

Contribuições do Direito para a análise das políticas públicas de comunicação

Contribuciones del derecho para el análisis de las políticas públicas de comunicación

Law contributions for public policies of communication analyzes

_Carlo José Napolitano

SOBRE OS AUTORES >

Carlo José Napolitano

Pós-Doutor pelo Departamento de Direito de Estado, da Faculdade de Direito, da Universidade de São Paulo.

Professor do Departamento de Ciências Humanas e do Programa de Pós-Graduação em Comunicação, da Faculdade de Arquitetura, Artes e Comunicação, UNESP/Bauru/SP.

e-mail: carlonapolitano@faac.unesp.br

RESUMO > RESUMEN > ABSTRACT >

A temática das políticas públicas é objeto de estudos e análises de vários campos do conhecimento, como a ciência política, a administração pública e a comunicação, com conexões nas abordagens. A ciência jurídica também enfrenta esse tema em diversos de seus ramos, como o direito administrativo, o constitucional e o econômico. Nesse sentido, o presente trabalho trata da temática das contribuições da ciência jurídica para a análise das políticas públicas de comunicação a partir dos ramos do direito mencionados. O trabalho decorre de revisão de literatura relacionada à temática proposta e conclui pela importância de análises jurídicas das políticas públicas de comunicação para a sua compreensão.

Palavras-chave: políticas públicas; direito; comunicação social; Supremo Tribunal Federal.

El tema de las políticas públicas es objeto de estudios y análisis de distintos campos del conocimiento, tales como la ciencia política, la administración pública y la comunicación, con conexiones en sus enfoques respectivos. La ciencia jurídica también estudia este tema en varias de sus áreas de saber, como el derecho administrativo, la Constitución y la economía. En este sentido, el presente trabajo aborda el tema de las contribuciones de la ciencia jurídica para el análisis de políticas públicas de comunicación de las áreas del derecho. El trabajo surge de la revisión de literatura relacionada con la propuesta de esa temática y concluye destacando la importancia de los análisis jurídicos de las políticas públicas de la comunicación para su comprensión.

Palabras clave: políticas públicas, derecho; comunicación social; Corte Suprema de Justicia

The public policies issue is a research object of studies and analyzes on many knowledge fields, such as political science, public administration and communication, which are all connected. Law also faces this theme in many of its branches, as administrative law, constitutional and economic. For this purpose, this essay treats the law contribution to analyze the public policies of communication from the mentioned law branches. This essay is a literature review related to this subject and concludes that law analyzes is important to understand the public policies of communication.

Keywords: public policies; law; communication; Brazilian Supreme Court.

INTRODUÇÃO

O enfrentamento da temática das políticas públicas pode ser feito a partir de diversas áreas do conhecimento. A ciência jurídica não foge dessa tarefa e vem tratando desse assunto, em especial, com enfoques do Direito Administrativo, do Direito Econômico e do Direito Constitucional, bases teóricas conceituais do presente trabalho. Ademais, trata-se de um assunto com conexões e pertinência temática do direito, das ciências políticas, da administração pública, da comunicação social, dentre outros.

O presente trabalho, decorrente de pesquisa¹ mais ampla em andamento que objetiva analisar as políticas públicas de comunicação no Supremo Tribunal Federal, visa apresentar contribuições da ciência jurídica, em especial, dos aportes dos ramos do direito acima mencionados para a análise de políticas públicas de comunicação.

Para tanto o presente trabalho, baseado em revisão de literatura, está estruturado em quatro seções, além da conclusão e desta introdução. A primeira analisa as políticas públicas no direito, considerando o Estado como um local privilegiado de análise. A segunda trata dos papéis do direito nas políticas públicas, a partir do Direito Administrativo. A terceira seção exemplifica como as políticas públicas de comunicação estão permeadas pelo direito. Na quarta e última seção apresenta a relevância da atuação do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas de comunicação. E, por fim, apresenta algumas considerações em sede de conclusão, considerando que o direito e seus referenciais teóricos podem e devem ser utilizados na análise de políticas públicas de comunicação.

¹ Trata-se da pesquisa denominada “Políticas públicas de comunicação no Supremo Tribunal Federal: a liberdade de expressão em julgamento”, financiada pela Chamada Universal – MCTI/CNPq n. 1/2016 – Faixa A do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq, Processo n. 145663/2016-7. Parte da pesquisa foi desenvolvida pelo autor em estágio de pós-doutoramento na Faculdade de Direito, da Universidade de São Paulo, estágio financiado com bolsa de Pós-doutorado Sênior do CNPq.

AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO DIREITO: O ESTADO COMO LOCAL PRIVILEGIADO

Vários pesquisadores, de diversos ramos do direito (constitucional, administrativo, econômico), enfrentam a questão das políticas públicas. Parece-me que o que é comum na análise jurídica das políticas públicas é o foco privilegiado atribuído às ações do Estado e do governo nessa seara.

No campo do direito econômico/constitucional, Grau (2003, p 25), por exemplo, menciona que “A expressão política pública designa atuação do Estado, desde a pressuposição de uma bem marcada separação entre Estado e sociedade”, é, portanto, “toda atuação estatal ... expressiva de um ato de intervenção”. Nesse sentido “A mera produção do direito ... desde logo consubstanciam expressões de atuação interventiva estatal”. O advento do Estado intervencionista desencadeia um salto quantitativo e qualitativo nas formas de atuação do Estado.

O marco histórico dessa guinada intervencionista, de acordo com Ramos (2007, p. 330), pode ser considerado “A partir do advento das Constituições social-democráticas, capitaneadas pela Constituição alemã de Weimar, de 1919”. Nesse período, os direitos econômicos e sociais passaram a ter “reconhecimento normativo e doutrinário”, constituindo “uma profunda reformulação no papel do Estado democrático, do qual se passa a exigir que proporcione as condições materiais necessárias ao pleno desenvolvimento da personalidade humana.”

Nesse momento,

O Estado então já não “intervém” na ordem social exclusivamente como produtor do direito e provedor de segurança. Passa a desenvolver novas formas de atuação, para o quê faz uso do direito positivo como instrumento de implementação de políticas públicas – atua não apenas como terceiro-árbitro, mas também como terceiro-ordenador (Grau, 2003, p. 26).

A legitimidade do Estado intervencionista, de bem-estar social se dá “antes de tudo, pela realização de políticas, isto é, programas de ação; assim o government by policies substitui o government by law”. (Grau, 2003, p. 26).

Ainda de acordo com Grau (2003, p. 26):

Essas políticas, contudo, não se reduzem à categoria das políticas econômicas; englobam, de modo mais amplo, todo o conjunto de atuações estatais no campo social. A expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social. E de tal forma isso se institucionaliza que o próprio direito, neste quadro, passa a manifestar-se como uma política pública – o direito é também, ele próprio, uma política pública.



¹ Na pesquisa Datafolha, divulgada no dia 02 de maio de 2017, são testados vários cenários com candidatos diferentes do PSDB. Numa das simulações, é inserido o nome de João Doria, prefeito de São Paulo, que teria 9% das intenções de voto, ficando atrás de Lula (31%), Marina Silva (16%) e Bolsonaro (13%). Disponível em: <http://datafolha.folha.uol.com.br/eleicoes/2017/05/1880342-lula-lidera-no-1-turno-bolsonaro-crece-e-empata-com-marina-em-2.shtml>. Acesso em: 20/03/2017.

Em decorrência desse fenômeno, Grau (2003, p. 27) indica várias formas de atuação do Estado, em especial, na seara econômica:

1- atuação na economia: 1.1 atuação por absorção, quando o Estado assume, em regime de monopólio, o controle dos meios de produção e/ou troca de determinado setor; 1.2 atuação por participação, quando o Estado assume parcialmente (em regime de concorrência com agentes do setor privado) ou participa do capital de agente que detém o controle patrimonial de meios de produção e/ou troca; 2 – atuação sobre a economia: 2.1 atuação por direção, que ocorre quando o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo normas de comportamento compulsório para os agentes econômicos; 2.2 atuação por indução, que ocorre quando o Estado dinamiza instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados.

Esses papéis são de ator e regulador da economia.

Na seara do direito administrativo, o papel privilegiado do Estado também parece ser a tônica das análises. Bucci (2013, p. 38-9) adota o ponto de vista do Estado para a análise das políticas públicas. Para a autora, política pública é definida como programa de ação governamental e reside na ação governamental, no movimento da máquina pública, a partir do impulso do governo. A exteriorização da política pública se dá no arranjo institucional, iniciativas e medidas jurídicas diversas. Desta forma, “A análise de políticas públicas tem como centro a ação do Poder Político”, sendo que as ações e articulações privadas partem necessariamente “de arranjos complexos e amplos” e são vistas “sob o prisma da mediação estatal”. (Bucci, 2008, p. 251).

Bucci (2013) apresenta três planos de atuação do Estado em relação às políticas públicas, os planos macro, meso e microinstitucional, conforme segue:



O plano macroinstitucional compreende o governo propriamente. No extremo oposto, plano microinstitucional, considera-se a ação governamental como unidade atomizada da atuação do governo. Na posição intermediária, o plano mesoinstitucional, analisam-se os arranjos institucionais, ação governamental agregada em unidades maiores (Bucci, 2013, p. 37-8).

