
AS COMUNICAÇÕES NA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ: OS IMPACTOS DAS ALTERAÇÕES DOS ARTIGOS 21 E 222

Marcus A. Martins*

1. Introdução

A redação original da Constituição Federal de 1988, promulgada em 5 de outubro daquele ano, apesar de trazer inovações aos princípios gerais que regiam as comunicações no País, não alterou de forma substancial o *status quo* da organização então vigente dos setores de radiodifusão e de telecomunicações.

No campo da radiodifusão, a Carta Magna manteve as diretrizes que orientaram toda a regulação do rádio e da televisão desde seu surgimento no Brasil: manutenção desses veículos de comunicação sob controle de empresas com capital integralmente nacional; competência exclusiva da União para a outorga das licenças; e fiscalização direta da programação disponibilizada (MARTINS, 2007)¹.

Da mesma forma, a nova redação da Lei Maior introduziu, como determinação constitucional, a exploração direta, pela União ou por concessionária sob controle acionário estatal, dos serviços de telecomunicações, consagrando o monopólio em vigor, operado pelo Sistema Telebrás².

Foi prevista também, nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, a manutenção das concessões de serviços públicos de telecomunicações em operação quando de

* **Marcus Augustus Martins** é Mestre em Relações Internacionais e especialista em Regulação de Telecomunicações pela Universidade de Brasília (UnB). É Consultor Legislativo do Senado Federal.

¹ As transmissões radiofônicas foram oficialmente inauguradas, no Brasil, com a abertura da *Feira-Exposição Mundial*, realizada no Rio de Janeiro em 7 de setembro de 1922, por ocasião das Comemorações do Centenário da Independência. Já a primeira emissora de rádio do País foi a *Rádio Sociedade do Rio de Janeiro*, fundada, em 20 de abril de 1923, por Edgard Roquette Pinto e Henrique Morize. O surgimento da televisão aconteceu em 18 de setembro de 1950, com a inauguração da PRF-3-TV Tupi de São Paulo, de propriedade do empresário Assis Chateaubriand.

² Note-se que desde a implantação dos serviços telegráficos e telefônicos, no final do século XIX, prevaleceu no País o modelo de exploração privada, sob a chancela pública. A estatização do setor de telecomunicações iniciou-se apenas no início da década de 1960, quando o governo federal decretou a intervenção da Companhia Telefônica Brasileira (CTB), então a maior operadora de telefonia do Brasil, de capital privado de origem canadense. Em 1965, foi inaugurada a Empresa Brasileira de Telecomunicações (EMBRATEL), empresa sob controle estatal, originalmente responsável pela operação dos troncos interestaduais de telefonia. E com a sanção da Lei nº 5.792, de 11 de julho de 1972, foi criada a Telecomunicações Brasileiras S.A. (TELEBRÁS), *holding* estatal que passou a absorver, por meio de aquisições ou vencimento de outorgas, a maioria das empresas de telecomunicações em território nacional (MARTINS, 2007).

sua promulgação, o que possibilitou a existência de companhias independentes da *holding* estatal (Telebrás)³.

Curiosamente, em 1993, com o início do processo de revisão constitucional previsto pela própria Carta Magna, a discussão sobre o monopólio estatal das telecomunicações foi uma das mais acirradas. Nesse contexto, cinco propostas de emenda à Constituição (PEC) foram apresentadas, prevendo o fim da exploração exclusiva do Estado nos serviços públicos de telecomunicações, nenhuma delas apreciada.

No entanto, duas alterações levadas a efeito nos últimos anos promoveram significativos impactos nas comunicações brasileiras: a Emenda Constitucional (EC) nº 8, de 15 de agosto de 1995, que alterou *o inciso XI e a alínea a do inciso XII do art. 21 da Constituição Federal*; e a EC nº 36, de 28 de maio de 2002, que deu *nova redação ao art. 222 da Constituição Federal, para permitir a participação de pessoas jurídicas no capital social de empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, nas condições que especifica*.

