

O regime jurídico-constitucional da radiodifusão e das telecomunicações no Brasil em face do conceito de atividades audiovisuais. A inconstitucionalidade do anteprojeto de lei que cria a Agência Nacional do Cinema e do Audiovisual – Ancinav*

Otavio Luiz Rodrigues Junior

Sumário

1. Apresentação do problema. 2. Artigo 4º, inciso VI: impossibilidade de controle indicativo simultâneo. 3. Artigos 7º a 10: Conceito de atividade audiovisual. Distinção entre radiodifusão e telecomunicações. Comunicação social. Comunicação de massa: conceito equívoco no ordenamento jurídico brasileiro. Impropriedade da amplitude conferida ao conceito de atividade audiovisual em face da Constituição de 1988. 4. Artigo 12: A descaracterização constitucional do conceito de empresa brasileira e o estabelecimento de limites inconstitucionais ao exercício dos serviços de radiodifusão e de telecomunicações. 5. Artigo 25: O sofisma da separação entre *redes físicas* e *produção de conteúdo*. Prevalência do regime constitucional dicotômico entre os serviços de telecomunicações e de radiodifusão. 6. Artigo 36: A opção constitucional por estabelecer um *único* órgão autárquico de controle e regulação dos serviços de telecomunicações. Inconstitucionalidade da criação de outra agência para o exercício da mesma função típica. 7. Artigo 42: A função de controle de outorgas de serviços de radiodifusão e de telecomunicações e a inconstitucionalidade de sua interferência por uma nova agência reguladora. 8. Artigo 43: O controle de conteúdo e seu perfil constitucional. 9. Artigos 44 a 47: Interferência da Ancinav nas atribuições de outros entes. 10. Artigo 84: A inconstitucionalidade do uso do Fistel como receita do Funcinav. 11. Artigo 93: Descaracterização do sentido de concessionário de serviços de telecomunicações. 12. Conclusões.

Otavio Luiz Rodrigues Junior é Consultor Jurídico do Ministério das Comunicações. Advogado da União.

1. Apresentação do problema

O anteprojeto de lei que *dispõe sobre a organização de atividades audiovisuais, sobre o Conselho Superior do Audiovisual, a Agência Nacional do Cinema e do Audiovisual e dá outras providências*, elaborado no âmbito do Ministério da Cultura e da Casa Civil da Presidência da República, ensejou, desde logo, fundas polêmicas técnico-jurídicas, empolgando acerbo debate na opinião pública brasileira no ano de 2004.

Neste estudo, pretendeu-se apreciar os artigos do anteprojeto que tocavam o âmbito normativo peculiar ao Ministério das Comunicações. Em obediência a essas premissas, as razões seguintes representam uma visão tópica do anteprojeto, que se circunscreve aos aspectos de maior intimidade com os ofícios do Ministério das Comunicações, assim entendidos, sua função, sua estrutura, suas atribuições administrativas e o espaço de incidência das normas constitucionais, legais e infralegais que lhes são próprias. Igualmente, contemplam-se os efeitos supostos do anteprojeto, em idênticos limites, sobre a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, autarquia vinculada, e que merecem indispensável curadoria.

Ante a exigüidade temporal de sua elaboração, o estudo nem de longe exauriu o tema, mas, evidentemente, contribuiu a um perلustrar mais reflexivo da norma em minuta, suas projeções sobre o ordenamento jurídico brasileiro e as implicações de natureza técnica ou tecnológica. O exame decanta vários artigos e pospõe-lhes o que se ponderou essencial, em termos de confronto legislativo e axiológico, *especificamente por sua inadequação*, o que informa persistir a imперatividade de seu reestudo ou mesmo sua supressão. O que tocara a outros plexos do Poder Executivo, especialmente à Presidência da República e ao Ministério da Justiça, não foi cuidado, pois, com superior qualidade e proficiência, seus representantes o farão. Esse propósito foi exceptuado apenas naquilo que se mostrou absolutamente in-

dispensável à harmonia e ao concerto material da Constituição da República.

A exposição atende a um método. Cada um dos artigos do anteprojeto, que se vincarem aos pressupostos acima delineados, será objeto de uma secção específica, relativamente independente das demais, indigitando-se a assimetria peculiar. Quando possível, recomenda-se a supressão ou a modificação do texto, a fim de conservá-lo.

2. Artigo 4º, inciso VI: impossibilidade de controle indicativo simultâneo

“Art. 4º O Poder Público, no que se refere ao desenvolvimento e à regulação das atividades audiovisuais, tem o dever de:

(...)

VI – estimular o estabelecimento, pela sociedade, de sistemas de classificação indicativa de obras e outros conteúdos audiovisuais, bem assim de códigos de auto-regulamentação da produção e veiculação de conteúdos audiovisuais pelos meios de comunicação de massa, com a participação de representantes da sociedade civil e associações de exploradores de atividades audiovisuais;”

Esse artigo prevê uma modalidade paraestatal de controle dos “conteúdos audiovisuais”, expressão que, como se verá nas secções seguintes, possui caráter de extrema abrangência, alcançando até os programas veiculados por concessionários de serviços de radiodifusão sonora e de imagens.

O art. 21, inciso XVI, da Constituição Federal define que compete à União classificar, para efeito indicativo as diversões públicas e os programas de rádio e televisão. Assim, o estabelecimento, pela sociedade, dos chamados “sistemas de classificação indicativa” interfere nas atribuições administrativas cometidas à União, vulnerando os ofícios do Ministério das Comunicações, no tocante às sanções por conteúdo, e do Ministério da Justiça, mais designadamente no que concerne à classificação indicativa.

Essa antinomia opera-se *mediatamente* no plano infralegal. O art. 29, alínea af, da Lei nº 4.117, de 27-8-1962 (Código Brasileiro de Telecomunicações) indigita que é atribuição do Ministério das Comunicações, sucessor do CONTEL – Conselho Nacional de Telecomunicações, fiscalizar o cumprimento, por parte das emissoras de radiodifusão, das finalidades e obrigações de programação, definidas no art. 38 dessa lei. Por seu turno, o art. 28 do Decreto nº 52.795, de 31-10-1963 (Regulamento dos Serviços de Radiodifusão do Código Brasileiro de Telecomunicações), assim prescreve:

“As concessionárias e permissórias de serviços de radiodifusão, além de outros que o Governo julgue convenientes aos interesses nacionais, estão sujeitas aos seguintes preceitos e obrigações: “11 – subordinar os programas de informação, divertimento, propaganda e publicidade às finalidades educativas e culturais inerentes à radiodifusão; 12 – na organização da programação: a) manter um elevado sentido moral e cívico, não permitindo a transmissão de espetáculos, trechos musicais cantados, quadros, anedotas ou palavras contrárias à moral familiar e aos bons costumes; b) não transmitir programas que atentem contra o sentimento público, expondo pessoas a situações que, de alguma forma, redundem em constrangimento, ainda que seu objetivo seja jornalístico; c) destinar o mínimo de 5% (cinco por cento) do horário de sua programação diária à transmissão de serviço noticioso; d) limitar ao máximo de 25% (vinte e cinco por cento) do horário da sua programação diária o tempo destinado à publicidade comercial; e) reservar 5 (cinco) horas semanais para a transmissão de programas educacionais; f) retransmitir, diariamente, das 19 (dezenove) às 20 (vinte) horas, exceto aos sábados, domingos e feriados, o programa oficial de informações dos Po-

deres da República, ficando reservados 30 (trinta) minutos para divulgação de noticiário preparado pelas duas Casas do Congresso, excluídas as emissoras de televisão; g) integrar gratuitamente as redes de radiodifusão, quando convocadas pela autoridade competente; h) obedecer às instruções baixadas pela Justiça Eleitoral, referentes à propaganda eleitoral; i) não irradiar identificação da emissora utilizando denominação de fantasia, sem que esteja previamente autorizada pelo Ministério das Comunicações; j) irradiar o indicativo de chamada e a denominação autorizada de conformidade com as normas baixadas pelo Ministério das Comunicações; l) irradiar, com indispensável prioridade, e a título gratuito, os avisos expedidos pela autoridade competente, em casos de perturbação da ordem pública, incêndio ou inundação, bem como os relacionados com acontecimentos imprevistos; m) irradiar, diariamente, os boletins ou avisos do serviço meteorológico; n) manter em dia os registros da programação; 13 – observar as normas técnicas fixadas pelo Ministério das Comunicações para a execução do serviço; (...) 17 – facilitar a fiscalização, pelo Ministério das Comunicações, das obrigações contraídas, prestando àquele órgão todas as informações que lhe forem solicitadas.”

Prefigura-se incompatível, material e formalmente, o inciso VI do art. 4º do anteprojeto com a Constituição de 1988, estando a merecer supressão em parte.

3. Artigos 7º a 10: conceito de atividade audiovisual. Distinção entre radiodifusão e telecomunicações. Comunicação social. Comunicação de massa: conceito equívoco no ordenamento jurídico brasileiro. Impropriedade da amplitude conferida ao conceito de atividade audiovisual em face da Constituição de 1988

“Art. 7º Para os fins desta Lei atividade audiovisual designa o conjun-

to de ações e atividades que compõem a produção e a oferta de obras audiovisuais cinematográficas e de outros conteúdos audiovisuais a usuário ou grupos de usuários, determinável ou não.