No plano macro analisa-se o governo como motor / condutor da política pública. No micro a ação do governo como núcleo de sentido das políticas públicas, através dos processos jurídicos administrativo, legislativo, judicial, político-eleitoral e, por fim, no plano meso, analisa os arranjos institucionais como organização sistemática da política pública, ou em outras palavras, políticas públicas “na sua forma exterior, conjunto de elementos, iniciativas e normas que compõem o programa de ação governamental devidamente estruturado.” (Bucci, 2013, p. 205).

Políticas públicas, portanto, “consistem em quadros de ação governamental, arranjos institucionais que expressam o Estado em movimento”. (Bucci, 2013, p. 39). Ou, em outros termos, “programa de ação governamental, visando realizar objetivos determinados.” (Bucci, 2006, p. 11).

Os processos nesse sentido são ações estruturantes das políticas públicas, tratam-se das ações

governamentais. Processo entendido aqui no sentido de sucessão de etapas, “desde a inserção do problema na agenda política até a implementação da decisão, passando pela formulação de alternativas e a tomada da decisão em si”. (Bucci, 2013, p. 109).

No mesmo sentido e no mesmo campo do direito administrativo, Coutinho (2013, p. 193) indica que:

o direito permeia intensamente as políticas públicas em todas as suas fases ou ciclos: na identificação do problema (que pode ser ele próprio um gargalo jurídico), na definição da agenda para enfrentá-lo, na concepção de propostas, na implementação das ações e na análise e avaliação dos programas.

Partindo dessa premissa de que o direito (legislação) permeia intensamente as políticas públicas, Bucci (2006, p. 11) indica que elas:



têm distintos suportes legais. Podem ser expressas em disposições constitucionais, ou em leis, ou ainda em normas infralegais, como decretos e portarias e até mesmo em instrumentos jurídicos de outra natureza, como contratos de concessão de serviços público, por exemplo.

Bucci (2006, p. 15) inclusive apresenta um rol de suportes constitucionais e legais de expressões jurídicas de políticas públicas. Algumas, no plano constitucional, são bem evidentes, como são os casos das políticas orçamentárias, urbana e agrícola, até mesmo pelo uso dessa terminologia, que pode ser considerada como “sinônimo de política pública”. Outras, no entanto, são menos evidentes, como seriam os casos, segundo a autora, dos Títulos da Ordem Econômica e da Ordem Social. O da Ordem Econômica por ser mais estrutural e sistematizado (previsão de princípios gerais e específicos, por exemplo), enquanto o da Ordem Social é organizado em razão da matéria disciplinada, mas isso não implica não poder considerar essas referências constitucionais, como indicativos de políticas públicas.

Contudo, a autora, em obra mais recente, revê esse posicionamento. Nesse novo entendimento, Bucci (2008, p. 254) afirma “a Constituição não contém políticas públicas, mas direitos cuja efetivação se dá por meio de políticas públicas”. Discordo da autora, pelo simples fato desse novo entendimento ter se tornado atemporal, tendo em vista a expressa constitucionalização de políticas públicas pelo Poder Constituinte Reformador. Tratam-se dos casos do artigo 216-A, de 2012, que institui o Sistema Nacional de Cultura e da alteração do artigo 227, 8º, II, de 2010, que dispõe sobre o Plano Nacional da Juventude, nos seguintes termos:

O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012) (BRASIL, 1988).

O plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas. (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010). (grifos meus) (BRASIL, 1988)

A importância do Direito nas políticas públicas também é ressaltada por Bucci, tendo em vista “o clássico princípio da legalidade” segundo o qual o “Estado só é facultado agir com base em habilitação legal”. Desta forma, “A realização das políticas deve dar-se dentro dos parâmetros da legalidade e da constitucionalidade.” (Bucci, 2006, p. 37).

Diante do que foi exposto até o presente momento, políticas públicas para o direito podem ser consideradas como “programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados ... visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.” (Bucci, 2006, p. 38), ou, dito de outra forma, como “arranjos institucionais complexos, expressos em estratégias ou programas de ação governamental, que resultam de processos juridicamente regulados, visando adequar meios e fins.” (Bucci, 2008, p. 251).

Prosegue a autora afirmando que “Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados”. (Bucci, 2006, p. 38).

Tendo em vista essas observações tem-se que esses elementos (objetivos, meios, temporalidade e resultados) podem ser considerados no momento da avaliação de determinada política pública.

Pelo que foi exposto até aqui, considera-se, para fins deste trabalho, o conceito de política pública formulado por Bucci, ou seja, um programa de ação governamental mediado pelo direito.