1.1. Os dispositivos originais da Constituição Federal de 1988 para as comunicações

Como mencionado, a Constituição Federal de 1988 previu, no inciso XI do art. 21, a exploração direta, pela União ou empresa sob seu controle acionário, dos serviços públicos de telecomunicações. Já a partir da alínea *a* do inciso XII, o mesmo art. 21 estabeleceu a possibilidade de o Estado operar diretamente, ou outorgar a terceiros, inclusive controlados pela iniciativa privada, o direito de explorar os serviços de rádio e televisão e os “demais serviços de telecomunicações”. Note-se que, por este dispositivo, a radiodifusão encontrava-se, constitucionalmente, incluída no rol dos serviços de telecomunicações.

No que diz respeito, especificamente, aos meios de comunicação, a Carta de 1988 foi a primeira das constituições brasileiras a mencionar a expressão *comunicação social*, dedicando um capítulo específico para tratar do tema: o Capítulo V do Título VIII, referente à Ordem Social, que abrange quatro artigos (arts. 220 a 224).

³ Existiam, antes da privatização do Sistema Telebrás, em julho de 1998, quatro companhias de telecomunicações independentes, sendo três estatais – a Companhia Riograndense de Telecomunicações (CRT), controlada pelo governo do Rio Grande do Sul; a Serviços de Comunicações Telefônicas (Sercomtel), sob o controle da Prefeitura de Londrina; e a Centrais Telefônicas de Ribeirão Preto (Ceterp), empresa municipal de Ribeirão Preto – e uma operadora privada – a Companhia Telefônica do Brasil Central (CTBC), com sede em Uberlândia, responsável pela exploração dos serviços no Triângulo Mineiro e adjacências.

O art. 220, que encabeça o Capítulo, garante plena liberdade de expressão, sob qualquer forma, vedando toda natureza de censura e proibindo dispositivo legal que possa constituir embaraço à informação jornalística nos veículos de comunicação.

O referido dispositivo inova ao prever legislação específica para regular os espetáculos públicos e a publicidade de produtos nocivos à saúde e ao meio-ambiente, como medicamentos, tabaco e bebidas alcoólicas (art. 220, §§ 3º e 4º). Além disso, proíbe que os meios de comunicação sejam objeto de monopólio e oligopólio e mantém a determinação constitucional anterior de garantir o funcionamento da mídia impressa, independentemente de licença do poder público (art. 220, §§ 5º e 6º).

O dispositivo seguinte estabelece uma série de princípios, específicos para a produção e programação das emissoras abertas de televisão e rádio, como a preferência a finalidades educativas, culturais e informativas; e o estímulo à cultura nacional, à produção independente e à regionalização da produção (art. 221, I, II e III).

A redação original do art. 222 manteve a propriedade de empresas jornalísticas e de radiodifusão, privativamente, nas mãos de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, a quem caberia a gestão administrativa e a responsabilidade editorial (art. 222, § 1º). Vedou, ainda, a participação de pessoa jurídica no controle dos grupos de mídia impressa, rádio e televisão, à exceção de partidos políticos e sociedades pertencentes a brasileiros, os quais não poderiam exceder a trinta por cento de seu capital social (art. 222, § 2º).

Outra inovação trazida pela Constituição de 1988 foi a participação do Congresso Nacional no processo de outorgas para emissoras de radiodifusão, antes exclusivo do Poder Executivo, deliberando sobre as indicações do Presidente da República, com competência para referendá-las (art. 223).

Por fim, o art. 224 criou o Conselho de Comunicação Social, órgão auxiliar do Congresso Nacional para questões relativas às comunicações, na forma da Lei nº 8.389, de 30 de dezembro de 1991.

2. A Emenda Constitucional nº 8, de 1995

2.1. A tramitação da EC nº 8

Encaminhada ao Congresso Nacional pelo Poder Executivo em 15 de fevereiro de 1995, dentro do chamado “pacote de reformas da ordem econômica”, que quebraria o monopólio do petróleo, do gás canalizado, da exploração do subsolo e da navegação de cabotagem, e acabaria com a distinção entre empresa brasileira de capital nacional e de capital estrangeiro,

a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 3, de 1995, previa o fim do monopólio estatal das telecomunicações.