§ 1º Compõem o conjunto de ações e atividades a que se refere o *caput*, entre outros:

I – a exploração, direta e indireta, comercial e não comercial, de qualquer natureza e finalidade, por quaisquer meios, de obras cinematográficas e outros conteúdos audiovisuais; e

II – o provimento de bens e serviços específicos para a produção de obras cinematográficas e outros conteúdos audiovisuais.

“Art. 8º Considera-se explorador de atividade audiovisual, sujeito ao disposto nesta Lei, qualquer pessoa ou grupo de pessoas, natural ou jurídica, que exerça, direta ou indiretamente, atividade classificada como audiovisual.

§ 1º A exploração de atividade audiovisual será regulada pela Ancinav, inclusive quando realizada por prestadora de serviço de telecomunicações.

(...).

“Art. 9º Conteúdo Audiovisual é o produto da fixação ou transmissão de imagens, com ou sem som, que tenha a finalidade de criar a impressão de movimento, independentemente dos processos de captação, da tecnologia empregada, do suporte utilizado inicial ou posteriormente para fixá-la ou transmiti-las, ou dos meios utilizados para sua veiculação, reprodução, transmissão ou difusão.

“Art. 10. Obra audiovisual é a fixação ou transmissão de conteúdo audiovisual em um tempo de duração determinado.

(...)

§ 4º A Ancinav definirá outras modalidades de obras audiovisuais e

conteúdos audiovisuais em função de sua nacionalidade, natureza, finalidade, forma, âmbito de exploração, meio de suporte e transmissão, tecnologia empregada e outros atributos.”

Esses dispositivos encerram o *punctum saliens* do anteprojeto, no que se refere à sua inadequação.

Conceitua-se “atividade audiovisual” como sendo “o conjunto de ações e atividades que compõem a oferta de obras cinematográficas e de outros conteúdos audiovisuais a usuários ou grupos de usuários, determinável ou não”. Conglobando-a vêm as expressões *prestadores de serviço de telecomunicação, captação ou transmissão de imagens*. Em suma, confundiram-se três tipologias jurídicas absolutamente distintas (telecomunicações, radiodifusão e criação), subordinando pessoas jurídicas e naturais de caracteres totalmente diversos, submetidos a regimes constitucionais próprios, a um novo e incompatível sistema de princípios, regras e sanções.

Na doutrina, não é recente a tentativa de abrandar as fronteiras práticas e teóricas entre a radiodifusão, as telecomunicações e a criação literário-jornalística. Há inclusive uma expressão mais consolidada, a chamada “comunicação de massa”, inspirada no direito norte-americano.

Observe-se, porém, que até mesmo a “comunicação de massa” é alvo de censuras por ser tida como excessivamente plurívoca e, portanto, parcialmente inadequada a fins jurídicos. Mais ainda, dissociada do regime constitucional brasileiro. Seu conceito é vago e incerto. Tal pode ser constatado na doutrina mais atualizada (Cf. BITELLI, 2004, p. 101), bem assim mediante simples pesquisa nas normas legais e infralegais vigentes. Impera, nesse sentido, uma expressiva incerteza onomástica. Somente a título de exemplo, o Decreto nº 639 de 24-8-1992, que promulga o Acordo sobre Cooperação Cultural entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Polônia, em seu art. 3º, afirma que: “As Par-

tes promoverão também o desenvolvimento da cooperação no âmbito das ciências humanas, ensino superior e educação, meios de comunicação de massa, esporte e intercâmbios juvenis, mediante: e) apoio à cooperação entre os *meios de comunicação de massa, como rádio, televisão, órgãos de imprensa, redações e associações de jornalistas de ambos os países, além de apoio ao intercâmbio de programas de rádio e televisão, principalmente programas culturais e educativos*".

O Decreto nº 73.719, de 1-3-1974, que promulga o Acordo sobre Cooperação Cultural entre o Brasil e a Nigéria, também é plurívoco ao determinar que:

"Art. 4.1. Cada Parte Contratante encorajará, na medida do possível, um melhor conhecimento da civilização e da cultura da outra Parte através do intercâmbio de livros, periódicos, publicações científicas, revistas, jornais, fotografias, filmes e fitas magnéticas, bem como de informações e dados estatísticos que possam ajudar a conhecer o desenvolvimento de cada Parte Contratante no território da outra.

2. As Partes Contratantes cooperarão igualmente na produção de filmes e no domínio da comunicação de massa através do encorajamento do intercâmbio de material jornalístico, de rádio e de televisão, bem como de filmes e gravações musicais."

O Decreto nº 337 de 11-11-1991, que promulga o Acordo Cultural entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Democrática de São Tomé e Príncipe, do mesmo modo incorre nesse desvio terminológico: "2. Com a finalidade de cooperação no domínio da comunicação de massa, as Partes Contratantes se comprometerão a organizar programas para o intercâmbio de filmes, de material jornalístico, de rádio e televisão, bem como de material cinematográfico".

Para exalçar essa tese, a Lei nº 9.709, de 18-11-1998, que regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do art.14 da

Constituição Federal, igualmente se vale do conceito de *meio de comunicação de massa* (diferentemente de *serviço*). Em seu art. 8º, a lei define os meios de comunicação de massa como concessionários de serviço público, abrangendo ainda os serviços de radiodifusão sonora e de imagens: "*assegurar a gratuidade nos meios de comunicação de massa concessionários de serviço público, aos partidos políticos e às frentes suprapartidárias organizadas pela sociedade civil em torno da matéria em questão, para a divulgação de seus postulados referentes ao tema sob consulta.*"

O Decreto nº 2.338, de 7-10-1997, que aprovou o Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações, em seu art. 61, menciona a Superintendência de Serviços de Comunicação de Massa.

A Constituição Federal de 1988 não grifou essa terminologia, exceto em seu Ato das Disposições Transitórias, quando predica que:

"Art. 2º No dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País.

* O plebiscito de que trata este Artigo teve sua data mudada para 21 de abril de 1993, por força da Emenda Constitucional de Revisão nº 2, de 25-8-1992.

§ 1º Será assegurada gratuidade na livre divulgação dessas formas e sistemas, através dos *meios de comunicação de massa* concessionários de serviço público.

§ 2º O Tribunal Superior Eleitoral, promulgada a Constituição, expedirá as normas regulamentadoras deste artigo."

E, posteriormente, ainda cuidando do plebiscito quanto à forma e ao sistema de governo, na Emenda Constitucional de Revisão nº 2, de 25-8-1992, em seu artigo único:

“Artigo único. O plebiscito de que trata o art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias realizar-se-á no dia 21 de abril de 1993.

§1º A forma e o sistema de governo definidos pelo plebiscito terão vigência em 1º de janeiro de 1995.

§2º A lei poderá dispor sobre a realização do plebiscito, inclusive sobre a gratuidade da livre divulgação das formas e sistemas de governo, através dos meios de comunicação de massa concessionários ou permissionários de serviço público, assegurada igualdade de tempo e paridade de horários.

§3º A norma constante do parágrafo anterior não exclui a competência do Tribunal Superior Eleitoral para expedir instruções necessárias à realização da consulta plebiscitária.”

É nítido que o uso do termo *comunicação de massa*, desacompanhado de uma estrutura infralegal específica, somente trouxe e trará incertezas e imprecisões à compreensão de seu conteúdo, seja por seu conceito excessivamente amplo, seja por sua vacuidade, ao exemplo das várias indicações acima transcritas. Note-se que, buscando a origem do termo no direito norte-americano, ressuma sua amplitude objetiva. Donald E. Lively (1992, p.1) dá a exata noção disso ao escrever que:

“The terms of the First Amendment were constitutionally fixed two centuries ago. Since then, the means for communicating information have multiplied in exponential fashion. Nearly 150 years after the First Amendment was ratified, the Supreme Court depicted the press in terms of newspapers, periodicals, pamphlets, and leaflets. Even that characterization is underinclusive and hence obsolete for modern purposes, given the subsequent development of broadcasting, cable, satellites, telecommunications, and computers.

Media law commences with the deceptively simple premise that ‘Con-

gress shall make no law (...) abridging the freedom of speech, or of the press.’ Governance has become detailed, complex, and even contradictory as the media have been progressively redefined and augmented. Until this century, mass communication primarily was a function of the printing press. Technology in general and electrification in particular have accelerated the processing and movement of information. What until recently were recognized as unique and legally significant capabilities and characteristics of various media, and the basis for media-specific regulation, increasingly are suspect as methodologies of processing and disseminating information become increasingly fungible.”

A terminologia encontrada no anteprojeto padece dos mesmos e severos defeitos da mencionada expressão, aqui utilizada apenas para referir que a mudança do regime jurídico que biparte radiodifusão e telecomunicações está a merecer um diploma específico, com finalidades próprias, capaz de solver todas as intrincadas questões tecnológicas e jurídicas em implicação – polaridade. Em resumo, haveria a necessidade de uma harmonia constitucional prévia, liberando ou não os obstáculos jurídicos, que se fundam, bem ou mal, em pressupostos tecnológicos. O fato de estes últimos estarem superados não implica dizer que os limites constitucionais mereçam o desprezo do legislador ordinário, até porque há conseqüências políticas de notória gravidade, ao estilo das regras de controle acionário das concessionárias de radiodifusão, inaplicáveis aos executores de serviços de telecomunicações.

