação Social, a participação da sociedade visa legitimar a decisão do sistema político no âmbito da Comunicação Social, mas principalmente no sistema de concessões de rádio e TV.

Durante muito tempo, durante a Constituinte, o projeto relativo ao Conselho de Comunicação Social teve um papel mais relevante do que o que lhe foi dado pelo texto final da Constituição Federal. No embrião do

351 Lindblom CE. O processo de decisão política. Brasília (DF): Editora UnB; 1981.

352 WENDHAUSEN, Águeda. *Processo decisório e Conselhos Gestores de Saúde: aproximações teóricas*. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/reben/v60n5/v60n5a18.pdf> em 17.06.2012.

353 LOPES, José Reinaldo de Lima. Os conselhos de participação popular: Validade jurídica de suas decisões. Rev. Direito Sanit., São Paulo, v. 1, n. 1, nov. 2000. Disponível em <http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-41792000000100004&lng=pt&nrm=iso>. acesso em 28 nov. 2012

texto Constitucional até o dia 21 de maio de 1987, nos termos do que é relatado pela Constituinte Cristina Tavares, o Conselho de Comunicação Social seria uma esfera de decisão, “ad referendum” do Congresso Nacional:

"Compete ao Conselho Nacional de Comunicação, ad referendum do Congresso Nacional:

I – outorgar e renovar autorizações e concessões para exploração de serviços de radiofusão e outros serviços eletrônicos de comunicação;

II – supervisionar as licitações públicas para concessão de frequência de canais, divulgando suas disponibilidades ao menos uma vez por ano;

III – estabelecer critérios para fixação de tarifas cobradas aos concessionários de serviços de radiofusão e outros serviços eletrônicos de comunicação;

IV – disciplinar e introdução de novas tecnologias de comunicação, conforme as necessidades da sociedade, buscando capacitação tecnológica nacional;

V – dispor sobre a organização de empresas concessionárias de radiofusão, da qualidade técnica das transmissões, da programação regional de rede, e sobre a garantia de mercado para programa das produtoras independentes;

VI – autorizar a implantação e operação de redes privadas de telecomunicação."

Ou seja, o Sistema de Concessões e autorizações de radiodifusão seria competência do Conselho de Comunicação Social, que viria a ser apenas referendado pelo Congresso.

Não é o texto que prevaleceu como já se viu na transcrição do artigo 224 da Constituição Federal.

No entanto, mesmo com a configuração atual o Conselho de Comunicação Social deve ter uma relevante função, que vem sendo relegada por sucessivas composições do Congresso Nacional.

O importante é que a decisão não seja inócua juridicamente, sob pena de perder sua legitimidade democrática. Mesmo com a atual configuração constitucional e legislativa as decisões do Conselho tem importância jurídica.

Maria Nusdeo Lopes sustenta que o Conselho de Comunicação Social seria um órgão meramente consultivo e, ainda, a Consulta seria facultativa.³⁵⁴

No entanto, tal posicionamento não é compatível com a natureza Constitucional do Conselho de Comunicação Social. Essa posição é contrária, inclusive, às disposições expressas do artigo 42 da Lei 12.485/2011, que se analisa abaixo.

Por mais que a Lei que Instituiu o Conselho lhe dê um papel consultivo e não tenha texto expresso a respeito da obrigatoriedade da consulta, ou mesmo a importância jurídica de considerar a fundamentação dos pareceres do Conselho, essas consequências são inerentes à interpretação dos artigos 220 a 224 da Constituição Federal e da natureza do órgão.

O posicionamento do Conselho deve ser considerado tanto no âmbito do legislativo, que é o poder a que o Conselho se vincula diretamente, como nos demais, dado que os temas tratados pelo Conselho excedem a competência decisória do Legislativo.

Nem a Constituição nem a legislação infraconstitucional podem conter preceitos inúteis³⁵⁵. Ou seja, em maior medida os Órgãos

354 citada por ROLDÃO, Carlos Gilberto. *Conselho de Comunicação Social: Um instrumento para a democratização da comunicação?* Disponível no site <http://galaxy.intercom.org.br:8180/dspace/bitstream/1904/17920/1/R1033-1.pdf> em 26.06.2012.

constitucionalmente constituídos devem ser úteis. Assim, a competência decisória, ou seja, a atribuição necessária de prerrogativas do Conselho para decidir em certos casos, bem como sua natureza jurídica, não pode resultar em nada. O Conselho é um órgão Estatal e suas decisões têm alguma natureza jurídica.

Nesse sentido volta-se à referência já feita no primeiro capítulo a José Reinaldo de Lima Lopes de que a validade de determinada norma significa que a norma pertence ao ordenamento e possui “obrigatoriedade, ou seja, sua capacidade de criar direitos e obrigações, sua capacidade para criar deveres jurídicos” assim “se os Conselhos estão incluídos na ordem constitucional e legal, suas decisões pertencem de algum modo ao ordenamento.”³⁵⁶

Por disposição Constitucional o Conselho é órgão auxiliar do Congresso Nacional. Ou seja, quem solicita os pareceres é o poder legislativo. É o que dispõe expressamente o artigo 2º da Lei 8.389/1991.