A alteração proposta era bastante simples: apenas suprimia, no inciso XI do art. 21, a expressão “a empresas sob controle estatal”, permitindo, com isso, a outorga, a empresas privadas, a critério exclusivo da União, do direito de exploração dos serviços públicos de telecomunicações, nada modificando em relação aos serviços de radiodifusão, tratados pelo inciso XII. Dispunha a PEC nº 3, de 1995:

Art. 1º É suprimida a expressão *a empresas sob controle estatal* no art. 21, inciso XI, da Constituição, passando o dispositivo a ter a seguinte redação:

Art. 21.

.....
 XI – explorar, diretamente ou mediante concessão, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União.

Art. 2º Esta emenda entra em vigor na data de sua publicação.

Analisada por uma Comissão Especial na Câmara dos Deputados, e relatada pelo Deputado Geddel Vieira Lima, a proposta de emenda trouxe novamente à tona as discussões travadas em 1993, por ocasião da (nesse aspecto) frustrada revisão constitucional.

As principais questões envolvidas no debate diziam respeito às intenções do Governo Federal no modelo de reestruturação do setor de telecomunicações, principalmente:

- 1) o Sistema Telebrás seria mantido sob controle da União, abrindo-se a competição com empresas privadas, ou a *holding* estatal de telefonia seria, simplesmente, privatizada?
- 2) seria prevista a criação de um órgão regulador setorial, capaz de organizar e fiscalizar um mercado privado de telecomunicações? Quais seriam o formato e as competências desse órgão?

Apesar da complexidade das questões, a PEC nº 3, de 1995, foi aprovada na Comissão Especial em 10 de maio de 1995, na forma da redação dada por seu relator. E apenas duas semanas depois, em 25 de maio, mantido o texto aceito pela Comissão Especial, a PEC nº 3 foi também aprovada pelo Plenário da Câmara dos Deputados, sendo promulgado no dia 15 de agosto seguinte pelo Senado Federal, transformando-se na Emenda Constitucional nº 8.

Foi essa Emenda ao texto constitucional, então, a responsável pela modificação dos incisos XI e XII do art. 21 da Lei Maior, que passou a ter a seguinte redação, sendo vedada adoção de medida provisória para regulamentá-la⁴:

Art. 21.

 XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;
 XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:
 a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens;

2.2. A EC nº 8, de 1995, e a reestruturação do setor de telecomunicações

A redação modificada do art. 21 da Constituição Federal trouxe algumas importantes implicações. A primeira, objetivo central da proposta, foi a possibilidade de a União outorgar ao capital privado o direito de exploração dos serviços de telecomunicações, mantendo a prerrogativa de continuar oferecendo diretamente esses serviços. Ou seja, a aprovação da EC nº 8, de 1995, quebrou o monopólio, mas possibilitou, a critério do Poder Executivo, a manutenção do Sistema Telebrás nas mãos do Estado, abrindo o setor para a competição com empresas privadas.

A segunda previsão, impondo a necessidade de lei ordinária para regulamentar o novo art. 21, estabeleceu dois dispositivos centrais para a alteração do modelo vigente: a criação de um órgão regulador autônomo para o setor e a reestruturação do Sistema Telebrás, preparando-o para a – na época ainda indefinida – privatização.

Nesse contexto, um complexo cenário se formou. O Poder Executivo, prevendo dificuldades políticas para patrocinar uma reforma ampla e imediata, optou por uma liberalização gradual do setor, de forma a atenuar as fortes pressões do mercado. Então, para regulamentar a EC nº 8, de 1995, o Governo Federal decidiu adotar a seguinte estratégia: propor, em primeiro lugar, uma legislação que tratasse especificamente da telefonia celular, o segmento do setor de telecomunicações de maior demanda reprimida e, por isso, com perspectiva de grande expansão, abrindo, o mais rápido possível, sua exploração para as empresas privadas; e apresentar, posteriormente, proposta de lei mais abrangente que englobasse as questões centrais, como a reestruturação e desestatização do Sistema Telebrás e a criação do órgão regulador exigido pela emenda constitucional aprovada.

⁴ O art. 2º da EC nº 8, de 1995, determina que “é vedada a adoção de medida provisória para regulamentar o disposto no inciso XI do art. 21 com a redação dada por esta emenda constitucional”.