Nada impede que o anteprojeto cuide do audiovisual, desde que o faça sem alterar o regime jurídico próprio da radiodifusão e das telecomunicações. Tal se justifica não pelo apego atávico ao passado ou a padrões notoriamente avoengos. Apenas e tão-somente

quer-se dizer que não é o escopo do anteprojeto, nem este tem abrangência, especificidade e condições para tanto, a subversão de todo um sistema estruturado em repartição de competências, que envolve o Poder Executivo e o Poder Legislativo.

De fato, o Código Brasileiro de Telecomunicações, instituído pela Lei nº 4.117, de 27-8-1962, e o Regulamento de Serviços de Radiodifusão, aprovado pelo Decreto nº 52.795, de 31-10-1963, já definem o Serviço de Radiodifusão. Consideram-no como aquele a ser recebido direta e livremente pelo público em geral, compreendendo a transmissão de sons (radiodifusão sonora) e a transmissão de sons e imagens (televisão). Leia-se:

“Art. 4º Para os efeitos desta lei, constituem serviços de telecomunicações a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por fio, rádio, eletricidade, meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético.

Telegrafia é o processo de telecomunicação destinado à transmissão de escritos, pelo uso de um código de sinais.

‘Telefonia é o processo de telecomunicação destinado à transmissão da palavra falada ou de sons.’ (Código Brasileiro de Telecomunicações – Lei nº 4.117, de 27-8-1962)

“Art.1º Os serviços de radiodifusão, compreendendo a transmissão de sons (radiodifusão sonora) e a transmissão de sons e imagens (televisão), a serem direta e livremente recebidas pelo público em geral, obedecerão aos preceitos da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, do Decreto nº 52.026, de 20 de maio de 1963, deste Regulamento e das normas baixadas pelo Ministério das Comunicações, observando, quanto à outorga para execução desses serviços, as disposições da

Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Parágrafo único. Os serviços de radiodifusão obedecerão, também, às normas constantes dos atos internacionais em vigor e dos que no futuro se celebrarem, referendados pelo Congresso Nacional”. (Regulamento de Serviços de Radiodifusão – Decreto nº 52.795, de 31-10-1963)

Por sua vez, a Lei nº 9.472, de 16-7-1997, em seu art. 60, define Serviço de Telecomunicação como o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação, sendo que esta é a *transmissão*, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, *imagens, sons* ou informações de qualquer natureza.

Os serviços de radiodifusão timbram-se pela transmissão de sons ou a transmissão de sons e imagens, destinada à recepção direta e livre pelo público, através dos aparelhos receptores. Compete privativamente à União legislar e dispor sobre tais serviços, fazendo-o, no último caso, mediante execução direta, concessão, permissão ou autorização (art. 10, Código Brasileiro de Telecomunicações).

A Constituição da República estabelece uma dicotomia entre serviços de radiodifusão e de telecomunicações, embora estes últimos possam ser vislumbrados numa relação gênero-espécie ante os primeiros. De feito, as telecomunicações caracterizam-se pela transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por fio, rádio, eletricidade, meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético. A telegrafia (transmissão de escritos, pelo uso de código de signos), a telefonia (transmissão de sons) e a transmissão de dados são espécies do gênero telecomunicações. A essência da radiodifusão encontra-se na idéia de *transmissão gratuita de partículas sonoras ou sonorovisuais no espectro radioelétrico*, sem qualquer restrição aos seus

destinatários. Em regra, essas partículas ou ondas são propagadas no éter, sem guia especial, a partir de suas geradoras. A gratuidade e a generalidade da recepção timbram e diferenciam os serviços de radiodifusão. Os concessionários, permissionários e autorizatários devem, quando for o caso, obter sua remuneração por meios próprios (publicidade ou apoios culturais). A título de exemplo quanto a essa distinção, figure-se o chamado “serviço especial de televisão por assinatura”, definido pelo Decreto nº 95.744, de 23-2-1988, como sendo aquele “destinado a distribuir sons e imagens a assinantes, por sinais codificados, mediante utilização de canais do espectro radioelétrico, permitida, a critério do poder concedente, a utilização parcial sem codificação”. Ressalvando-se que “não constitui TVA o encaminhamento de sinais codificados às suas estações repetidoras ou retransmissoras, por parte de concessionárias de serviços de radiodifusão de sons e imagens” (art. 2º). A restrição ao acesso pelo uso de sinais codificados permitiu sua qualificação jurídica como serviço de telecomunicações.

Desse modo, não basta sinalar que a convergência tecnológica derruiu essas fronteiras, igualando os serviços de radiodifusão com os serviços de telecomunicações. Ora, entre esses já persistia um liame *genus-espes*, qualificando-se os últimos como continentes dos primeiros. Essa escolha, que se evidencia no Regulamento de Serviços de Radiodifusão (art. 5º, inciso 22, “Radiodifusão: é o serviço de telecomunicações que permite a transmissão de sons – radiodifusão sonora – ou a transmissão de sons e imagens – televisão –, destinada a ser direta e livremente recebida pelo público”), demarcou a vontade do constituinte de 1988, quando foram redigidos os incisos XI e XII de seu art. 21:

“Art. 21. Compete à União:

(...)

XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunica-

ções, 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;

(...)”

Não é constitucionalmente cabível tornar *indistintos* esses serviços, colocando-os debaixo do conceito de *conteúdo audiovisual*. O anteprojeto define-o como “o produto da fixação ou transmissão de imagens, com ou sem som, que tenha a finalidade de criar a impressão de movimento, independentemente dos processos de captação, da tecnologia empregada, do suporte utilizado inicial ou posteriormente para fixá-la ou transmiti-las, ou dos meios utilizados para sua veiculação, reprodução, transmissão ou difusão” (art. 9º). Não apenas. A expressão mediante conteúdos audiovisuais poderá ser controlada pela Ancinav, se realizada por “prestadora de serviço de telecomunicações” (art. 8º, parágrafo primeiro, anteprojeto). Além disso, tais conceitos traduzem, de forma literal, aquelas contidas no Regulamento de Radiocomunicações da União Internacional de Telecomunicações – UIT, órgão da Organização das Nações Unidas – ONU do qual o Brasil é estado-Membro. Esse regulamento, elaborado e aprovado por seus integrantes, constitui um conjunto de normas equivalentes a um tratado internacional, pelo que se regem a utilização e a exploração dos serviços de telecomunicações e de radiodifusão em 189 nações.

Assim está definido no Regulamento de Radiocomunicações da UIT:

“Telecomunicação: qualquer transmissão, emissão ou recepção de símbolos, sinais, textos, imagens e sons ou informação de qualquer natureza por fio, rádio, meios ópticos ou qualquer outro sistema eletromagnético.

Radiocomunicação: telecomunicação por meio de ondas de rádio.

Serviço de Radiodifusão: serviço de radiocomunicação no qual as transmissões são destinadas à recepção direta pelo público em geral.”

Confrontando essas definições com as contidas no *caput* do art. 7º e no art. 9º do anteprojeto, observa-se haver nítida similitude entre as mesmas, levando-se a afirmar que a atividade audiovisual é espécie do gênero serviços de telecomunicações (*televisão por assinatura*) e serviço de radiodifusão de sons e imagens (*televisão aberta*), ou seja, dizem respeito à exploração dos serviços públicos referidos no art. 21, incisos XI e XII, alínea *a*, da Constituição da República. Ocorre, porém, que esses serviços acham-se na esfera de atribuição do Ministério das Comunicações e da Anatel.

Em sendo admitido o anteprojeto, os serviços de radiodifusão de sons e imagens e de telecomunicações, definidos constitucionalmente (art. 21, inciso XI e inciso XII, alínea *a*), tornar-se-iam “atividades audiovisuais”. E, o mais grave, aqueles serviços, por natureza públicos e explorados diretamente ou indiretamente pela União, perderiam esse carácter, assumindo feições assimétricas aos cânones da própria Constituição Federal.

Por natural decorrência, os concessionários, permissionários e autorizatários daqueles serviços públicos e a própria União, quando em exploração direta, passariam a ser “exploradores de atividade audiovisual”, sujeitando-se aos termos deste anteprojeto e não aos da Lei nº 9.472/1997, que disciplina em todos os seus aspectos os serviços de telecomunicações, e aos da Lei nº 4.117/1962, que rege os serviços de radiodifusão. Desnecessário enaltecer a plethora de questionamentos judiciais ensejados a partir dessa *conversão substancial* da *qualificação jurídica* dos serviços públicos de radiodifusão e de telecomunicações em “*atividade audiovisual*”.

Destaque-se, ademais, no caso específico dos serviços de telecomunicações, o que

prescreve o §1º do art. 8º do anteprojeto: a atividade audiovisual será regulada pela Ancinav, inclusive quando realizada por prestadora de serviços de telecomunicações. Retira-se, dessa forma, a competência da Anatel, estabelecida na Lei nº 9.472/1997, art. 19, de regular esses serviços de telecomunicações, expedindo as normas pertinentes.