Considerando que o direito permeia as políticas públicas na próxima seção serão analisados os papéis do direito nas políticas públicas.

OS PAPEIS DO DIREITO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Coutinho (2013, p. 194), em texto seminal, aponta que o direito pode desempenhar vários papéis relacionados às políticas públicas e esses “consistem em apontar fins e situar as políticas no ordenamento (direito como objetivo), criar condições de participação (direito como vocalizador de demandas), oferecer meios (direito como ferramenta) e estruturar arranjos complexos que tornem eficazes essas políticas (direito como arranjo institucional).”

Baseado nessa tipologia e elaborada a partir do Direito Administrativo, abaixo serão apresentadas algumas considerações sobre esses papéis. Tendo em vista a clareza didática dos enunciados propostos por Coutinho (2013), optou-se, no presente trabalho, transcrevê-los literalmente, quando considerados necessários.

Contribuições do Direito para a análise das políticas públicas de comunicação

Carlos Napolitano

DIREITO COMO OBJETO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Para Coutinho (2013) essa questão pode ser observada por pelo menos dois pontos de vista, o primeiro considerando as políticas públicas “como produtos de escolhas políticas em relação às quais o direito ou o jurista têm pouca ou nenhuma ingerência.” Sob esse ângulo de análise “Os objetivos e metas das políticas públicas seriam ... definidos extrajudicialmente, no campo da política, cabendo ao arcabouço jurídico a função eminentemente instrumental de realizá-los”. O segundo ângulo de análise “enxerga o direito como, ele próprio, uma fonte definidora dos próprios objetivos aos quais serve como meio” (Coutinho, 2013, p. 194).

Para fins deste trabalho, considerando que o seu propósito é indicar as contribuições do direito para a análise de políticas públicas de comunicação, tem-se que o segundo ângulo de análise é o que interessa, justificando-se aqui a importância do direito na área das políticas públicas de comunicação, pois como será visto na próxima seção, essas políticas públicas são permeadas pelo direito, sendo esse a sua fonte definidora.

Deste modo indica Coutinho (2013, p. 194) que o direito pode ser visto “como objetivo de políticas públicas” sugerindo “que se reconheça que o arcabouço jurídico tenha a característica de formalizar metas e indicar os ‘pontos de chegada’ das políticas públicas”, podendo “ser entendido como uma diretriz normativa (prescritiva) que delimita, ainda que de forma geral e sem determinação prévia de meios, o que deve ser perseguido em termos de ação governamental”, e sob esse ângulo de análise, o direito seria “uma bússola cujo norte são os objetivos dados politicamente, de acordo com os limites de uma ordem jurídica”.

O diferencial dessa abordagem consiste no fato de que:

Ao formalizar uma decisão política e/ou técnica sob a forma de um programa de ação governamental, o direito agrega-lhe traços cogentes (isto é, vinculantes, não facultativos), distinguindo-a de uma mera intenção, recomendação ou proposta de ação cuja adoção seja facultativa. Dito de outra forma, o direito dá à política pública seu caráter oficial, revestindo-a de formalidade e cristalizando objetivos que traduzem embates de interesses por meio de uma solenidade que lhe é própria. E ao serem juridicamente moldadas, as políticas públicas passam, a priori e/ou a posteriori pelos crivos de constitucionalidade e de legalidade, que as situam como válidas ou não em relação ao conjunto normativo mais amplo. (Coutinho, 2013, p. 194).

Em relação a essa última observação de Coutinho (juízo de constitucionalidade e de legalidade), o presente trabalho tratará na última seção.

DIREITO COMO ARRANJO INSTITUCIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Ao considerar o direito como estrutura de arranjos institucionais complexos visando a eficácia das políticas públicas, parte-se do princípio que as “normas jurídicas estruturam seu funcionamento, regulam seus procedimentos e se encarregam de viabilizar a articulação entre atores direta e indiretamente ligados a tais políticas”. O direito nesse sentido faz o “desenho institucional” das políticas públicas. Visto desta forma, o direito partilha responsabilidades, evita “sobreposições, lacunas ou rivalidades e disputas em políticas públicas. Nesse sentido, o direito pode ser visto como uma espécie de ‘mapa’ de responsabilidades e tarefas nas políticas públicas.” (Coutinho, 2013, p. 196).