2.2.1 A *Lei Mínima* e a abertura do mercado de telefonia móvel

Em novembro de 1995, o Poder Executivo encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei (PL) nº 1.287, dispondo, fundamentalmente, sobre o serviço móvel celular. Recebido na Câmara dos Deputados e distribuído à Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática (CCTCI), os pontos que centralizaram as discussões foram as restrições à participação do capital estrangeiro no segmento, que, pelo projeto original do Governo Federal, estaria limitada a 49% das ações ordinárias das operadoras; e a criação do órgão regulador, suas competências e limites de atuação.

O relator da matéria na Comissão, o Deputado Arolde de Oliveira, optou, no substitutivo final apresentado, por estabelecer um prazo de três anos para o limite à participação do capital estrangeiro no mercado de telefonia móvel, fixado nos 49% originalmente propostos, e por manter o Ministério das Comunicações com as competências do órgão regulador, até que este fosse formalmente criado por legislação específica.

Além disso, o relatório aprovado abriu caminho para a privatização das operadoras móveis sob controle estatal, mediante a previsão do desmembramento compulsório entre o serviço de telefonia celular e os serviços telefônicos fixos das concessionárias do Sistema Telebrás, num período máximo de dois anos.

Com uma tramitação difícil, o projeto de lei só conseguiu ser aprovado pelo Senado Federal no dia 18 de julho de 1996. Dessa maneira, em 19 de julho foi sancionada pelo presidente Fernando Henrique Cardoso a Lei nº 9.295, a chamada *lei mínima das telecomunicações*, abrindo ao capital privado o mercado brasileiro de telefonia celular.

E a partir das regras estabelecidas pela Portaria nº 557, de 3 de novembro de 1996, do Ministério das Comunicações, foi organizado o processo de licitação da chamada *banda B* da telefonia celular, faixa de frequência reservada à exploração privada dos serviços telefônicos móveis. Iniciada em janeiro de 1997, mediante a publicação do edital do certame, o processo foi concluído em outubro de 1998, com as dez áreas licitadas alcançando um valor somado de, aproximadamente, R\$ 8,3 bilhões.

Dessa forma, o primeiro passo para a reorganização dos serviços de telecomunicações no Brasil, posteriormente à promulgação da EC nº 8, de 1995, foi a licitação da banda B do serviço móvel celular, o que reabriu o mercado brasileiro de telefonia para o capital privado.

2.2.2 A Lei Geral de Telecomunicações e a privatização do Sistema Telebrás

Após a quebra do monopólio e a abertura do mercado de telefonia celular, o Governo Federal deu prosseguimento ao seu planejamento de mudanças graduais no setor de telecomunicações.

Para isso, enviou ao Congresso Nacional, em 10 de dezembro de 1996, o PL nº 2.648, que, recebido na Câmara dos Deputados, foi distribuído a Comissão Especial criada para a análise de seu conteúdo⁵. Ficando logo conhecido como *Lei Geral de Telecomunicações* (LGT), esse projeto previa desde a criação do órgão regulador – a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) – até o estabelecimento da competência exclusiva do Poder Executivo para reestruturar e privatizar o Sistema Telebrás, pontos que centralizaram as discussões durante a tramitação da matéria no Poder Legislativo.

Aprovado na Câmara dos Deputados em 18 de junho de 1997, e pelo Senado Federal no dia 10 de julho seguinte, o projeto de Lei Geral de Telecomunicações foi sancionado pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso em 16 de julho, convertendo-se na Lei nº 9.472, que *dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995*.

Finalmente, com os devidos instrumentos legais à disposição, e com a Anatel implementada e em funcionamento, o Governo Federal iniciou o processo de reorganização do Sistema Telebrás, que culminou com sua privatização.

O primeiro passo dessa remodelagem foi a cisão entre os serviços estatais de telefonia fixa e de telefonia móvel, com a criação de companhias específicas para a sua exploração. Dessa maneira, o Sistema Telebrás passou, à época, a ser composto por 27 empresas de telefonia fixa, 26 de telefonia celular, além de uma companhia de serviços telefônicos de longa distância, a Embratel⁶.