A inconstitucionalidade é por demais retumbante.

Veja-se o problema sobre outro aspecto. O art. 21 da Constituição Federal define ser atribuição da pessoa jurídica de direito público interno titular da soberania nacional, a União, “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*” (inciso XI).

A citada norma constitucional foi alterada pela Emenda nº 8, de 15-8-1995, para permitir que lei específica (a indicação alude aos “termos da lei”) regesse os serviços de telecomunicações e, com maior destaque, ao fim de possibilitar a instituição de *um órgão regulador*. Não se cuidou de *órgão regulador*, o que, numa interpretação extensiva, permitiria imaginar a divisão desse mister com outro plexo. Tratou-se de *um órgão regulador*, a significar a concentração desses misteres em um único ente, tamanha sua interferência em um dos mais importantes setores da vida econômica nacional. É lícito concluir, portanto, que admitir seja estabelecido outro agente regulador (sob a forma de autarquia especial), além do já existente, é inconstitucional. Cabível seria, *v.g.*, mudar a estrutura jurídica da Anatel. No entanto, ao lume do art. 21, inciso XI, nenhum outro ente poderá assenhorar-se, mesmo em condomínio funcional, das já amplas atribuições daquela agência.

No tocante aos serviços de radiodifusão, não se olvide que a outorga e a renovação de suas concessões e permissões, segundo o perfil que lhes foi delineado no texto constitucional vigorante (art. 223), constituem-

se em atos administrativos compostos, os quais resultam “da manifestação de dois ou mais órgãos, em que a vontade de um é instrumental em relação à de outro, que edita o ato principal. Enquanto no ato complexo fundam-se vontades para praticar um ato só, no ato composto praticam-se dois atos, um principal e um acessório; este último pode ser pressuposto ou complementar daquele” (DI PIETRO, 2000, p. 207). Em sentido aproximado: MEIRELLES, 2000, p. 162; CARVALHO FILHO, 2001, p. 102. A doutrina italiana refere tão-somente os *atos complexos* (DONATTI, 1903) e os autores franceses preferem a terminologia *atos-condição* (JÈZE, 1935, p. 44).

O constituinte revelou imensa preocupação com o papel social, político e econômico dessas concessões, permissões e autorizações, imputando ao Poder Executivo a responsabilidade por sua outorga e renovação, mas cometendo ao Legislativo a função de atribuir eficácia àqueles atos. Até mesmo a função jurisdicional foi evocada, na medida em que o §4º do art. 223 da Constituição de 1988 prescreve que “o cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial”. A jurisprudência do Tribunal Federal da 3ª Região definiu adequadamente essa distribuição de prerrogativas: “É da competência do Executivo, com posterior aprovação do Legislativo, a outorga e renovação das concessões, permissões e autorizações para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens (CF/88, art. 223 e parágrafo primeiro). O cancelamento, antes de vencido o prazo, da concessão ou permissão, depende de decisão judicial” (4ª Turma. AMS nº 89.03.030145/SP. Rel. o Sr. Juiz. OLIVEIRA LIMA. Decisão de 12-9-1990).

A Comunicação Social, exercida por meio de concessionárias, permissionárias e autorizatárias de serviços de radiodifusão, ocupa um *status* diferenciado no regime jurídico contemporâneo. A Constituição atenta para o caráter deletério do uso nocivo dos meios de comunicação, criando mecanismos

de controle programático ou político (arts. 221 e 222, CF/1988). Mais ainda, perfilhou um caminho de estabilizar essa Comunicação Social, restringindo a interferência estatal em seu exercício.

Pode-se enunciar um *princípio da mínima intervenção nas concessões, permissões e autorizações de radiodifusão*, ao menos no que concerne ao ato extremo de obviar seu exercício. Trata-se de uma outra faceta do compromisso histórico do constituinte de 1988 com os valores democráticos no âmbito do Direito da Comunicação, por tanto tempo obnubilados, que perpassa até mesmo pelo amplo espectro da liberdade de expressão e de pensamento, vedada qualquer forma de censura, ao exemplo do art. 5º, incisos IV e IX c/c art. 220, §2º, CF/1988 (BASTOS, 1997, p. 48; MAMEDE, 1999, p. 55). Não é por outro motivo que, de modo extremamente revelador quanto à opção por esse primado, “a Constituição Federal ignorou a tradicional diferença conceptual entre os institutos da concessão e permissão, ligada, basicamente, à precariedade da permissão, pois exigiu, em ambos os casos, que a não-renovação dependesse de aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal” (MORAES, 2004, p. 2050).

O Poder Executivo e o Poder Legislativo, cada qual a seu modo, foram erigidos à condição de titulares do poder-dever de outorga das concessões, permissões e autorizações. Como efígies diferentes de uma mesma moeda, àquelas funções do Estado compete não apenas instituir esses vínculos administrativo-constitucionais com os executores dos serviços de radiodifusão, bem ainda, e de modo não menos importante, *velar para seu exercício livre e infenso a posturas indevidamente restritivas* (ROCA, 1998, p. 7).

Daí a importância não apenas *normativa* mas *axiológica* de ser cuidado, em leis distintas e com diferentes aspectos, tudo o que pertine à *criação artística* e seus *meios de difusão*, ainda que esses venham a ser chamados de *serviços de comunicação de massa*,

abrangendo até mesmo a imprensa. O que não se prefigura útil nem conveniente é a imersão de todos esses conceitos num único escopo legislativo, com tão específicas e temerárias conseqüências.

Finalmente, algumas considerações sobre o conceito de *atividade audiovisual* em face do Direito Comparado e das previsões encontradas no ordenamento jurídico brasileiro.

O chamado “Direito Audiovisual” ou “Direito do Audiovisual” (*Audiovisual Law*) tem-se desenvolvido recentemente, de modo especial em Espanha e França. Enrique Linde Paníagua e José Maria Vidal Beltrán (2003), destacados próceres dessa nova disciplina em Espanha, apresentam uma definição que *expõe claramente o avanço objetivo do Direito Audiovisual sobre as esferas temáticas constitucionalmente repartidas e inerentes ao Ministério das Comunicações*. A tanto, essa matéria é:

“dedicada a la intervención del Estado en los operadores de la radio, la televisión y la cinematografía, así como al régimen jurídico de las emisiones audiovisuales. En primer lugar se estudian las razones del intervencionismo público así como la utilización de la técnica del servicio público para el acceso a la actividad radiotelevisiva para, posteriormente, analizar de modo pormenorizado las condiciones del acceso al ejercicio de las actividades radio-televisivas, y por consiguiente la regulación de la televisión pública en sus distintas modalidades, de la televisión privada, de las televisiones locales, de la televisión vía satélite y de la televisión por cable. También en este lugar se estudia la radiodifusión sonora y la regulación de la cinematografía en España. Por lo que se refiere a las emisiones audiovisuales se analizan los derechos y libertades relacionados con las emisiones audiovisuales (libertades de expresión e información,

libertades y derechos de emisión y recepción, derecho al honor, derecho de rectificación, derechos relacionados con la propiedad intelectual y derechos conexos), así como la normativa sobre programación (emisión de obras cinematográficas, normas sobre público infantil, emisiones violentas, acontecimientos de interés general, acceso de los grupos sociales y políticos significativos, procesos electorales) y normas sobre publicidad (inserciones y cortes publicitarios, publicidad infantil y normas específicas sobre productos). Al hilo de las regulaciones referidas anteriormente se estudia la potestad sancionadora de la Administración, así como la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas, de los consumidores y de la infancia.”

Interessante observar que a Lei nº 86-1067, de 30-9-1986, publicada no Boletim Oficial da República Francesa de 1º de outubro de 1986, que dispõe sobre a liberdade de comunicação, trata exatamente do conceito de “comunicação audiovisual”.

Essa lei, aprovada no início da administração do Presidente François Mitterrand, em seu art. 1º, estabelece o Conselho Superior do Audiovisual, qualificado como “autoridade independente” (*autorité indépendante*), composto por “nove membros nomeados por decreto do Presidente da República. Três membros serão nomeados pelo Presidente da República, três membros serão designados pelo Presidente da Assembleia Nacional e três membros pelo Presidente do Senado” (art. 4º). No original: “Le Conseil supérieur de l’audiovisuel comprend neuf membres nommés par décret du Président de la République. Trois membres sont désignés par le Président de la République, trois membres sont désignés par le président de l’Assemblée nationale et trois membres par le président du Sénat.”

Em França, esse Conselho do Audiovisual possui funções de tal relevo que sua

composição foi compartilhada entre os três Poderes da República. Essa fórmula simplesmente revela que a intervenção desse comitê nos meios de comunicação é tamanha que se fez necessária a distribuição de responsabilidades entre os delegatários *diretos* da legitimidade popular. Anote-se que o conceito de “comunicação audiovisual”, encontrado no art. 2º da lei francesa, abrange toda comunicação ao público por meio de serviços de rádio ou de televisão, em suas diversas modalidades, postas ao dispor desse mesmo público por via eletrônica ou não (“On entend par communication audiovisuelle toute communication au public de services de radio ou de télévision, quelles que soient les modalités de mise à disposition auprès du public, ainsi que toute communication au public par voie électronique de services autres que de radio et de télévision...”).