Ser órgão auxiliar não significa que o Conselho de Comunicação Social seja mero assessor técnico do Congresso, eis que em sua composição constam, além de técnicos, membros da sociedade civil e representantes de atores diretamente afetados pela regulação da Comunicação Social.

Se o Conselho fosse uma mera assessoria jurídica ou tecnológica do Congresso não haveria a composição plural, nem mesmo a estatura Constitucional como um órgão (não secretaria, por exemplo).

Desse modo, sua decisão tem também caráter político, de forma que o conselho não pode ser confundido com a assessoria técnica do

355 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. P. 204.

³⁵⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. Os conselhos de participação popular: Validade jurídica de suas decisões. *Rev. Direito Sanit.*, São Paulo, v. 1, n. 1, nov. 2000. Disponível em <http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-41792000000100004&lng=pt&nrm=iso>. acesso em 26 nov. 2012

Congresso Nacional, é órgão auxiliar, porém não de mera assessoria técnica, mas decide politicamente.

Os demais poderes (desde que oficiem ao legislativo) e a população pelo direito de petição³⁵⁷ poderão provocar uma decisão do Conselho de Comunicação Social.

O artigo 29 do Regimento Interno do Conselho de Comunicação Social³⁵⁸ veda o pronunciamento do Conselho em matérias em análise pelo poder judiciário. No entanto, o Conselho de Comunicação Social discute a validade desse dispositivo face às competências legais e constitucionais do Conselho. Nesse sentido, transcreve-se o pronunciamento do Conselheiro Fernando César Mesquita, que endossa posição do Conselheiro Alexandre Kruel Jobim (ATA CIRCUNSTANCIADA DA 1ª REUNIÃO ORDINÁRIA DE 2013, DIA 4 DE MARÇO DE 2013):

“Eu acho que o Conselheiro Alexandre tem razão quando fala que se deveria fazer uma consulta ao órgão competente do Senado que nos assessora, que é a Consultoria, sobre o Regimento, algumas novidades que possam ocorrer. Mas nesse caso do art. 29, eu acho bem ponderada a observação do Conselheiro. Ele diz:

‘Também no tocante ao mérito da vedação contida no art. 29 do Regimento, não vislumbramos fundamento em um interdito com tal extensão e característica. O fato de a validade de um ato normativo estar sendo discutida pelo Poder Judiciário em nada deveria obstar uma análise desse mesmo ato pelo órgão consultivo do Congresso Nacional, inclusive porque o Conselho pode fornecer úteis subsídios ao Poder Legislativo, seja para mudança da legislação falha, seja para utilização das

357 Vide artigo 5º, XXXIV, “a” da Constituição Federal.

358 Art. 29. O Conselho de Comunicação Social não se pronunciará sobre situações que estejam sob apreciação do Poder Judiciário.

informações prestadas pelo Congresso Nacional em eventuais ADIs.

A circunstância de uma dada legislação sofrer impugnação junto ao Poder Judiciário nunca constituiu impedimento a que o Poder Legislativo a alterasse, seja para elidir vício de inconstitucionalidade, seja para promover modificações de conteúdo, alheios à controvérsia constitucional instaurada.”³⁵⁹

Assim, o impedimento do artigo 29 do Regimento Interno do Conselho de Comunicação Social não encontra respaldo de validade na lógica do Sistema estabelecido pelo artigo 224 da Constituição Federal e pela Lei nº 8.389/1991. Além do impedimento não constar na legislação, o poder legislativo, que o Conselho de Comunicação Social auxilia, nunca foi impedido de avaliar legislação em discussão no poder judiciário. Referida vedação do Regimento Interno é ilegal e inconstitucional.

O Conselho de Comunicação Social cumpriria melhor seu papel caso se pronunciasse sobre as matérias em discussão no Supremo. Por exemplo, para o julgamento das ADIs 4679, 4756 e 4747, que tratam do marco regulatório das TVs por assinatura, o Supremo convocou audiências públicas para ouvir entidades e especialistas no setor ³⁶⁰, indicando que o próprio poder judiciário também precisa ouvir a sociedade para democratizar e aprimorar suas decisões. Um parecer do Conselho de Comunicação Social sobre o tema só aprimoraria a decisão judicial, tanto com relação aos subsídios técnicos, como pelo respaldo democrático.