O passo seguinte, de acordo com o Plano Geral de Outorgas (PGO), aprovado pelo Decreto nº 2.534, de 2 de abril de 1998, foi agrupar, a partir de critérios de mercado, as 27

⁵ O Projeto de Lei nº 2.648, do Poder Executivo, foi apensado ao PL nº 821, de 1995, de autoria do Deputado Renato Jonhsson, o mais antigo projeto sobre a regulamentação dos serviços de telecomunicações em tramitação na Câmara dos Deputados. A ele também foram apensados o PL nº 1.117, do Deputado Marcelo Barbieri, e o PL nº 1.168, do Deputado Miro Teixeira, ambos de 1995, bem como o PL nº 2.626, de 1996, de autoria dos deputados Jacques Wagner, Sandra Starling e Sérgio Miranda. Assim, a Lei Geral de Telecomunicações tramitou, na Câmara dos Deputados, como PL nº 821, de 1995.

⁶ A separação estrutural entre os serviços de telefonia básica e telefonia celular nas operadoras do Sistema Telebrás foi autorizada pela Portaria nº 782, do Ministério das Comunicações, editada no dia 15 de dezembro de 1997.

companhias regionais de telefonia fixa em três grandes operadoras⁷. Além disso, as 26 companhias estatais de telefonia móvel, que operavam mediante o espectro de frequências da denominada *banda A*, foram fundidas em oito empresas, dentro de áreas similares às das empresas privadas da banda B, incentivando a competição nesse serviço. A estrutura da Embratel foi mantida, formando a quarta empresa de telefonia fixa a ser privatizada.

Assim, concluída a reestruturação, o Sistema Telebrás estava constituído por 12 empresas, a serem privatizadas: três de telefonia fixa local e regional, oito de telefonia celular e uma companhia para os serviços telefônicos de longa distância.

O processo de licitação para a privatização do Sistema Telebrás foi iniciado, efetivamente, em maio de 1998, com abertura dos *data rooms*, ou *salas de informação*, às empresas interessadas, contendo todas as informações técnicas, administrativas e econômico-financeiras necessárias para a formulação das propostas. O critério único estabelecido para a disputa foi o *leilão*, marcado para o dia 29 de julho seguinte. O preço mínimo previsto para cada empresa foi calculado a partir de avaliações econômico-financeiras e de reestruturação societária, realizadas por consultorias estrangeiras especializadas contratadas pelo Governo Federal.

Para estimular o modelo de competição entre as empresas, o leilão foi realizado obedecendo, entre outras, as seguintes regras:

- 1) as empresas a serem privatizadas foram separadas em três grupos. O *Grupo A*, formado pelas três companhias de telefonia fixa local e regional, e pela companhia de longa distância. O *Grupo B*, constituído pelas quatro companhias de telefonia celular com maior valor de mercado. E o *Grupo C*, que reuniu as quatro companhias de telefonia celular de menor valor;
- 2) a empresa interessada na privatização pôde participar do certame isoladamente ou a partir da formação de consórcios, desde que respeitado o limite estabelecido para a compra. Esse limite estipulou que uma empresa com participação igual ou superior a 20% na composição acionária de um consórcio não poderia adquirir mais de uma companhia de cada grupo. Assim, uma empresa com participação relevante em um consórcio, ou seja, com mais de 20% no controle de suas ações com direito a voto, poderia comprar, no máximo, três companhias do Sistema Telebrás: uma de telefonia fixa ou a de longa distância, e duas companhias de telefonia celular, sendo uma com maior e outra com menor atratividade de mercado. Outra restrição

⁷ As três grandes companhias de telefônica fixa local previstas pelo PGO são, hoje, a **Oi** (antiga Telemar), que explora o serviço nos Estados do Rio de Janeiro, Minas Gerais, Espírito Santo, Bahia, Sergipe, Alagoas, Pernambuco, Paraíba, Rio Grande do Norte, Ceará, Piauí, Maranhão, Pará, Amapá, Amazonas e Roraima; a **Brasil Telecom**, que atua nos Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Goiás, Tocantins, Rondônia e Acre, bem como no Distrito Federal; e a **Telefonica**, que opera no Estado de São Paulo.