O art. 2º estabelece as categorias *comunicação eletrônica* e *comunicação audiovisual*, esta uma espécie daquela:

“On entend par communications électroniques les émissions, transmissions ou réceptions de signes, de signaux, d’écrits, d’images ou de sons, par voie électromagnétique.

On entend par communication au public par voie électronique toute mise à disposition du public ou de catégories de public, par un procédé de communication électronique, de signes, de signaux, d’écrits, d’images, de sons ou de messages de toute nature qui n’ont pas le caractère d’une correspondance privée.

On entend par communication audiovisuelle toute communication au public de services de radio ou de télévision, quelles que soient les modalités de mise à disposition auprès du public, ainsi que toute communication au public par voie électronique de services autres que de radio et de télévision et ne relevant pas de la communication au public en ligne telle

que définie à l’article 1er de la loi nº 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l’économie numérique.

Est considéré comme service de télévision tout service de communication au public par voie électronique destiné à être reçu simultanément par l’ensemble du public ou par une catégorie de public et dont le programme principal est composé d’une suite ordonnée d’émissions comportant des images et des sons.

Est considéré comme service de radio tout service de communication au public par voie électronique destiné à être reçu simultanément par l’ensemble du public ou par une catégorie de public et dont le programme principal est composé d’une suite ordonnée d’émissions comportant des sons.

Les services audiovisuels comprennent les services de communication audiovisuelle telle que définie à l’article 2 ainsi que l’ensemble des services mettant à disposition du public ou d’une catégorie de public des oeuvres audiovisuelles, cinématographiques ou sonores, quelles que soient les modalités techniques de cette mise à disposition.”

A Lei nº 86-1067, de 30-9-1986, e isso deve ser grandemente considerado, foi baixada sob a égide de um *Ministro da Cultura e das Comunicações*, François Léotard, que empresta seu nome ao diploma. Em suma, as duas atividades estavam reunidas numa única pasta. Note-se que os excessos da Lei Léotard foram recentemente expungidos pela edição de novas indicações ab-rogatórias ou derogatórias de seus preceitos originais (Lei nº 2004-669, de 9-7-2004, e Lei nº 2000-719, de 1º-10-2000). Diversas normas restritivas à liberdade de comunicação ou excessivamente intervencionistas foram modificadas.

Mas, ainda há mais. No direito positivo brasileiro, tem-se um conceito de audiovi-

sual. E é diverso do que ora se pretende apresentar ao Parlamento. O Decreto nº 972, de 4-11-1993, que promulga o Tratado sobre o Registro Internacional de Obras Audiovisuais, concluído em Genebra, em 18 de abril de 1989, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 94, de 23-12-1992 – DOU de 29-12-1992, tendo entrado em vigor internacional em 27-12-1991 e, para o Brasil, em 26-6-1993, assim define obra audiovisual:

“ Art. 2º Para efeitos deste Tratado, entende-se por ‘obra audiovisual’ toda obra que consista em uma série de imagens fixas ligadas entre si, acompanhadas ou não de sons, passível de tornar-se visível e, caso seja acompanhada de sons, passível de tornar-se audível.”

Aqui se não contemplam as idéias de transmissão ou difusão, caríssimas aos conceitos de telecomunicações e de radiodifusão, tais como constitucional e legalmente delineados no Brasil. A prevalecer a noção de “atividade audiovisual”, conforme o anteprojeto, restaria evidente a incompatibilidade da nova lei com aquele tratado, a cuja observância vinculou-se a República.

Ante esses aspectos, deveriam ser suprimidas dos arts. 7º a 10 quaisquer referências sobre radiodifusão e telecomunicações, bem como as expressões que se possam confundir com esses serviços e suas respectivas qualificações jurídicas (*exempli gratia*, o inciso I do §1º do art. 7º; o §1º do art. 8º; o art. 9º), mantendo-se o conceito de atividade audiovisual naquilo que concerne a seus naturais lindes.

4. Artigo 12: a descaracterização constitucional do conceito de empresa brasileira e o estabelecimento de limites inconstitucionais ao exercício dos serviços de radiodifusão e de telecomunicações

“ Art. 12. Para os fins desta Lei, empresa brasileira é aquela constituída sob as leis brasileiras, com sede e administração no País, cuja maioria do capital total e votante seja de titularidade direta ou indireta de brasi-

leiros, os quais devem exercer em território nacional, de fato e de direito, as funções editoriais, de seleção e direção da programação, bem como o poder de direção sobre as atividades sociais e funcionamento das empresas.

§ 1º O funcionamento da empresa compreende, entre outros aspectos, o planejamento empresarial e a definição de políticas econômico-financeiras, tecnológicas, de programação, inclusive quanto ao seu empacotamento, de distribuição, de mercado e de preços e descontos.

§ 2º A Ancinav expedirá normas para a apuração de controle sobre as empresas que exploram atividades audiovisuais para assegurar o cumprimento do disposto nesta Lei.”

Esse artigo é outro exemplo da inconveniência de considerar os concessionários, permissionários e autorizatários de serviços de radiodifusão e de serviços de telecomunicações como “exploradores de atividades audiovisuais”, nos termos desse anteprojeto.

Ora, conforme a indicação em minuta, podem explorar *atividades audiovisuais* as empresas brasileiras definidas no *caput* do art. 12.

No entanto, ao estilo do art. 222 da Constituição Federal (redação dada pela EC nº 36, de 28-5-2002), somente podem explorar *serviços de radiodifusão sonora ou de sons e imagens* as empresas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País, cujo capital total e votante pertença, em pelo menos setenta por cento, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos. A Lei nº 10.610, de 20-12-2002, assim define a participação nessas empresas:

“ Art. 2º A participação de estrangeiros ou de brasileiros naturalizados há menos de dez anos no capital social de empresas jornalísticas e de radiodifusão não poderá exceder a trinta por cento do capital total e do capital votante dessas empresas e somente se

dará de forma indireta, por intermédio de pessoa jurídica constituída sob as leis brasileiras e que tenha sede no País.

§ 1º As empresas efetivamente controladas, mediante encadeamento de outras empresas ou por qualquer outro meio indireto, por estrangeiros ou por brasileiros naturalizados há menos de dez anos não poderão ter participação total superior a trinta por cento no capital social, total e votante, das empresas jornalísticas e de radiodifusão.

§ 2º É facultado ao órgão do Poder Executivo expressamente definido pelo Presidente da República requisitar das empresas jornalísticas e das de radiodifusão, dos órgãos de registro comercial ou de registro civil das pessoas jurídicas as informações e os documentos necessários para a verificação do cumprimento do disposto neste artigo.”

Além disso, em qualquer meio de comunicação social, 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*, que também devem exercer obrigatoriamente sua gerência e definir o conteúdo da programação. Não é outro o teor do art. 222 da Constituição de 1988:

“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 garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais.

§ 4º A 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.”

Caso prevaleça o texto do art. 12 do anteprojeto, no que pertine aos chamados “exploradores de atividades audiovisuais”, essa indicação seria *totalmente* inaplicável aos que exercem serviços de radiodifusão e *parcialmente* intangível aos que exploram serviços de telecomunicações. O § 2º do art. 12, ao estabelecer que a Ancinav expeça regulamento sobre a apuração de controle dos exploradores de atividades audiovisuais, infringe as atribuições da Anatel, como órgão regulador dos serviços de telecomunicações, e os ofícios do Ministério das Comunicações, como o órgão que detém ascendência jurídica sobre os serviços de radiodifusão (Lei Geral de Telecomunicações, art. 19; Código Brasileiro de Telecomunicações, art. 34).

5. Artigo 25: o sofisma da separação entre redes físicas e produção de conteúdo. Prevalência do regime constitucional dicotômico entre os serviços de telecomunicações e de radiodifusão

“Art. 25. À Ancinav compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e

para o desenvolvimento do cinema e do audiovisual brasileiros, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade, eficiência e publicidade, e especialmente:

(...)

XII – propor ao Ministério da Cultura e ao Conselho Superior do Audiovisual as medidas que repute necessárias à observância dos princípios constitucionais e legais relativos à comunicação social e à persecução das suas atribuições, resguardadas as competências do Ministério das Comunicações e da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), no que concerne à rede física e outorgas;

XIII – apreciar, por iniciativa própria ou provocação, e no âmbito das suas atribuições, os comportamentos suscetíveis de configurar violação às normas legais aplicáveis à exploração de atividades audiovisuais, por prestadoras de serviços de radiodifusão por sons e imagens e de serviços de telecomunicações, adotando as providências necessárias;

XIV – regular a distribuição e oferta de conteúdos audiovisuais por programadoras e operadoras nos serviços de comunicação eletrônica de massas, bem como qualquer outro serviço assemelhado, para promover a competição e a diversidade de fontes de informações;

(...)

XXVI – solicitar informações aos exploradores de atividades audiovisuais.”

A redação do inciso XII desse artigo é por demais ampla, abrangendo categorias jurídicas distintas, com regimes normativos também díspares, o que enseja confronto aos ditames da Constituição Federal.