DIREITO COMO FERRAMENTA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

O direito pode também ser considerado como a “caixa de ferramentas” das políticas públicas, ou em outros termos, pode ser dito que “a seleção e a formatação dos meios a serem empregados para perseguir os objetivos pré-definidos (para as políticas públicas) são um trabalho jurídico” (inclusão minha). Logo, a modelagem e a escolha de instrumentos jurídicos, a utilização de

mecanismos de indução ou recompensa para certos comportamentos, o desenho de sanções, a seleção do tipo de norma a ser utilizada (mais ou menos flexível, mais ou menos estável, mais ou menos genérica) são exemplos de tópicos que surgem quando o direito é instrumentalizado para pôr dada estratégia de ação em marcha. Desde este ponto de vista, o direito poderia ser metaforicamente descrito como uma caixa de ferramentas, que executa tarefas-meio conectadas a certos fins de forma mais ou menos eficaz, sendo o grau de eficácia, em parte, dependente da adequação do meio escolhido. (Coutinho, 2013, p. 196).

Na próxima seção serão exemplificados alguns meios/mecanismos de indução/recompensa utilizados pela legislação brasileira para por em prática estratégias pré-estabelecidas para a comunicação social.

DIREITO COMO VOCALIZADOR DE DEMANDAS DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Por fim, elucida Coutinho (2013, p. 197) que o direito deve garantir a vocalização de demandas devendo “assegurar a participação de todos os interessados na conformação, implementação ou avaliação da política”, provendo as políticas públicas “de mecanismos de deliberação, participação, consulta, colaboração e decisão conjunta assegurando, com isso, que elas sejam permeáveis à participação e não insuladas em anéis burocráticos.” O direito deveria garantir mecanismos democráticos “de participação e accountability”, mediante “regras procedimentais que disciplinem consultas e audiências públicas e a publicidade dos atos administrativos, as obriguem a estar abertas aos inputs de uma pluralidade de atores”, visto deste modo, “o direito seria comparável a uma espécie de correia de transmissão pela qual agendas, idéias e propostas gestadas na esfera pública circulam e disputam espaço nos círculos tecnocráticos”.

Exemplos de vocalização de demandas nas políticas públicas de comunicação serão indicadas nas seções que seguem.

POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMUNICAÇÃO PERMEADAS PELO DIREITO

Em termos de políticas públicas de comunicação social vários exemplos relacionados aos seus suportes legais/direito como ordenamento ou objeto das políticas públicas, tal como indicado, respectivamente, por Bucci (2006) e Coutinho (2013), podem ser mencionados.

Na Constituição estão dispostas, por exemplo, as diretrizes básicas acerca dessas políticas públicas, especialmente no Título VIII, Capítulo V que trata da Comunicação Social. Neste tópico da constituição podem ser identificadas várias dessas diretrizes. O Artigo 220, § 3º dispõe que compete à lei federal: I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada; II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. O § 4º disciplina que a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterà, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso. Por sua vez, o § 5º estabelece que os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio. O artigo 221 estabelece princípios para a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão, tais como: I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família. O artigo 222 estabelece que a propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País. O artigo 223 atribui competência ao Poder Executivo para a outorga e renovação de concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal e estabelece também a participação do Congresso Nacional nesse processo. Por fim, apenas com o objetivo de exemplificar, o artigo 224 trata do Conselho de Comunicação Social, órgão auxiliar do Congresso Nacional para as políticas públicas de comunicação.

No Título III quando a Constituição trata da organização do Estado e das atribuições das várias esferas do governo (Federal, Estadual, Municipal), dispõe o artigo 21, que é de competência da União, a exploração dos serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens. Está aqui a regra constitucional que determina a necessidade das concessões públicas para a operação de rádios e tevês, com regras explicitadas no artigo 223. Diferentemente do ocorre para as mídias impressas para as quais a atividade econômica é livre. Nesse mesmo Título há a disposição constitucional da competência privativa da União para legislar sobre radiodifusão (art. 22, IV).

Na legislação infraconstitucional podem ser citadas a lei 9.294/96, que regulamenta o artigo 220, § 4º, a lei 10.610/2002, que trata da participação de capital estrangeiro em empresas de comunicação, a

lei 8.389/91, que criou o Conselho de Comunicação Social, e a lei 12.485/11 que regulamenta o serviço de acesso condicionado.

Como normas infralegais podem ser mencionadas o Decreto 5.820/2006 que implementou o Sistema Brasileiro de Televisão Digital (SBTVD) e a portaria 368/14 que trata da classificação indicativa. Em termos contratuais, os contratos de concessão para os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens são exemplos.