estabelecida foi a impossibilidade de uma empresa, ou consórcio, adquirir uma companhia de telefonia fixa e outra de telefonia celular na mesma área de atuação;

- 3) não houve limite para o capital estrangeiro, permitindo-se a participação de empresas e consórcios com 100% de capital externo;
- 4) a data estabelecida para o limite geográfico de atuação das empresas de telefonia fixa e de longa distância foi o dia 31 de dezembro de 2003, podendo ser antecipada para 31 de dezembro de 2001, caso todas as obrigações de universalização e expansão estipuladas pela Anatel fossem cumpridas.

O sucesso do processo de privatização do Sistema Telebrás foi grande, com R\$ 22,057 bilhões – R\$ 15,5 bilhões dos quais de origem estrangeira – arrecadados pelo Governo, superando em quase 64% o preço mínimo estipulado, de R\$ 13,470 bilhões⁸.

Passado pouco mais de uma década da abertura do mercado brasileiro de telecomunicações, possibilitada com a revisão do art. 21 da Constituição Federal, o número de telefones fixos em serviço no Brasil saltou de 17 milhões para 40 milhões. Na telefonia móvel, o crescimento foi ainda mais significativo: dos 4,6 milhões de telefones celulares em operação no ano de 1997, o País contava, no primeiro trimestre de 2008, com cerca de 130 milhões.

3. A EC nº 8, de 1995, e a separação constitucional entre *radiodifusão* e *telecomunicações*

A terceira grande modificação introduzida pela EC nº 8, de 1995, foi a separação entre os *serviços de telecomunicações* e os *serviços de radiodifusão*, até então unidos constitucionalmente pela alínea *a* do inciso XII do art. 21 constitucional.

Lembremos que a redação original do referido inciso, combinado com a sua alínea *a*, previa que era competência da União “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações”. Ou seja, as espécies *rádio* (radiodifusão sonora) e *televisão* (radiodifusão de sons e imagens) estavam abrangidas pelo gênero *telecomunicações*.

A nova redação do texto constitucional, que manteve nas mãos do Poder Executivo o direito exclusivo para as outorgas de rádio e TV, revogou a expressão “e demais serviços de telecomunicações”, acabando com o vínculo entre telecomunicações *stricto sensu*, como telefonia, transmissão de dados e mesmo TVs por assinatura, e radiodifusão. Determinou, então, que os serviços de radiodifusão passassem a figurar como uma categoria específica, tão

⁸ O preço mínimo fixado para o Sistema Telebrás, de R\$ 13,47 bilhões, foi avaliado de acordo com os 51,79% das ações da União com direito a voto, ou 19,26% do total do capital da empresa.

distinta das telecomunicações quanto a energia elétrica, o transporte aéreo, o transporte rodoviário interestadual e internacional, ou os portos marítimos, tratados pelas demais alíneas do inciso XII.

Assim, com essa separação, a futura regulamentação exigida pela Emenda nº 8, de 1995, para as telecomunicações, inclusive a criação do órgão regulador, não surtiriam efeito sobre o rádio e a televisão abertos (RAMOS, 1997).

Ficou evidente, portanto, a distinção: o inciso XI do art. 21 concerne exclusivamente a telecomunicações, ou seja, a obrigatoriedade de uma lei específica para regulamentá-lo, assim como a criação de um órgão regulador autônomo, deveria ser aplicada apenas aos serviços de telefonia básica, telefonia celular, transmissão de dados, serviços de satélite, TV a cabo, TV por microondas etc.; já a alínea *a* do inciso XII do mesmo artigo, que dispõe sobre rádio e televisão convencionais, manteve a radiodifusão brasileira regida pela Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, e subordinada ao Ministério das Comunicações.

A questão central, nesse caso, diz respeito a como enfrentar, no âmbito infra-constitucional, a regulação da chamada *convergência das comunicações*, processo impulsionado pelos avanços tecnológicos, o qual permite que as diferentes redes, sejam elas de telecomunicações ou de radiodifusão, distribuam os mais diversos conteúdos, inclusive audiovisuais, para acesso por terminais distintos, com a separação, na Lei Maior, entre os serviços.