As disposições contidas no Capítulo V do Título VIII da Constituição da República, cuja epígrafe é “Da Comunicação Social”, referem-se aos serviços de radiodifusão,

incluindo a programação das emissoras (“A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:”, art. 221, *caput*; “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”, art. 222, §2º). Outrossim, a formulação de políticas, a administração do espectro radioelétrico e a fiscalização de conteúdo transmitido (programação), desses mesmos serviços, encontram-se na esfera administrativa do Ministério das Comunicações (Lei nº 4.117/1962, art. 29; Lei nº 9.472/1997, arts. 19 e 127, inciso VII), sem embargo das responsabilidades próprias do Ministério da Justiça. De modo sintético, a Lei nº 9.649, de 27-5-1998, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências, em seu art. 14 é mui precisa ao definir:

“Art. 14. Os assuntos que constituem área de competência de cada Ministério são os seguintes:

(...)

III – Ministério das Comunicações:

- a) política nacional de telecomunicações, inclusive radiodifusão;
- b) regulamentação, outorga e fiscalização de serviços de telecomunicações;
- c) controle e administração do uso do espectro de radiofrequências;
- d) serviços postais;”

As normas recitadas, que se fundam na Constituição Federal, não se limitam apenas ao que o anteprojeto denomina “rede física” e “outorgas”. Aliás, a expressão “rede física” inexistente na terminologia legal em vigor. Desse modo, faz-se necessário, objetivando-se manter a coerência com os princípios constitucionais e legais e, ainda, evitando-se a superposição de competências administrativas, excluir o referido inciso XII. A ressalva final desse fragmento (“no que concerne à rede física e outorgas”) lem-

bra muito a sentença proferida a favor de Shylock, em “O Mercador de Veneza”, de William Shakespeare: admite-se a execução contra o devedor para que se lhe exija a cláusula penal, consistente numa libra de carne de seu coração, *desde que se não derrame uma gota de sangue, muito menos que se retire mais ou menos que uma libra*. Ao tempo em que se vulnera a essência das atribuições desse Ministério, afirma-se que aquelas são conservadas. *Contradictio in adjecto*.

Com relação aos incisos XIII, XIV e XXVI, cabe afirmar que, notando-se o alcance das definições de “atividade audiovisual” e de “conteúdo audiovisual”, contidas nos arts. 7º e 9º do anteprojeto, a mencionada atribuição tem ingerência direta nas atribuições do Ministério das Comunicações e de seu órgão vinculado, a Agência Nacional de Telecomunicações (Lei nº 4.117/1962, art. 29; Lei nº 9.472/1997, art. 19; Lei nº 9.649, de 27-5-1998, art. 14, inciso III). De fato, se a Lei nº 4.117/1962 incumbiu ao Ministério das Comunicações regular e fiscalizar os serviços de radiodifusão, a Lei nº 9.472/1997 confere à mencionada autarquia o ofício de fiscalizar, aplicando as sanções correspondentes, os serviços de telecomunicações (televisão por assinatura, *verbi gratia*). Nesses misteres, estão incluídas a exibição, a veiculação e a operação do conteúdo programático (programação), bem como a exploração desses serviços.

Os incisos XIII e XIV devem ser alterados para suprimir quaisquer referências a radiodifusão e a telecomunicações, e seu objeto específico, a transmissão e o conteúdo.

6. Artigo 36: a opção constitucional por estabelecer um único órgão autárquico de controle e regulação dos serviços de telecomunicações. Inconstitucionalidade da criação de outra agência para o exercício da mesma função típica

“Art. 36. A Ancinav deve garantir o tratamento confidencial das informações, necessárias ao exercício das

suas competências, que solicitar aos exploradores de atividades audiovisuais, nos termos do Regulamento.

§1º Os exploradores, seus administradores ou controladores, devem apresentar os documentos no prazo requerido pela Ancinav, sob pena de aplicação das sanções previstas nesta Lei.

§2º A Ancinav, sempre que solicitada, disponibilizará aos órgãos e entidades de defesa da concorrência, as informações dispostas no *caput*, mantida a garantia de tratamento confidencial dos mesmos.”

Observa-se, nessa regra, o uso da expressão “atividade audiovisual”, cujo sentido é encontrado de modo explícito nos arts. 7º e 9º do anteprojeto. No exercício de uma interpretação sistemática, é absolutamente razoável supor que a redação do art. 36 dará ensanchas a conflito de atribuições entre a Ancinav, o Ministério das Comunicações e a Anatel.

Essa aporia, em razão das normas recitadas (Lei nº 4.117/1962, art. 29; Lei nº 9.472/1997, art. 19), poderá interferir na relação dos órgãos competentes para fiscalizar a exploração dos serviços de radiodifusão (Ministério das Comunicações) e de telecomunicações (Anatel) com os respectivos concessionários, permissionários e autorizatários. Sem esquecimento de outros cortes sobre o mesmo fato jurídico: defesa da concorrência (CADE e Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça) ou o controle indicativo (Ministério da Justiça), os quais deixam de ser analisados neste parecer à vista da advertência inicial sobre seus limites.

A Lei Geral de Telecomunicações, norma expressamente referida no art. 21, inciso XI, da Constituição Federal, como marco regulatório desses serviços, assevera em seu art. 7º que:

“Art. 7º As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações,

quando não conflitem com o disposto nesta Lei.

§1º Os atos envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, no regime público ou privado, que visem a qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica.

§2º Os atos de que trata o parágrafo anterior serão submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, por meio do órgão regulador.

§3º Praticará infração da ordem econômica a prestadora de serviço de telecomunicações que, na celebração de contratos de fornecimento de bens e serviços, adotar práticas que possam limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.”

Nesse sentido, é que a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, único órgão constitucionalmente responsável pela regulação do sistema, baixou a Resolução nº 195, de 7-12-1999 (DOU de 8-12-1999), que aprovou a Norma Complementar nº 7/99, a qual dispõe sobre procedimentos administrativos para apuração e repressão das infrações da ordem econômica e para o controle de atos e contratos no setor de telecomunicações.

De tal mercê, o art. 36 antecipa, por sua generalidade, o ponto de maior inadequação de todo o anteprojeto, a saber: com a expressão “atividade audiovisual”, incorpora-se o fenômeno jurídico típico do audiovisual com seus elementos diversos – telecomunicações e radiodifusão. Tal ocorre sem qualquer observância a todo um arcabouço jurídico constitucional, legal e infralegal assentado nesses conceitos basilares e so-

bre os quais foram organizadas total ou parcialmente as funções do Ministério das Comunicações, da Anatel e do Ministério da Justiça.

Esse dispositivo, em conformidade com a modificação proposta nos arts. 7º a 10, deve-se restringir à matéria exclusivamente audiovisual, conforme admitida no ordenamento brasileiro em leis e tratados internacionais.

7. Artigo 42: a função de controle de outorgas de serviços de radiodifusão e de telecomunicações e a inconstitucionalidade de sua interferência por uma nova agência reguladora

“Art. 42. À Ancinav cabe regular no marco desta Lei e em consonância com as diretrizes do Conselho Superior do Audiovisual a exploração de atividades audiovisuais pelas seguintes categorias de serviços:

I – serviço de radiodifusão de sons e imagens;

II – serviços de telecomunicações que tenham o conteúdo audiovisual como parte inerente ao serviço, incluindo os serviços de comunicação eletrônica de massa por assinatura;

III – demais serviços de telecomunicações que não tenham o conteúdo audiovisual como parte inerente ao serviço, mas que o transmitam ou ofereçam ao usuário, sob autorização ou licença, quando necessária, dos órgãos competentes para tanto.

§ 1º Os serviços de comunicação eletrônica de massa por assinatura compreendem o Serviço de TV a Cabo, o Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura via Satélite (DTH), o Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal (MMDS), o Serviço Especial de Televisão por Assinatura (TVA), bem como qualquer outro serviço dessa natureza.

§2º A exploração de atividades audiovisuais dos serviços referidos nos

incisos I, II e III do *caput* independe de autorização da Ancinav.

§3º É vedada a edição de atos de outorga, a prorrogação ou renovação das concessões, permissões e autorizações, bem assim a autorização de transferência de concessão, permissão ou autorização dos serviços referidos nos incisos I, II e III a pessoa física ou jurídica que tenha incorrido em descumprimento do disposto nesta Lei e das normas expedidas pela Ancinav no exercício de suas competências.

§4º A Ancinav poderá requerer, a qualquer tempo, aos órgãos e entidades públicas responsáveis pela tutela e regulação das telecomunicações e da radiodifusão as informações necessárias para o exercício das suas competências, inclusive as de natureza técnica, operacional, econômico-financeira e contábil das prestadoras de serviços, mantida a sua confidencialidade.”

§5º A Ancinav proporá ao Presidente da República, por meio do Ministério da Cultura, ouvido o Conselho Superior do Audiovisual, os Regulamentos necessários ao exercício das competências previstas neste Título.”

Tendo em atenção os argumentos assinalados nos comentários aos arts. 7º a 10 do anteprojeto e, ainda, o sentido emprestado à “exploração de atividades audiovisuais”, só resta afirmar o conflito, na totalidade, do art. 42, e seus parágrafos, com as atribuições da Anatel e do Ministério das Comunicações.