Quanto à atuação do Estado na seara econômica, tal como proposto por Grau (2003), podem ser identificadas exemplos dessas ações quando relacionada à comunicação social: A atuação do Estado na economia por participação no setor da comunicação social pode ser exemplificada com a criação de empresas de comunicação públicas ou estatais, como são os casos da EBC, da TV Justiça, TV Câmara e TV Senado. Na atuação sobre a economia por indução pode ser mencionado o Fundo Setorial do Audiovisual, previsto na Lei do Acesso Condicionado e criado pela lei 11.437/2006, bem como as regras que visam dinamizar e impulsionar o mercado de audiovisual nacional. Tratam-se de sanções premiais/positivas (cf. Bobbio, 2007), funções alocativas do Estado (cf. Fiss, 2005) ou caixas de ferramentas/mecanismos de indução e recompensa, tal como proposto por Coutinho (2013).

Esses exemplos corroboram as assertivas mencionadas na primeira seção e indicam que

A grande maioria das leis insere-se, hoje, no quadro de políticas governamentais, e têm por função não mais a declaração de direitos e deveres em situações jurídicas permanentes, mas a solução de questões de conjuntura, ou então o direcionamento, por meio de incentivos ou desincentivos, das atividades privadas, sobretudo no âmbito empresarial, ou ainda a regulação de procedimentos no campo administrativo (Comparato, 1997, p. 19).

No que diz respeito especificamente aos objetivos, meios, temporalidade e resultados das políticas públicas, conforme indicado por Bucci (2006), estes podem ser observados quando da análise das políticas públicas de comunicação presentes no ordenamento jurídico brasileiro. Em relação aos objetivos, é regra dos ordenamentos jurídicos constitucionais modernos a sua previsão.

De acordo com Comparato (1997, p. 19) “As Constituições do moderno Estado Dirigente impõem, todas, certos objetivos ao corpo político como um todo – órgãos estatais e sociedade civil. Esses objetivos podem ser gerais ou especiais, estes últimos obviamente coordenados àqueles.”

A Constituição brasileira de 1988 não foge à regra, indicando no seu artigo 3º objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Também, sem sombra de dúvidas, é possível afirmar que a Constituição, em especial, nos artigos 220 a 224 indica objetivos do Estado brasileiro referentes à comunicação social, tais como, a previsão da pluralidade e diversidade nos e dos meios de comunicação e de informação.

A diversidade ou pluralidade dos meios pode ser compreendida com a regra contida no § 5º, do artigo 220 que determina que os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

No que tange a ideia de diversidade ou pluralidade nos meios, podem ser mencionadas as regras contidas no artigo 221 que determinam que a produção e a programação das emissoras devem atender de preferência finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas, devem atentar para a promoção da

cultura nacional e regional, estimular a produção independente que objetive sua divulgação, e favorecer a regionalização da produção cultural, artística e jornalística.

Em relação aos meios, o exemplo que pode ser dado é a criação do Fundo Setorial do Audiovisual que visa fomentar a produção nacional nesse setor.

No que tange a temporalidade, novamente a Lei do Serviço de Acesso Condicionado por ser indicada como exemplo. A lei prevê a sua aplicabilidade para a proteção e incentivo às produções nacionais e ao mercado nacional por um prazo de 12 anos, findo os quais a regra será a da competitividade.

Em relação aos resultados novamente a lei do SeAC pode ser mencionada como exemplo. Em pouco tempo de vigência (a lei entrou em vigor em setembro de 2011), os resultados por ela alcançados já foram detectados. Em relatórios da Agência Nacional do Cinema - Ancine há indicativos de aportes substanciais para a produção de conteúdos nacionais. Como exemplo, os investimentos nos anos 2013/2014 se comparados aos de 2010/2011, indicam um aumento de 6,5 (seis vezes e meio) nos aportes para o setor².

Por fim, como exemplo de arranjo institucional podem ser citados os arranjos para as concessões da radiodifusão que envolvem o Executivo e o Legislativo na tomada de decisão. Como exemplo de vocalização de demanda, a utilização do Judiciário como lócus de pleitos pode ser uma referência. Esse assunto será tratado na seção que segue.

PAPEL DO JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMUNICAÇÃO

Tendo em vista essa implementação de políticas públicas instrumentalizadas no direito, o Poder Judiciário é constantemente chamado a dirimir conflitos ou dúvidas relacionadas à constitucionalidade/legalidade de políticas (Bucci, 2006; Coutinho, 2013), por este motivo, o “Poder Judiciário possui um impacto significativo na elaboração das políticas públicas” (Taylor, 2007, p. 229), ao lado do Executivo e do Legislativo. Trata-se aqui sem dúvida de um exemplo de arranjo institucional, tal como proposto por Coutinho (2013).