Ademais, como a disposição trata de poder judiciário em geral, não se limitando ao Supremo Tribunal Federal, seria impossível verificar se a matéria está em análise por qualquer juiz em todo o país, sendo o artigo 29

³⁵⁹ Extraído do site <http://www.senado.gov.br/atividade/conselho/conselho.asp?con=767> em 03.04.2013

³⁶⁰ Notícia sobre audiência pública disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=231822> em 03.04.2013.

do Regimento do Conselho de Comunicação Social inexecutável (além de ilegal e inconstitucional).

Mesmo sendo órgão atrelado ao Poder Legislativo, o Conselho de Comunicação Social também deve participar das decisões no âmbito do Poder Executivo. Nos termos do artigo 4º, § 2º da revogada Lei 8.977/95 que regulamentava o Serviço de TV a Cabo tinha o seguinte texto:

“§ 2º As normas e regulamentações, cuja elaboração é atribuída por esta Lei ao Poder Executivo, só serão baixadas após serem ouvidos os respectivos pareceres do Conselho de Comunicação Social, que deverá pronunciar-se no prazo de trinta dias, após o recebimento da consulta, sob pena de decurso de prazo.” (Artigo revogado pela Lei 12.485/2011).

Na Lei 12.485/2011, ainda vigente, há previsão expressa de Consulta ao Conselho de Comunicação Social para regulamentações na área de TV por cabo, como se vê em seu artigo 42, abaixo transcrito:

“Art. 42. A Anatel e a Ancine, no âmbito de suas respectivas competências, regulamentarão as disposições desta Lei em até 180 (cento e oitenta) dias da sua publicação, ouvido o parecer do Conselho de Comunicação Social.

Parágrafo único. Caso o Conselho de Comunicação Social não se manifeste no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento das propostas de regulamento, estas serão consideradas referendadas pelo Conselho.”

Ou seja, nos termos do artigo 42 a consulta da Anatel e da Ancine ao Conselho é obrigatória, sendo que o parecer integra a motivação do ato administrativo, com um ato complexo, devendo o Executivo dar uma resposta adequada ao parecer, mesmo que para afastá-lo.

Ou seja, a decisão final não é do Conselho de Comunicação Social.

Assim, a consulta ao Conselho é obrigatória ao Executivo, quando tratar da regulamentação de TV da Lei de TV por cabo, nos termos do referido artigo 42 da Lei 12.485/2011.

Além disso, a consulta prévia é obrigatória ao Poder Legislativo, como instância necessária ao processo legislativo quando tratar de matéria da matéria prevista no capítulo referente à Comunicação Social da Constituição, nos termos do artigo 224 da CF.

Por fim, para a legitimação democrática da decisão do legislativo em concessões e autorizações do sistema de radiodifusão o parecer deve ser solicitado.

Ressalta-se que os pareceres do Conselho, embora não sejam vinculantes, devem ser considerados expressamente na exposição de motivos da proposta da resolução que aprova ou rejeita a concessão, na sua competência de apreciação nos termos do artigo 49, XII da Constituição Federal.

Por se tratar órgão de Democracia Participativa é fundamental que suas decisões sejam levadas em conta na motivação dos atos, sejam do legislativo, executivo ou judiciário, que tratem das matérias reguladas no capítulo da Comunicação Social da Constituição (artigos 220 a 224 da CF).

De acordo com Luciano Ferraz “no estágio atual de evolução do direito administrativo - o direito administrativo participativo – não se me afigura possível que decisões de instâncias interlocutórias da sociedade possam simplesmente ser ignoradas no processo decisório”³⁶¹.

361 FERRAZ, Luciano. *Novas Formas de Participação Social na Administração Pública: Conselhos Gestores de Políticas Públicas*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado,

O Autor prossegue dizendo que se “a autoridade competente quiser adotar orientação diversa da definida pelo órgão deverá fazê-lo de maneira tecnicamente motivada”. E complementa dizendo que “se a decisão da autoridade se alinha ao que deliberou o Conselho ela nasce tecnicamente motivada. Do contrário (...) precisa demonstrar as razões de ordem técnica, operacional e política que subsidiam sua decisão, sob pena de nulidade do ato”³⁶²

As razões do parecer devem necessariamente ser levadas ao plenário e discutidas, ficando consignado por que são acatadas ou rejeitadas.

Essa motivação visa o controle racional da decisão, inerente ao princípio democrático.

Nesse sentido Celso Antônio Bandeira de Melo sustenta que “o fundamento constitucional da obrigação de motivar” está presente no artigo 1º II da Constituição Federal, que dispõe que cidadania é um dos fundamentos da República, o no parágrafo único deste artigo de acordo com o qual o poder emana do povo e, por fim, no artigo 5º, XXXV que assegura a revisão jurisdicional.³⁶³

Bandeira de Melo completa explicando que o princípio da motivação se estabelece tanto para assegurar que os cidadãos saibam o “porquê” das ações de seu representante, quanto como um direito individual de não se sujeitarem a decisões arbitrárias.³⁶⁴

Salvador, nº.15, setembro/outubro/novembro, 2008. Disponível em <http://www.conseg.sp.gov.br/Gerenciador/midia/download/14.pdf> em 30.07.2012.