Nesse contexto, a introdução desse dispositivo, que sequer constava da Proposta de Emenda à Constituição nº 3, de 1995, originária do Governo Federal, *trilha caminho inverso da ocorrência do fenômeno da convergência tecnológica dos media. Esta disparidade faz com que a regulação venha ocorrendo de forma confusa, descompassada e com invasões de todos os lados* (BITELLI, 2004, p. 270).

4. A tramitação da EC nº 36, de 2002

No dia 20 de setembro de 1995, foi apresentada, na Câmara dos Deputados, a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 203, tendo como primeiro signatário o Deputado Laprovita Vieira, que alterava o art. 222 vigente, dispondo sobre a propriedade de empresas jornalísticas e de radiodifusão.

A proposta original previa a modificação do § 1º do referido artigo, bem como a revogação de seu § 2º, de forma a possibilitar que os partidos políticos, as sociedades de capital exclusivamente nacional e as “entidades sem fins lucrativos” (novidade introduzida pelo § 1º) pudessem controlar, integralmente, mediante pessoa jurídica, veículos de mídia

imprensa, de rádio e de televisão. Não mencionava, dessa maneira, qualquer sugestão de participação do capital estrangeiro naqueles veículos, então de propriedade exclusiva de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos.

Com a apresentação da PEC nº 455, em 25 de março de 1997, pelo Deputado Aloysio Nunes Ferreira e outros deputados, as discussões sobre o tema mudaram de foco: a nova iniciativa estabelecia que o capital estrangeiro poderia participar, limitado a 30%, da propriedade de empresas jornalísticas e de radiodifusão⁹. Note-se que essa proposta permitia a capitalização dos grupos de mídia nacionais sem que, no entanto, seus proprietários perdessem o controle de gestão. Isso porque, de acordo com o texto da PEC nº 455, de 1997, 70% do capital total e votante dessas empresas deveria pertencer, nominalmente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 anos.

Avaliada por uma Comissão Especial na Câmara dos Deputados, o parecer de seu relator, Deputado Henrique Eduardo Alves, orientou toda a discussão da matéria no Congresso Nacional. Nesse sentido, a iniciativa foi aprovada no Plenário da Câmara dos Deputados em 26 de fevereiro de 2002, e no Senado Federal no dia 22 de maio seguinte.

Promulgada pelo Presidente do Congresso Nacional, Senador Ramez Tebet, em 28 de maio de 2002, a PEC nº 203, de 1995, foi convertida na Emenda Constitucional nº 36, que deu a seguinte redação ao art. 222:

Art. 222. A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País.

§ 1º Em qualquer caso, pelo menos setenta por cento do capital total e do capital votante das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens deverá pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, que exercerão obrigatoriamente a gestão das atividades e estabelecerão o conteúdo da programação.

§ 2º A responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, em qualquer meio de comunicação social.

§ 3º Os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221, na forma de lei específica, que também garantira a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais.

§ 4º Lei disciplinará a participação de capital estrangeiro nas empresas de que trata o § 1º.

§ 5º As alterações de controle societário das empresas de que trata o § 1º serão comunicadas ao Congresso Nacional.

⁹ A PEC nº 455, de 1997, foi apensada à PEC nº 203, de 1995.

4.1. A EC nº 36 e a possibilidade de entrada do capital estrangeiro no setor de radiodifusão

De acordo com Bitelli,

(...) fomentada por uma grande crise econômica dos agentes empresariais controladores das principais radiodifusoras e operadoras de televisão a cabo, acompanhada de alguns editores de jornais tradicionais, o Congresso foi pressionado a votar projeto de emenda constitucional visando alterar o art. 222 da CF, principalmente para permitir a abertura de capital destas entidades privadas e a entrada de capital estrangeiro na composição acionária, tudo isso como forma de obtenção de financiamento e novos capitais (BITELLI, 2004, p. 271).

