

INTRODUÇÃO

Vivemos em um momento de convergência tecnológica. Ainda que nem todos conheçam bem o significado da expressão, seus reflexos se fazem sentir diariamente. Graças a ela, hoje, é possível ver TV e ouvir rádio pelo computador e celular, bem como falar a baixo custo ou de graça pelo skype, dentre outros exemplos.

A realidade que atualmente se apresenta demandou, sem dúvida, fortes avanços técnicos da indústria de comunicação. Mas as mudanças não se limitam às alterações tecnológicas. A prestação de serviços de comunicação por múltiplas plataformas requer também a acomodação das relações jurídicas entre os atores dos diversos setores da indústria. De fato, antes do fenômeno da convergência, seus papéis eram desempenhados de modo delimitado e definido, e de acordo com marcos jurídicos próprios. A tecnologia, porém, não respeita marcos regulatórios nem fronteiras geográficas, já que evolui rapidamente e permite a prestação de serviços de forma integrada. As legislações, ao contrário, são alteradas de modo mais lento e em reação às mudanças sociais e técnicas.

Se por um lado, as possibilidades jurídico-regulatórias nem sempre se coadunam com os avanços técnicos da indústria, por outro, é preciso criar regras jurídicas condizentes com a nova realidade ou adaptá-las de modo a permitir a coexistência harmônica de todos os setores envolvidos, sob pena de insegurança jurídica nas relações comerciais e prejuízo à sociedade. Esse desafio existe em âmbito nacional e internacional. Com efeito, cabe aos Estados, individualmente, adequar suas legislações ao impacto causado pela convergência tecnológica, e, em conjunto, negociar as alterações necessárias ao Acordo Geral de Comércio em Serviços [GATS¹] da Organização Mundial do Comércio [OMC] que, dentre outros setores, rege a liberalização comercial no setor da comunicação.

Nesse processo de adequação de legislações nacionais e do GATS à nova realidade tecnológica, um elemento requer especial atenção: o conteúdo audiovisual. A razão de sua relevância está no fato de o conteúdo estar presente nas atividades de 2 (dois) dos serviços mais importantes do setor de comunicação do GATS, quais sejam, o serviço de telecomunicação e o serviço audiovisual. Enquanto o serviço audiovisual é responsável pela exibição do conteúdo, e

¹ Do inglês, General Agreement on Trade in Services.

muitas vezes, pela própria produção, o serviço de telecomunicação tradicionalmente responde pelas redes que transportam o conteúdo, sendo suporte para a exploração das atividades audiovisuais.

Nesse sentido, **o objetivo do presente trabalho é, de um lado, averiguar se, e como, a convergência tecnológica impacta nos compromissos de liberalização comercial assumidos nos serviços de telecomunicação e audiovisual, subsetores da comunicação em que o conteúdo audiovisual está inserido e, de outro, como deve ser entendida a regulação do conteúdo audiovisual no GATS.** É de se notar, desde logo, que por ocasião da negociação e elaboração do GATS, no período de 1986 a 1994, o conteúdo audiovisual foi intimamente associado aos serviços audiovisuais, e por essa razão se beneficiou das particularidades desse subsetor. Mas a convergência tecnológica desconstruiu, ao menos em parte, a lógica utilizada pelos Membros da OMC para assumir compromissos no setor da comunicação. Diante do atual cenário, importa analisar se é possível que o conteúdo audiovisual continue a se beneficiar de posição privilegiada.

Para entender como a manutenção do *status quo* no que se refere ao conteúdo audiovisual ainda pode ser viável em ambiente convergente, é preciso verificar como a capacidade regulatória dos Membros é tratada no GATS. De fato, o Preâmbulo do acordo, mais precisamente seu parágrafo quarto, reconhece o direito dos Membros de regular o fornecimento de serviços em seus territórios. No entanto, as decisões dadas pelo Órgão de Solução de Controvérsias [OSC] da OMC tendem a não garantir na prática esse direito, pois se utilizam, muitas vezes, de interpretação extensiva das obrigações assumidas pelos Membros.