362 FERRAZ, Luciano. *Novas Formas de Participação Social na Administração Pública: Conselhos Gestores de Políticas Públicas*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, nº.15, setembro/outubro/novembro, 2008. Disponível em <http://www.conseg.sp.gov.br/Gerenciador/midia/download/14.pdf> em 30.07.2012.

363 BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 95.

364 BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 95.

Ademais, se mesmo no Direito de Petição o Poder Público tem o dever de motivar o deferimento ou indeferimento do pedido, o que se dirá das razões de parecer de órgão de estatura constitucional.

Assim não é por falta de força vinculativa obrigatória que a decisão do Conselho de Comunicação Social perde a relevância. Trata-se de um ato complexo³⁶⁵ que exige a participação do conselho e de uma instância decisória como o legislativo. A posição do Conselho deve ser expressamente considerada na decisão do poder competente, sob pena de invalidade do ato por carência de motivação.

Ou seja, o mérito não poderá ser revisado pelo judiciário, mas a ausência de motivação torna o ato nulo.

Como já se viu supra nada impede que o Judiciário solicite pareceres ao Conselho de Comunicação Social quando se deparar com um caso que envolva a Comunicação Social. Nesse caso o parecer será objeto de análise motivada quando da prolação da decisão judicial. Note-se que o judiciário, diferentemente do Executivo (nos casos do artigo 42 da Lei 12.485/2011) e do Legislativo (quando legislar sobre a matéria de Comunicação Social), não tem qualquer dever legal de solicitar a consulta previamente, mas, se o fizer, deverá proferir decisão que a leve em consideração em sua fundamentação, atendendo-se ao artigo 93, IX, da Constituição Federal.

No entanto, a principal atuação do Conselho será perante o Poder Legislativo. Isso porque o artigo 224 da Constituição Federal previu a criação do conselho como auxiliar do poder legislativo, órgão criado nos termos do artigo 2º da Lei 8.389/1991 que diz que o Conselho deve elaborar “estudos, pareceres, recomendações e outras solicitações que lhe forem encaminhadas pelo Congresso Nacional”.

365 De acordo com Bandeira de Melo, ato complexo que é aquele que é produzido por dois órgãos distintos, cada um com um papel próprio. BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 378.

Ou seja, a participação tem um aspecto diverso do que se viu para em relação ao Poder Executivo e Judiciário. Isso porque nesses dois casos há obrigatoriedade de constar motivação expressa acatando ou rejeitando motivadamente o parecer do Conselho de Comunicação Social.

Já no âmbito do Poder Legislativo, há que se assegurar que haja manifestação do Conselho sempre que a matéria a ser decidida pelo Congresso, seja no sistema de concessões de rádio e TV, seja quando tratar de legislação que envolva Comunicação Social.

Isso porque a competência do Conselho nos termos do artigo 224 da Constituição e do artigo 2º da Lei 8.389/91 é se manifestar a respeito de toda a matéria relativa à Comunicação Social.

A competência é a esfera de poder atribuída ao órgão legalmente. Assim se o Congresso tiver a prerrogativa de escolher de forma aleatória se solicita ou não o parecer ao Conselho, o Conselho perde sua natureza política e passa ser um órgão técnico, não representando mais os anseios dos grupos sociais que o compõem.³⁶⁶

O parecer do Conselho não poderá ser ignorado, assegurando, dessa forma a participação dos setores representados pelos Conselheiros no processo legislativo, mesmo que não presencial.

A exemplo do que ocorre com as minorias parlamentares que têm direito de tentar influir na formação da vontade do colegiado, o parecer do Conselho deve ser levado ao conhecimento de todas as Comissões prévias e no plenário.

³⁶⁶ A ideia de integração da sociedade Civil no poder legislativo não é nova. Existe uma Comissão de Legislação Participativa, um canal posto à disposição para a participação do cidadão. Fabiana de Menezes Soares com fundamento em Bockenförde explica que essa Comissão é uma forma de “legitimação através de um processo aberto de formação democrática de vontade, que vincule tanto o poder de comando e os representantes ao prestar contas daquele comando (e da atividade legislativa).” A diferença é que esse órgão acolhe sugestões de organizações da sociedade civil e torná-los ou não projetos de Lei de acordo com parecer da Comissão. SOARES, Fabiana de Menezes. *Teoria da Legislação: Formação e Conhecimento da Lei na Idade da Tecnologia*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004. PP. 181-183.

Isso para assegurar o cumprimento ao princípio democrático no processo legislativo, que, de acordo com Paloma Biglino Campos “plantea un requisito previo para la toma de decisiones que consiste en garantizar que se dé la participación de todos los implicados en condiciones de libertad e igualdad”.³⁶⁷

O caso é análogo ao que ocorre com a ausência de parecer das Comissões Parlamentares em casos de suas respectivas competências. Quando não há o parecer do Conselho o processo legislativo torna-se nulo.