Taylor (2007, p. 234) menciona que “os tribunais ampliam o leque de atores que podem influenciar a implementação de políticas públicas, mesmo depois de elas serem aprovadas por amplas majorias legislativas”. Alguns grupos de interesse inclusive buscam locais institucionais para contestar determinadas políticas públicas. Essa busca de mais um novo local institucional para influenciar nas políticas públicas fica evidente quando se verifica a atuação, por exemplo, da Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão - ABERT na contestação de inúmeras políticas públicas de comunicação junto ao Supremo Tribunal Federal. As mais relevantes tratam-se da ADI 3944 que tratava do Sistema Brasileiro de Televisão Digital e da ADI 4451 que tratou do humor nas eleições de 2010.

Taylor (2007) afirma também que muitas vezes vozes minoritárias também utilizam o Judiciário para se posicionarem contrariamente a determinadas políticas. O Partido Socialismo e Liberdade – PSOL protocolou duas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental para questionar junto ao Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade de concessão de emissoras de rádio e televisão para parlamentares, tratam-se das ADPFs 246 e 379. Também podem ser mencionadas as participações de entidades da

² <http://fsa.ancine.gov.br/?q=resultados/investimentos/investimentos-linhas-acao>. Apesar do aumento dos investimentos, algumas pesquisas indicam que os resultados práticos ainda são incipientes, a exemplo Lopes (2015).

sociedade civil e relacionadas as políticas públicas de comunicação e que também encontraram no Judiciário um novo locus para a vocalização de suas demandas.

Refiro-me ao Coletivo Intervenções e a ONG Artigo 19. Essas organizações vocalizaram suas demandas no STF na qualidade de *amicus curie*³ (Amigo da Corte), por exemplo, respectivamente, nas ADIs 3944-SBTD e 4756-SeAC e ADPF 130-Lei de imprensa e ADI 4815-Biografias não autorizadas.

Desta forma, “a política pública pode ser contestada judicialmente por uma série de atores tanto do mundo político quanto da sociedade civil” (Taylor, 2007, p. 245) e o acesso ao Judiciário serve também para “as oposições mostrarem serviço, protelando a implementação de políticas públicas contrárias aos interesses de seus seguidores e chamando a atenção da opinião pública para a sua oposição” (Taylor, 2007, p. 245). Especificamente sobre essa questão, pode ser mencionada a ADI 4679 proposta pelo Partido Democratas em relação à Lei de Serviço de Acesso Condicionado.

Os exemplos dos parágrafos anteriores indicam possibilidade de vocalização de demandas em políticas públicas (Coutinho, 2013).

No entanto, não só na implementação das políticas públicas o Judiciário tem tido papel relevante e mais evidente. Taylor (2007, p. 242) menciona a “capacidade considerável dos ministros do STF de controlar o timing e as consequências de seu impacto, seja sustentando políticas públicas que apoiam ou atrasando a derrota daqueles que eles acreditam ser de constitucionalidade duvidosa, porém preferíveis”. Como exemplo desse expediente pode ser mencionado o pedido de vista do ministro Joaquim Barbosa na ADI 2404, que trata da classificação indicativa. O pedido foi feito em 30 de novembro de 2011. O processo somente voltou a tramitar no STF em 22 de junho de 2015 após a posse do ministro Luiz Fachin que ocupou a vaga do ex-ministro Joaquim Barbosa que se aposentou, sendo finalizado somente em agosto de 2016. Outro caso de relevância extrema para as políticas de comunicação que pode ser mencionado é o da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 246, que questiona a constitucionalidade de concessões de emissoras de rádio e televisão para políticos, anteriormente mencionada. Essa ação foi protocolada no STF em 15 de dezembro de 2011 e até o presente momento não foi apreciada pelo relator ministro Gilmar Mendes.

Também no momento da elaboração das políticas públicas essa influência fica destacada, em especial, com concessões de liminares e ou mandados de segurança interrompendo a tramitação de projetos de leis na arena legislativa.

Taylor (2007, p. 248) ainda pontua que o Judiciário

decide quais regras são legítimas e estão em concordância com as leis locais ou a Constituição, assim como quais ações (ou omissões) representam aberrações ou infrações. Como resultado, os tribunais influenciam o curso das políticas públicas: tribunais e juízes influenciam o tipo de políticas que são implementadas e julgam a legalidade dessas políticas dentro da sua visão das regras legais existentes e das normas e tradições vigentes.

³ “Amigo da Corte”. Intervenção assistencial em processos de controle de constitucionalidade por parte de entidades que tenham representatividade adequada para se manifestar nos autos sobre questão de direito pertinente à controvérsia constitucional. Não são partes dos processos; atuam apenas como interessados na causa. <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=533> (Glossário Jurídico do STF).