É eloqüente o vilipêndio ao art. 21, incisos XI e XII, da Constituição Federal, aos arts. 29 e 34 da Lei nº 4.117/1962 e ao art. 19 da Lei nº 9.472/1997. Ademais, a norma em gênese afirma ser “vedada a edição de atos de outorga, a prorrogação ou renovação das concessões, permissões e autorizações, bem assim a autorização de transferência de concessão, permissão ou autorização dos serviços referidos nos incisos I, II e III a pessoa física ou jurídica que tenha incorrido em

descumprimento do disposto nesta Lei e das normas expedidas pela Ancinav no exercício de suas competências”. Em síntese, o Ministério das Comunicações, a Anatel, a Presidência da República, o Congresso Nacional teriam suas prerrogativas subordinadas ao *placet* de um ente subalterno, de natureza autárquica, ferindo-se a preeminência magna do art. 223:

“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.

§4º O cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial.

§5º O prazo da concessão ou permissão será de dez anos para as emisoras de rádio e de quinze para as de televisão.”

No exemplo francês, em que existe um Conselho Superior do Audiovisual, esse pleco conserva em si mesmo todos os fatores de legitimidade identificados no art. 223 da Constituição Federal. Com efeito, aquele comitê (art. 4º da Lei nº 86-1067, de 30-9-1986) é formado por representantes das funções do Estado, relevando o suporte democrático do processo de outorga dos serviços ali regulados. Diferentemente das telecomunicações, a radiodifusão tem caráter intensamente ideológico, daí haver o constituinte optado por compartilhar sua atribuição e seu controle ao Poder Executivo e ao Poder

Legislativo. A hipótese de um conflito entre a Ancinav, mera autarquia, e o Congresso Nacional torna dramaticamente axiomática a inconstitucionalidade dessa indicação.

8. *Artigo 43: o controle de conteúdo e seu perfil constitucional*

“Art. 43. A Ancinav disporá sobre a observância, pelas prestadoras dos serviços enumerados no art. 42, dos seguintes princípios aplicáveis à produção e programação de conteúdos audiovisuais estabelecidos no artigo 221 da Constituição Federal, em especial:

I – da promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente; e

II – da regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei .

§1º No exercício da competência referida no *caput*, a Ancinav observará as recomendações do Conselho de Comunicação Social de que trata o art. 224 da Constituição Federal, e o disposto em lei específica.

§2º A produção e a programação das prestadoras referidas no *caput*, ainda, aos princípios enumerados no art. 221, I e IV da Constituição, na forma da lei específica.”

Esse artigo, no que respeita à programação, vulnera diretamente as funções da Anatel, como órgão regulador dos serviços de telecomunicações, e as do Ministério das Comunicações, a quem cabe a disciplina dos serviços de radiodifusão, incluindo o conteúdo programático, juntamente com o Ministério da Justiça. O Decreto nº 52.795, de 31-10-1963, é explícito ao prescrever que:

“Art. 28. As concessionárias e permissionárias de serviços de radiodifusão, além de outros que o Governo julgue convenientes aos interesses nacionais, estão sujeitas aos seguintes preceitos e obrigações: (...) 11 – subordinar os programas de informação, divertimento, propaganda e publici-

dade às finalidades educativas e culturais inerentes à radiodifusão; 12 – na organização da programação: a) manter um elevado sentido moral e cívico, não permitindo a transmissão de espetáculos, trechos musicais cantados, quadros, anedotas ou palavras contrárias à moral familiar e aos bons costumes; b) não transmitir programas que atentem contra o sentimento público, expondo pessoas a situações que, de alguma forma, redundem em constrangimento, ainda que seu objetivo seja jornalístico; c) destinar o mínimo de 5% (cinco por cento) do horário de sua programação diária à transmissão de serviço noticioso; d) limitar ao máximo de 25% (vinte e cinco por cento) do horário da sua programação diária o tempo destinado à publicidade comercial; e) reservar 5 (cinco) horas semanais para a transmissão de programas educacionais; f) retransmitir, diariamente, das 19 (dezenove) às 20 (vinte) horas, exceto aos sábados, domingos e feriados, o programa oficial de informações dos Poderes da República, ficando reservados 30 (trinta) minutos para divulgação de noticiário preparado pelas duas Casas do Congresso, excluídas as emisoras de televisão; g) integrar gratuitamente as redes de radiodifusão, quando convocadas pela autoridade competente; h) obedecer às instruções baixadas pela Justiça Eleitoral, referentes à propaganda eleitoral; i) não irradiar identificação da emissora utilizando denominação de fantasia, sem que esteja previamente autorizada pelo Ministério das Comunicações; j) irradiar o indicativo de chamada e a denominação autorizada de conformidade com as normas baixadas pelo Ministério das Comunicações; l) irradiar, com indispensável prioridade, e a título gratuito, os avisos expedidos pela autoridade competente, em casos

de perturbação da ordem pública, incêndio ou inundação, bem como os relacionados com acontecimentos imprevistos; m) irradiar, diariamente, os boletins ou avisos do serviço meteorológico; n) manter em dia os registos da programação; 13 – observar as normas técnicas fixadas pelo Ministério das Comunicações para a execução do serviço; (...) 17 – facilitar a fiscalização, pelo Ministério das Comunicações, das obrigações contraídas, prestando àquele órgão todas as informações que lhe forem solicitadas.”

A Lei nº 9.610, de 19-2-1998, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências, também ensejará conflito de normas em face de seu art. 95: “Cabe às empresas de radiodifusão o direito exclusivo de autorizar ou proibir a retransmissão, fixação e reprodução de suas emissões, bem como a comunicação ao público, pela televisão, em locais de frequência coletiva, sem prejuízo dos direitos dos titulares de bens intelectuais incluídos na programação.”

Finalmente, o art. 43 do anteprojeto simplesmente reproduz os incisos do art. 221 da Constituição Federal, que define os princípios a serem atendidos na *produção* e na *programação* das emissoras de rádio e televisão: “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”.

Logo, a norma projetada atribui à Ancinav o controle de conteúdo sobre atividades das concessionárias e permissionárias de radiodifusão, o que invade as prerrogativas do Ministério das Comunicações. E, quando esse conteúdo for veiculado mediante serviço de telecomunicações, estar-se-á ofuscando as atribuições da Anatel. Uma

vez mais, são válidos os anteriores argumentos contra essa possibilidade.

9. Artigos 44 a 47: interferência da Ancinav nas atribuições de outros entes

“Art. 44. À Ancinav compete, no que respeita à regulação e fiscalização da exploração de atividades audiovisuais pelas prestadoras de serviços de radiodifusão de sons e imagens, dispor especialmente sobre:

I – o cumprimento do disposto no parágrafo 2º do artigo 222 da Constituição Federal; e

II – o cumprimento do disposto nos artigos 38, alíneas ‘d’ e ‘h’, e 124 da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962.”

“Art. 45. Compete à Ancinav, com relação ao Serviço de TV a Cabo, em especial, a regulação e a fiscalização das disposições contidas nos artigos 3º, 10, incisos III, IV, V, VI, VII, 30, incisos I, IV e V, 31, incisos III e IV, e 38 da Lei nº 8.977, de 6 de janeiro de 1995, resguardadas as competências do Ministério das Comunicações e da Anatel relativas às outorgas e qualidade dos serviços, incluindo a expedição de normas e padrões técnicos.”

“Art. 46. Visando propiciar a competição efetiva e a diversidade de fontes de informação, a Ancinav poderá estabelecer condições à exploração de atividades audiovisuais por prestadoras de serviços de telecomunicações e suas coligadas, controladas ou controladoras.”

“Art. 47. O descumprimento das normas expedidas pela Ancinav no exercício de suas competências sujeita as prestadoras dos serviços enumerados no art. 42 às sanções previstas nesta Lei.”

O art. 44 subtrai do Ministério das Comunicações atributos que lhe são inerentes, na medida em que a esse cabe, por lei, disciplinar o serviço de radiodifusão e fiscali-

zar, juntamente com o Ministério da Justiça, o conteúdo programático, conforme transcrição anterior.

O art. 45 retira da Anatel suas peculiaridades atribuições, vez que a essa agência cabe, segundo reproduzido acima, como órgão regulador, disciplinar e fiscalizar, em todos os aspectos, os serviços de telecomunicações.

O art. 46 confere à Ancinav o mister de assegurar “competição efetiva e a diversidade de fontes de informação” na exploração de atividades audiovisuais por prestadoras de serviços de telecomunicações. Os aspectos da competição e de controle de conteúdos, no que respeita a tais serviços, como exaustivamente demonstrado, dizem respeito à Anatel. É cometimento da agência, como único órgão regulador dessa atividade econômica, disciplinar, em todos os aspectos, os serviços de telecomunicações, estabelecendo inclusive as restrições, os limites ou as condições a seu desenvolvimento pelos agentes privados. Reitere-se: a Constituição da República não instituiu dois entes reguladores desses serviços, mas *um único*, nos termos de seu art. 21, inciso XI. A previsão, nesse ponto, é inconstitucional.