Na ADI 4.029/DF³⁶⁸ de Relatoria do Ministro Luiz Fux, fica clara a nulidade do processo de conversão de medida provisória em lei que não respeitou o artigo 62, § 9º da Constituição Federal que exige parecer prévio de Comissão Parlamentar Mista nos seguintes termos:

“Art. 62. (...)

§ 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001\)](#)”

Em trecho do voto do Ministro Relator, destaca-se a importância desse parecer:

“A visão crítica, em reproche à praxe parlamentar de substituir, na quase totalidade dos casos, a atuação da Comissão Mista pela de um Relator, inspirou a obra de

³⁶⁷ CAMPOS, Paloma Biglino. *Los Vicios En El Procedimento Legislativo*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. P. 76.

³⁶⁸ STF. ADI 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator Ministro Luiz Fux. Julgamento 08/03/2012. Tribunal Pleno. Divulgação -DJe 125 26.06.2012 (publicação 27.06.2012).

Clèmerson Merlin Clève, que se ocupou precisamente da matéria ora debatida, sendo relevante a transcrição do seguinte trecho: Conforme Juliana Freitas do Valle, os trabalhos da Comissão Mista propiciam o uso legítimo das medidas provisórias: ‘O parecer prévio da Comissão assume condição de instrumento indispensável para regularizar o processo legislativo porque proporciona a discussão da matéria, uniformidade de votação e celeridade na apreciação das medidas provisórias’. Por essa importância, defende-se que qualquer ato para afastar ou frustrar os trabalhos da Comissão (ou mesmo para substituí-los pelo pronunciamento de apenas um parlamentar) padece de inconstitucionalidade.”

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, apesar de ter declarado a nulidade por razão de segurança jurídica, decidiu postergar os efeitos da decisão, mantendo a norma vigente nos termos do artigo 27 da Lei 9.869/97.

Ressalta-se que essa nulidade não existe para os atos do período em que o Conselho esteve desativado. Da mesma forma do que o Supremo decidiu que o Ministério Público ainda poderia ingressar com a ação civil “ex delicto” até a constituição e aparelhamento das defensorias (R.E. 135.328/SP e R.E. 341.717), as nulidades só ocorrerão a partir do momento em que foi reinstalado o Conselho de Comunicação Social, pela nomeação de seus membros.

Assim, não se deve reduzir a importância da participação do Conselho da Comunicação Social importante para a formação legítima da vontade Estatal Democrática. A participação do Conselho é necessária e deve ser levada em conta, sob pena de nulidade. A consulta deve ser obrigatória sempre que se tratar de concessão, ou em caso de projeto de Lei que envolva a Comunicação Social, além do caso previsto no artigo 42 da Lei 12.485/2011.

Devido à amplitude de matérias que deve ser tratada pelo Conselho, até mesmo os demais poderes devem levar sua posição em conta quando solicitados.

Além disso, deve auxiliar, necessariamente na função legislativa, sendo que seus pareceres devem ser considerados na produção normativa, como requisito de motivação.

A atual configuração do Conselho de Comunicação Social não deu ao órgão atribuições autônomas, mas todas vinculadas às atividades do legislativo.

No entanto, o Conselho pode ter um papel de fiscalização das emissoras de rádio e TV durante a concessão ou autorização, para verificação do atendimento dos requisitos do artigo 221 da Constituição Federal.

Outra função que pode ser atribuída ao Conselho de Comunicação Social, via legislação, é a função de ser algo próximo a um “árbitro” (mesmo que não escolhido pelas partes) no processo de Direito de Resposta Extrajudicial. Mesmo que o Conselho não tenha o poder de impor suas decisões, isso poderá evitar uma desnecessária ação judicial.

O poder de sanção do Conselho está limitado ao poder do Congresso Nacional. Dessa forma, a vigilância nas emissoras só pode resultar em não renovação da concessão, mediante parecer a ser considerado pelo Legislativo.

Além disso, o Conselho é fundamental no processo de escuta da sociedade, podendo identificar necessidades de novas concessões de, por exemplo, rádios comunitárias, TVs locais, contribuindo para a melhor distribuição do poder na Comunicação Social.

Conclusão

O Conselho de Comunicação Social deve se amoldar às suas diretrizes constitucionais, auxiliando o Congresso Nacional a executar todas as tarefas descritas no capítulo V, do título VII da Constituição Federal.

Ou seja, deve ter um papel central nas concessões de rádio e TV, sendo sua participação obrigatória.

Seus pareceres e orientações não podem ser ignorados, devendo ser considerados, expressamente nas decisões nas matérias de Comunicação Social, sob pena de nulidade da decisão tomada pelo poder competente por falta de motivação.