No mesmo sentido, Comparato (1997, p. 20) indica que é “Impossível, porém, não reconhecer que, também em matéria de políticas públicas, pode haver inconstitucionalidades por omissão”. Exemplos dessas omissões legislativas e do uso de mecanismos processuais para contestar judicialmente essas omissões são as Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão, proposta pelo PSOL, de autoria do próprio Fábio Konder Comparato, que contestam no STF “a omissão inconstitucional do Congresso Nacional em legislar sobre as matérias constantes dos artigos 5º, inciso V; 220, § 3º, II; 220, § 5º; 222, § 3º, todos da Constituição Federal”⁴.

Esses exemplos e “as repercussões crescentes que as decisões judiciais têm provocado no planejamento e ações governamentais apontam para a relevância e complexidade do tema” (Ramos, 2007, p. 329).

A atuação do Judiciário, nesta seara, tem inclusive suscitado questionamentos teóricos. O mais recorrente é a compreensão de que está ocorrendo um exacerbado ativismo judicial, compreendido como

o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há ... uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturalização da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes (Ramos, 2015, p. 131).

Esse fenômeno de ativismo judicial ou em outros termos do que se convencionou também chamar de judicialização da política decorre, dentre outros fatores, do nosso modelo constitucional, pois o constitucionalismo brasileiro eleva as políticas públicas a direito constitucional, seguindo uma peculiaridade do constitucionalismo social-democrático, tendência iniciada com as Constituições mexicana de 1917 e da República de Weimar, de 1919, fato que, por si só, alarga sobremaneira o leque de ações do Poder Judiciário, pois este será, inevitavelmente, acionado para dirimir conflitos tendo em vista a aplicação ou não de uma política pública.

CONCLUSÕES

Pelo que foi exposto, conclui-se que o Direito permeia de maneira inexorável as políticas públicas de comunicação, em todas as suas etapas e processos, devendo a ciência jurídica e os seus referenciais teóricos serem sempre considerados quando da análise das políticas públicas de comunicação.

A título de sistematização, considera-se, neste trabalho, que o direito é objeto das políticas públicas de comunicação, quando, por exemplo, prevê, no texto constitucional, a pluralidade e diversidade dos e nos meios de comunicação e de informação, respectivamente, nos artigos 220, § 5º e 221. Arranjos institucionais também são estabelecidos pelo direito, como é o caso do artigo 223 da Constituição Federal, que define regras relacionadas à outorga ou renovação das concessões, permissões e autorizações para os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, atribuindo papéis para o Poder Executivo e para o Congresso Nacional. O direito como caixa de ferramentas ou mecanismo de indução ou recompensa pode ser relacionado ao Fundo Setorial do Audiovisual, criado pela lei 11.437/2006. Como vocalizador

⁴ Agradeço imensamente ao Prof. Dr. Fábio Konder Comparato, advogado do PSOL na ADO, por ter enviado gentilmente, por e-mail, a petição inicial, colaborando, desta forma, com a pesquisa.

de demandas relacionado às políticas públicas de comunicação, considera-se o direito atribuído funções ao Judiciário, considerando-o, portanto, como um novo lócus para tanto.

Do mesmo modo, fica evidente, através dos exemplos dados, o papel do Judiciário, em especial, do Supremo Tribunal Federal no momento da implementação de políticas públicas de comunicação, podendo ser considerado um importante ator nesses processos, participando desse Poder do arranjo institucional.

REFERÊNCIAS>>

BOBBIO, N. Da estrutura à função. Novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 25 de maio de 2016.

BUCCI, M. P. D. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, M. P. D. Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, M. P. D. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. In: FORINI, C.; ESTEVES, J. C. dos S.; DIAS, M. T. F. (ORGS). Políticas públicas: possibilidade e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BUCCI, M. P. D. Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2013.

COMPARATO, F. K. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. Revista dos Tribunais, ano 86, v. 737, março de 1997, p. 11-22.

COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, E; FARIA, C. A. P. de (org.). A política pública como campo multidisciplinar. São Paulo: Ed. UNESP; Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz, 2013.

FISS, O. M. A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GRAU, E. R. A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GRAU, E. R. O direito posto e o direito pressuposto. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

RAMOS, E. S. Controle jurisdicional de políticas públicas: a efetivação dos direitos sociais à luz da Constituição Brasileira de 1988. Revista da Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, v. 102, p. 327-356, 2007

_____. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES, D. M. M. da S. Avanços, retrocessos e estagnações: um balanço da lei 12.485. Revista Eptic, v. 17, n. 2, maio-agosto 2015, p. 39-56.

TAYLOR, M. M. O judiciário e as políticas públicas no Brasil. DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, 2007, p. 229-257.