Nesse sentido, a primeira modificação relevante trazida pela EC nº 36, de 2002, foi a possibilidade de pessoas jurídicas, com pelo menos 70% de capital total e votante pertencente a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, controlarem empresas jornalísticas e de radiodifusão, até então privativas de pessoas físicas nacionais. Esse dispositivo permitiu a associação das empresas de comunicação com outros grupos econômicos, inclusive estrangeiros, interessados em participar do setor, assim como a abertura de seu capital em bolsa, facilitando a captação de recursos.

Apesar de ter sido esse o aspecto central da discussão da Emenda Constitucional em tela, não há notícias da participação, no controle societário, do capital externo nos grandes grupos nacionais de mídia.

5. A EC nº 36 e os novos conceitos

Além da questão da *propriedade* nas empresas jornalísticas e de radiodifusão, a EC nº 36, de 2002, trouxe algumas outras determinações que merecem uma análise mais detalhada.

Entre elas, destaca-se o disposto no novo § 2º do art. 222, que ampliou a responsabilidade editorial exclusiva a brasileiros natos e naturalizados há mais de 10 anos, limitada originalmente a “empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens”, para “qualquer meio de comunicação social”.

O problema a ser solucionado, nesse caso, diz respeito à ausência, no texto constitucional, ou arcabouço legal do setor, da definição precisa de “meio de comunicação social”. Assim, por exemplo, os serviços de televisão por assinatura, caracterizados na EC nº 8, de 1995, como telecomunicações, estão incluídos no conceito de *comunicação social*? Essa definição vale para a difusão de conteúdo eletrônico via Internet, que não é caracterizada nem como radiodifusão nem como telecomunicações?

Outro conceito ausente na legislação em vigor, e presente no texto da EC nº 36, de 2002, é o de “meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço”, estabelecido pelo § 3º do art. 222. A esses veículos seriam aplicados os princípios enunciados no art. 221 da Constituição Federal, baseados na preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; na promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente; na regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; e no respeito aos valores éticos. Agora, como aplicá-los aos novos meios de comunicação eletrônica, num cenário de convergência tecnológica?

6. Conclusões

A Constituição Federal de 1988, em sua redação original, manteve a organização dos serviços de radiodifusão e de telecomunicações no País.

Entretanto, duas modificações ocorridas nos últimos treze anos alteraram o cenário então vigente. A primeira delas, consubstanciada na EC nº 8, de 1995, permitiu a privatização do controle estatal das operadoras de telecomunicações no País e previu a criação da Anatel como órgão regulador setorial. A referida Emenda, no entanto, ao cindir, constitucionalmente, a radiodifusão dos serviços de telecomunicações, criou uma regra incompatível no cenário de convergência tecnológica, no qual as diferentes redes podem distribuir os mais diversos conteúdos para variados terminais de acesso.

Já a EC nº 36, de 2002, que tinha como objetivo central capitalizar os grupos nacionais de imprensa escrita, de rádio e de televisão, a partir da previsão de participação do capital estrangeiro, limitado a 30%, não obteve o resultado desejado. E, da mesma forma que a EC nº 8, de 1995, com a previsão dos termos “meio de comunicação social” e “meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço”, sem a devida conceituação, tornou mais complexa a tarefa do legislador na convecção de um arcabouço legal que dê conta do cenário de convergência entre redes e serviços de comunicações.

Referências bibliográficas

BITELLI, M. A. S. *O Direito da Comunicação e da Comunicação Social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FURTADO, V. O crime de rádio clandestina ou “pirata” e sua classificação legal, o artigo 70 da lei 4.117/62. *Boletim dos Procuradores da República*, nº 67, p. 3-8, junho de 2005.

MARTINS, M. A. *O Brasil e a globalização das comunicações na década de 90*. 1999. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília. Brasília.

_____. O histórico legal das comunicações no Brasil e a tramitação do Código Brasileiro de Telecomunicações. In: RAMOS, M. C.; SANTOS, S. *Políticas de Comunicação*. São Paulo: Paulus, 2007.

RAMOS, M. C. Uma nova legislação para as comunicações brasileiras e o paradoxo da radiodifusão. In: *Tendências XXI*, Lisboa, nº 2, p. 176-182, setembro de 1997.

SARDINHA, L.R. *Radiodifusão: o controle estatal e social sobre suas outorgas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.