A decisão nas matérias que envolvem o Conselho de Comunicação Social são atos complexos. O parecer do Conselho pode até não ser acolhido, mas desde que haja exposição expressa das razões do não acolhimento.

Ignorar o Conselho de Comunicação Social ou tornar seu parecer sem qualquer força jurídica implicaria em transformar Órgão Estatal de concepção constitucional num mero palanque para discussões, como tantos outros, sem lugar no sistema jurídico.

O Conselho de Comunicação Social é um órgão Estatal de participação obrigatória, representativo da sociedade civil. Não é um mero assessor técnico do Congresso e tem o potencial de se converter em importante fórum para a participação democrática e para a correção dos desequilíbrios no setor.

Por mais que várias competências do Conselho de Comunicação Social tenham sido excluídas no processo de elaboração da

Constituição, o Conselho de Comunicação Social ainda tem relevância e competência constitucional.

Ainda há déficits de participação dos atores envolvidos na discussão dos temas correlatos à Comunicação Social. O Conselho fortalecido e aceito como um órgão que produz decisões políticas e jurídicas pode contribuir para aprimorar essa cultura de participação.

Bibliografia

Livros

ALEXY, Robert (trad. SILVA, Virgílio Afonso da). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BOBBIO, Norberto. Tradução NOGUEIRA, Marco Aurélio. *O futuro da Democracia*. 8ª Ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Oposição na Política - Propostas para uma Rearquitetura da Democracia*. São Paulo: Angelotti, 1995.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e Democracia*. 2ª Ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CAMPOS, Paloma Biglino. *Los Vicios En El Procedimiento Legislativo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

CASSEB. Paulo Adib. *Processo Legislativo: Atuação das comissões Permanentes e Temporárias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CHIARELLO, Felipe. *Os Símbolos Nacionais e a Liberdade de Expressão*. São Paulo: Mas Limonad, 2001.

CORREIA, Luís Brito. *Direito da Comunicação Social*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

DAHL, Robert. Trad. SIDOU, Beatriz. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. *Sobre a Democracia*.

DWORKIN, Ronald. Tradução. BOEIRA, Nelson. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martis Fontes, 2010.

FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e Regulação das Redes Eletrônicas de Comunicação: Rádio, Televisão e Internet*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos - A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio fabris Editor, 2000.

FARIAS, Edilsom in *Liberdade de Expressão e Comunicação – Teoria e Proteção Constitucional*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *O Estado de Direito entre o passado e o futuro*. In *O Estado de Direito: História, Teoria, Crítica*. Coord. COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo e SANTORO, Emilio. Trad. DASTOLI, Carlos Alberto. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERREIRA FILHO , Manoel Gonçalves. *A Democracia Possível*. 2ª Ed. São Paulo, Saraiva, 1974.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Democracia no Limiar do Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990. 18. ed.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade*. São Paulo: Ed. Atlas, 2001.

HÄBERLE, Peter. *Pluralismo e Constitución: Estudios de Teoria Constitucional de La Sociedad abierta*. Madri: Editorial Tecnos, 2002.

HABERMAS. Jürgen. Tradução Flávio Beno Siebeneich *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

JUNIOR, João Bosco Araujo Fontes. *Liberdade e Limites na Atividade de Rádio e Televisão: Teoria Geral da Comunicação Social na Ordem Jurídica Brasileira e no Direito Comparado*. Belo Horizonte, Del Rey, 2001

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. MACHADO, João Baptista. 6ª Ed. Coimbra: Armênio Amado Editora, 1984.

LAFER, Celso. *A reconstrução histórica dos Direitos Humanos - um diálogo com o pensamento de Hannah Harendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEAL, Vitor Nunes. *Coronelismo enxada e voto*. São Paulo: Nova Fronteira, 1997.

LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. *O Direito à Informação e as Concessões de Rádio e Televisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997

MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão - Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MAXIMILIANO. Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NOBRE, Marcos. *Participação e Deliberação na Teoria Democrática: Uma Introdução*. In *Participação e Deliberação : Teoria Democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. COELHO, Vera Shattan P. e NOBRE, Marcos (orgs.). São Paulo: Ed 34, 2004.

ORWEL, George. 1984. Disponível em:
<<http://www.planetebook.com/ebooks/1984.pdf> >. Acesso em: 03.04.2013.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*. São Paulo: Record, 2000.

SARTORI, Giovanni. *Teoria Democrática*. São Paulo: Editora Fundo de Cultura S.A, 1965.

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

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SOARES, Fabiana de Menezes. *Teoria da Legislação: Formação e Conhecimento da Lei na Idade da Tecnologia*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito*. 6ª Ed. Livraria do Advogado Editora, 2005.

TELLES JUNIOR, Goffredo. *O Povo e o Poder: O Conselho do Planejamento Nacional*. São Paulo: Malheiros, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico - Fundamentos de um nova Cultura no Direito*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Alfa ômega, 2001.