O art. 47 suprime do Ministério das Comunicações e da Anatel as atribuições que lhes são constitucionalmente peculiares. Ao Ministério e àquela agência cabem, conforme transcrição anterior, disciplinar e fiscalizar, em todos os aspectos, os serviços de radiodifusão e de telecomunicações.

10. *Artigo 84: a inconstitucionalidade do uso do Fistel como receita do Funcinav*

“Art. 84. Constituem receitas do Funcinav:

(...)

VI – cinco por cento dos recursos a que se referem as alíneas ‘c’, ‘d’, ‘e’ e ‘j’ do art. 2º da Lei nº 5.070, de 7 de julho de 1966, com as alterações introduzidas pela Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997”;

A Lei nº 5.070, de 7-7-1966, que cria o Fundo de Fiscalização das Telecomunica-

ções e dá outras providências, estabelece em seu art. 2º que:

“Art. 2º O Fundo de Fiscalização das Telecomunicações – FISTEL é constituído das seguintes fontes:

a) dotações consignadas no Orçamento Geral da União, créditos especiais, transferências e repasses que lhe forem conferidos;

b) o produto das operações de crédito que contratar, no País e no exterior, e rendimentos de operações financeiras que realizar;

c) relativas ao exercício do poder concedente dos serviços de telecomunicações, no regime público, inclusive pagamentos pela outorga, multas e indenizações;

d) relativas ao exercício da atividade ordenadora da exploração de serviços de telecomunicações, no regime privado, inclusive pagamentos pela expedição de autorização de serviço, multas e indenizações;

e) relativas ao exercício do poder de outorga do direito de uso de radio-freqüência para qualquer fim, inclusive multas e indenizações;

f) taxas de fiscalização;

g) recursos provenientes de convênios, acordos e contratos celebrados com entidades, organismos e empresas, públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras;

h) doações, legados, subvenções e outros recursos que lhe forem destinados;

i) o produto dos emolumentos, preços ou multas, os valores apurados na venda ou locação de bens, bem assim os decorrentes de publicações, dados e informações técnicas, inclusive para fins de licitação;

j) decorrentes de quantias recebidas pela aprovação de laudos de ensaio de produtos e pela prestação de serviços técnicos por órgãos da Agência Nacional de Telecomunicações;

l) rendas eventuais.

Parágrafo único. Os recursos a que se refere este artigo serão recolhidos aos estabelecimentos oficiais de crédito, em conta especial, sob a denominação de 'Fundo de Fiscalização das Telecomunicações'".

Tendo em conta o estabelecido nas alíneas do citado art. 2º e observando que a Ancinav não exercerá quaisquer das atividades e atribuições arroladas, não se vislumbra qualquer fundamento jurídico para que seja destinado ao Fundo Nacional para o Desenvolvimento do Cinema e do Audiovisual Brasileiros (Funcinav) a percentagem de recursos do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações - FISTEL.

Além disso, o FISTEL, como o próprio nome diz, é um fundo de natureza contábil destinado a prover recursos para cobrir dispêndios realizados com a fiscalização de serviços de telecomunicações, bem ainda para desenvolver os meios e aperfeiçoar a técnica necessária a essa execução.

A fiscalização dos serviços de cabe, por força do disposto na Lei Geral de Telecomunicações, à Anatel, sendo essa agência a administradora do fundo (art. 50, Lei nº 9.472/1997). A autarquia reguladora poderá aplicá-lo, segundo o art. 3º da Lei nº 5.070/1966, de modo exclusivo: a) na instalação, custeio, manutenção e aperfeiçoamento da fiscalização dos serviços de telecomunicações existentes no País; b) na aquisição de material especializado necessário aos serviços de fiscalização; c) na fiscalização da elaboração e execução de planos e projetos referentes às telecomunicações; d) no atendimento de outras despesas correntes e de capital por ela realizadas no exercício de sua competência.

O art. 145 da Constituição Federal prescreve que "a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: (...) II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, pres-

tados ao contribuinte ou postos a sua disposição".

O conceito de *taxa* é afeto ao exercício do poder de polícia ou à utilização de serviços públicos específicos e divisíveis. Trata-se de uma espécie tributária vinculada. Geraldo Ataliba (1969, p. 43-54), muito a propósito, acentua que "a base de cálculo dos tributos deve ser estreitamente correlacionada com o elemento material da hipótese de incidência. Nos impostos, será uma ordem de grandeza ínsita na coisa ou atividade tributada, ou inerente ao sujeito passivo. Nos tributos vinculados, pelo contrário, há de ser uma ordem de grandeza ínsita à atividade pública que precisamente os justifica" (Considerações em torno da teoria jurídica da taxa. *Revista de Direito Público*, São Paulo: RT, n. 9, p.43-54, jul./set. 1969).

A instituição do Funcinav, tendo por integrante de suas receitas a parcela tributária do Fistel, ofusca o liame essencial que deve existir entre a taxa e o poder de polícia ou o serviço que a enseja. O Supremo Tribunal Federal, por reiteradas vezes, tem assinalado a inconstitucionalidade de taxas com esse vício na base de cálculo ou com falta da condição de serviço específico particularizado, que lhe é característica constitucional e legal (RE nº 204.827-SP. DJU de 25.04.1997, Rel. o Sr. Min. Ilmar Galvão, Plenário). No mesmo sentido: RE nº 216207/MG. Rel. Sr. Min. Ilmar Galvão. Primeira Turma. DJU 25-06-1999, p.30.

11. *Artigo 93: descaracterização do sentido de concessionário de serviços de telecomunicações*

"Art. 93. As prestadoras de serviços de telecomunicações caracterizadas como serviços de comunicação eletrônica de massa por assinatura, devem oferecer, em cada um dos pacotes de canais de programação, percentual mínimo de obras audiovisuais brasileiras a ser definido na forma do regulamento.

§ 1º O percentual se dará em relação ao volume total de programação

oferecido pelas operadoras em cada um dos seus pacotes, excetuados os canais referidos nas alíneas 'a' a 'h' do inciso I do art. 23 da Lei nº 8.977, de 1995;

§ 2º A Ancinav estabelecerá os prazos e outras condições necessárias à efetivação do disposto no *caput* deste artigo;”

O art. 93 suprime atribuições da Anatel. Mais uma vez é identificável o óbice constitucional expresso do art. 21, inciso 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”. Ao interferir nos conteúdos veiculados pelas concessionárias de serviços de telecomunicações, a Ancinav açambarca misteres da Anatel. Não se deve esquecer, com suporte no que já se decantou sobre os diferentes regimes constitucionais da radiodifusão e das telecomunicações, o hibridismo deletério da fórmula “comunicação eletrônica de massa por assinatura”.

12. Conclusões

Os vários dispositivos analisados apresentam severas inconstitucionalidades materiais ou formais. Incorporarem-se tais indicações ao ordenamento jurídico implicaria a necessidade de sensíveis mudanças na estrutura constitucional dos serviços de radiodifusão e de telecomunicações. Em suma, a criação da nova agência desvia-se do regime existente, de departição *jurídica* entre os aludidos serviços, bem assim insere um novo órgão em misteres constitucionalmente limitados a um único titular, a Agência Nacional de Telecomunicações. O anteprojeto não reúne condições adequadas à sua apresentação ao Poder Legislativo.

Nota

* Versão adaptada do PARECER/MC/CONJUR/OLRJ/Nº 0058-1.01/2005, da Consultoria Ju-

rídica do Ministério das Comunicações, elaborado pelo autor e aprovado pelo Sr. Ministro de Estado das Comunicações, conforme despacho ministerial de 13-1-2005, que analisou o anteprojeto de lei que visava a instituir a Agência Nacional do Cinema e do Audiovisual, encaminhado ao Ministério das Comunicações por meio do Ofício-Circular nº 070/2004-SAG/C.Civil/PR da Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais da Casa Civil da Presidência da República. O parecer foi apresentado em reunião ministerial e do Conselho Superior do Cinema, sob a regência do Exmo. Sr. Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, na qual se decidiu que o anteprojeto não seria apresentado ao Congresso Nacional. A elaboração desse parecer contou com a participação da Coordenadora-Geral de Assuntos Jurídicos de Telecomunicações e Postais da Consultoria Jurídica do Ministério das Comunicações, a advogada da União Adalzira França Soares de Luca.

Referências

ATALIBA, Geraldo. Considerações em torno da teoria jurídica da taxa. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 9, p. 43-54, jul./set. 1969.

BASTOS, Celso Ribeiro. A liberdade de expressão e a comunicação social. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, a. 5, n. 20, p. 48, jul./set. 1997.

BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna. *O direito da comunicação e da comunicação social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: L. Juris, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

DONATTI, A. Atto complesso, autorizzazione, approvazione. In: _____. *Archivio giuridico*, [S. l.], n. 5, v. 12, 1903.

JÈZE, Gaston. *Les principes généraux du droit administratif*. 3. ed. Paris: Dalloz, 1935. v. 4.

LIVELY, DONALD E. *Essential principles of communications law*. New York: Praeger Publishers, 1992.

MAMEDE, Gladston. Ampla liberdade de imprensa: o direito de informar e opinar pela mídia impressa e eletrônica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 36, n. 144, p. 55, out./dez. 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