ZISMAN, Célia Rosenthal. *A Liberdade de Expressão na Constituição Federal e suas Limitações – Os Limites dos Limites*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

Dissertações de Mestrado

BIGLIAZZI, Roberto. *Constituição Domada: Democracia e o Conselho da Comunicação Social*. 2007. 86 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília. Brasília. 2007.

CASTANHO, Maria Augusta Ferreira da Silva. *E-Democracia. A Democracia do Futuro?* Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo. 2010.

FERNANDES, André de Godoy. *Meios de comunicação social no Brasil: promoção do pluralismo, direito concorrencial e regulação*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-02122009-152713/>>. Acesso em: 2012-11-20.

SGRIGNOLLI, Ruth Carolina Rodrigues. *O Marco Legal da Televisão no Brasil: Como Atender ao Imperativo Constitucional de Liberdade de Expressão, Finalidades Educativas, Artísticas, Culturais e Informativas*. 104 fls. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo. 2012.

Artigos

BARBOSA, Marialva Carlos. *A Imprensa e o Poder no Brasil Pós 1930*.
 extraído do site
<http://www.seer.ufrgs.br/index.php/EmQuestao/article/viewFile/23/8> em
[19/06/2012](http://www.seer.ufrgs.br/index.php/EmQuestao/article/viewFile/23/8).

BRITTOS, Valério Cruz; NAZÁRIO, Paola Madeira e SIMÕES, Denis Gerson. *Conselho de Comunicação Social: possibilidades e limites*. UNIrevista - Vol. 1, nº 3: (julho 2006).

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Estado de Direito*. Disponível em
<http://www.libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf> em 03.11.2012

CARVALHO JÚNIOR, Celso. *Os Jornais de Grande Circulação e a Questão do Petróleo*.
 Extraído do site
<http://www.assis.unesp.br/semanadehistoria/PDF/celsocarvalhojr.pdf> em
 18/07/2007. Texto integrante dos *Anais Eletrônicos da XXII Semana de História - O Golpe de 1964 e os Dilemas do Brasil Contemporâneo*. Unesp/Assis. Assis 19 a 22 de outubro de 2004.

COSTA, Letícia Maria Pinto da. O newsmaking na imprensa do interior: a rotina produtiva do jornal A Voz do Vale do Paraíba. *Comunicação & Sociedade*. São Bernardo do Campo: Póscom-Umesp, a. 26, n. 43, p. 105-120, 1o. sem. 2005.
 Disponível em
http://revistas.univerciencia.org/index.php/cs_umesp/article/view/198/156 em
 13.02.2013.

DRYZEK, John S. Tradução SOARES, Mauro Victoria. *Legitimidade e Economia na Democracia Deliberativa*. In *Participação e Deliberação : Teoria Democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo* - COELHO, Vera Shattan P. e NOBRE, Marcos (orgs.). São Paulo: Ed 34, 2004. pp 41-62.

FARIAS FILHO, Otávio. *Contra a Censura Prévia*. Folha de São Paulo de 13.06.1999. Caderno *Mais!* P. 5-11.

FERRAZ, Luciano. *Novas Formas de Participação Social na Administração Pública: Conselhos Gestores de Políticas Públicas*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, nº.15, setembro/outubro/novembro, 2008. Disponível em <http://www.conseg.sp.gov.br/Gerenciador/midia/download/14.pdf> em 30.07.2012.

LIMONGI, Fernando. A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. **Novos estud. - CEBRAP**, São Paulo, n. 76, Nov. 2006. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002006000300002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 21 Nov. 2012. <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002006000300002>.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil . Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/507/constitucionalizacao-do-direito-civil/2>. Acesso em 27 jun. 2012.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Os conselhos de participação popular: Validade jurídica de suas decisões. Rev. Direito Sanit., São Paulo, v. 1, n. 1, nov. 2000. Disponível em <http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-41792000000100004&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 23 nov. 2012.

MENDES, Soraia da Rosa. *A Esfera Pública e o Direito Fundamental à Liberdade de Comunicação: um Estudo a partir da Radiodifusão Comunitária*. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33557-43476-1-PB.pdf> em 21.11.2012.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *A Legitimidade Democrática da Constituição da República federativa do Brasil: Uma Reflexão sobre o Projeto Constituinte do Estado Democrático de Direito no Marco da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas.* in *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988.* Coordenadores NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel e BINENBOJM, Gustavo. Rio de Janeiro: Editora Luminem Juris, 2009 pp. 229-253.

PEREZ Marcos Augusto. *A participação da Sociedade na Formulação, Decisão e Execução das Políticas Públicas.* In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas - Reflexões sobre o Conceito Jurídico.* São Paulo: Saraiva, 2006. pp. 168-169

ROLDÃO, Carlos Gilberto. *Conselho de Comunicação Social: Um instrumento para a democratização da comunicação?* Disponível no site <http://galaxy.intercom.org.br:8180/dspace/bitstream/1904/17920/1/R1033-1.pdf> em 26.06.2012.

SANTOS, Suzy dos. E- Sucupira: o Coronelismo Eletrônico como herança do Coronelismo nas comunicações brasileiras. In *Revista da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação.* Dezembro de 2006. Extraído do site http://www.fndc.org.br/arquivos/ecompos07_dezembro2006_suzydossantos.pdf em 03.11.2012.

SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, Pluralismo e o Papel Promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, nº.16, maio-junho-julho-agosto, 2007. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/LIBERDADE_DE_EXPRESS_O_PLURALISMO_E_O_PAPEL_PROMOCIONAL_DO_ESTADO.pdf em 18.07.2012.

SMANIO, Gianpaolo. Dimensões da cidadania. In: Novos Direitos e Proteção da Cidadania – Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público. Ano 2 – janeiro/junho 2009. p. 14.

STRECK, Lenio Luiz. *A Crise Paradigmática no Contexto da Resistência Positivista ao (Neo)Constitucionalismo*. . in *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Coordenadores NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel e BINENBOJM, Gustavo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009 p. 204. PP. 203-228.

STRECK, Lenio Luiz. *O Princípio da Proibição de Proteção Deficiente (untermassverbot) e o Cabimento de Mandado de Segurança em Matéria Criminal: Superando o ideário liberal-individualista-clássico*. Extraído do site http://www.prr5.mpf.gov.br/nucrim/boletim/2007_05/doutrina/doutrina_boletim_5_2007_proporcionalidade.pdf em 18.11.2012.

SUNSTEIN, Cass R. *Routine and Revolution*. Disponível em <http://www.law.harvard.edu/faculty/unger/english/pdfs/discussions7.pdf> em 24.11.2012.

WELTER, Gabriele e PAVAN, Ricardo. *Isenção ou omissão: temas/espacos destinados ao jornalismo opinativo nos veículos de comunicação do interior*. Trabalho apresentado no X Congresso de Ciências da Comunicação na Região Sul – Blumenau – 28 a 30 de maio de 2009. Disponível em <http://www.intercom.org.br/papers/regionais/sul2009/resumos/R16-0206-1.pdf> em 12.02.2013.

WENDHAUSEN, Águeda. *Processo decisório e Conselhos Gestores de Saúde: aproximações teóricas*. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/reben/v60n5/v60n5a18.pdf> em 17.06.2012.

Sites consultados

www.stf.jus.br - último acesso em 21.02.2013.

<http://www.braziliantranslated.com/euacon01.html> em 30.04.2011.

Ata da reunião disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/comissoes/sessao/disc/listaDisc.asp?s=000564/11> no dia 23.06.2012.

<http://www.fenaj.org.br/juridico.php?id=7> acesso em 30.07.2012.

http://www.fichalimpa.org.br/index.php/main/ficha_limpa visualizado em [04.11.2012](http://www.fichalimpa.org.br/index.php/main/ficha_limpa).

http://www.ancine.gov.br/media/SAM/Estudos/Mapeamento_TVAberta_Publicacao.pdf em 12.11.2012.

<http://redeglobo.globo.com/ma/tvmirante/noticia/2012/08/rede-mirante-area-de-cobertura.html> em 12.11.2012.

<http://frentecom.wordpress.com/> último acesso em 03.04.2013.

<http://www.senado.gov.br/atividade/conselho/conselho.asp?con=767> último acesso em 03.04.2013.

Notícias

PAGNAN, Rogério. *Rádio pirata provoca apagão de 6 minutos no tráfego aéreo de SP*. Folha de São Paulo de 30.05.07. Caderno *Cotidiano*.

Notícia no site: <http://arededacidadania.wordpress.com/2010/11/19/conselho-de-comunicacao-social-quatro-anos-de-ilegalidade/> extraído em 20.11.2010

FOLHA DE SÃO PAULO. 31.10.2010. Caderno Poder. *Congresso vai reativar conselho da comunicação*.

SOUZA, Cláudio. *Governo altera texto do PNH* 3. <http://www.abi.org.br/primeirapagina.asp?id=3574> acessado em 30.07.2012.

SOUZA, Cláudio. *Governo altera texto do PNH* 3. <http://www.abi.org.br/primeirapagina.asp?id=3574> acessado em 30.07.2012.

MAIA, Maria Carolina. *Aveso a críticas governo Lula vê imprensa livre como adversário*. <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/aveso-a-criticas-governo-lula-ve-imprensa-livre-como-adversario> acessado em 31.07.2012.

A lenta agonia do Conselho de Comunicação Social disponível em http://www.fetecsp.org.br/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=36741 em 23 de junho de 2012.