Nesse diapasão, considerando que os serviços audiovisuais estão eminentemente associados a características sócio-culturais de um povo e, enquanto tal, merecem e devem ser protegidos de maneira especial, é preciso preservar a flexibilidade conferida ao GATS por ocasião de sua elaboração, e não permitir que o enfoque puramente econômico que se quer dar a esses serviços prevaleça. De fato, as negociações sobre os serviços audiovisuais no GATS se pautaram, até agora, na discussão acerca de qual interesse deve prevalecer quando se trata do audiovisual: cultural, conforme defendido pela União Europeia²; ou comercial, tal como defendido pelos Estados Unidos.

² Note-se que a partir da vigência do Tratado de Lisboa, em 01 de dezembro de 2009, é a União Europeia – e não mais as Comunidades Europeias – que é considerada Membro da OMC. Cfr. **WTO starts using name EU as Lisbon treaty takes effect.**

O enfoque cultural adotado por algumas jurisdições nas negociações multilaterais é reflexo de suas legislações internas desenhadas para proteger os serviços audiovisuais, e em particular o conteúdo. Com efeito, veremos que alguns Membros da OMC adotam políticas públicas em seus respectivos territórios com o intuito de proteger o conteúdo nacional. As cotas de conteúdo nacional e produção independente são um exemplo dessa prática.

Essas políticas públicas, por sua vez, embora se justifiquem em prol do fomento ao conteúdo audiovisual nacional – em uns países mais do que em outros, como veremos -, podem representar o gatilho para a implementação de medidas cerceadoras das liberdades individuais. Por isso, é preciso assegurar que a manutenção do *policy space* dos Membros da OMC no que se refere à regulação de conteúdo não justifique a tomada de medidas internas pelos Membros que regulem o conteúdo audiovisual de modo a minar a liberdade de expressão. Nesse sentido, para fins de contextualização, verificaremos como a regulação do conteúdo audiovisual vem sendo tratada no Brasil a partir do cenário de convergência tecnológica no setor da comunicação.

Assim, diante do exposto, para a concretização do objetivo do trabalho, entendemos relevante tratar da estrutura do GATS e do atual enquadramento dos serviços de comunicação no Acordo; entender como a capacidade regulatória dos Membros de assumir (ou não) compromissos de liberalização é definida no Acordo e interpretada pelo OSC da OMC; conhecer o atual cenário sobre conteúdo no GATS, inclusive possíveis influências dos marcos regulatórios norte-americano e europeu; e, por fim, examinar, por meio da sistematização do quadro regulatório brasileiro no setor da comunicação, como os Poderes Executivo e Legislativo brasileiros vem tratando do tema conteúdo audiovisual.

A fim de que todos esses temas sejam tratados de modo equilibrado e coeso, o trabalho está estruturado em 5 (cinco) capítulos.

O primeiro trata da estrutura básica do GATS e contextualiza o histórico das negociações do acordo, inclusive as motivações para a inclusão do setor de comunicação dentre os serviços abrangidos pelo GATS. Também, analisa a arquitetura organizacional do GATS, que é bastante diversa daquela dos demais acordos da OMC, sendo fundamental para a maior flexibilidade

Geneva, December 2, 2009. Disponível em: < <http://www.thearynews.com.english/newsdetail.asp?nid=38461> >. Acesso em 20 de agosto de 2010.

De fato, o Tratado de Lisboa altera os dois principais Tratados da UE: o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia. Este último passa a chamar-se Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Cfr. **Tratado de Lisboa** – a Europa rumo ao século XXI. Disponível em: < http://europa.eu/lisbon_treaty/full_text/index_pt.htm >. Acesso em 20 de agosto de 2010.

conferida aos Membros na assunção de compromissos nos diversos setores de serviços. Por fim, trata dos procedimentos de solução de controvérsias aplicáveis quando do surgimento de disputas comerciais entre 2 (dois) ou mais Membros em questões relacionadas a serviços, inclusive de comunicação.

Na sequência, o segundo capítulo releva especificamente para fins do tratamento dado ao setor de comunicação no GATS e, em particular, aos subsetores de telecomunicação e audiovisual. Para tanto, serão analisadas as diferenças e interrelações entre os dois serviços. De fato, fica claro que os mesmos se tornaram cada vez mais próximos no que se refere às atividades que podem prestar em termos técnicos. Para contextualização, serão verificados exemplos práticos do impacto da convergência tecnológica no setor de comunicação, bem como algumas definições para esse termo que indicam o alcance das conseqüências da convergência tecnológica para o setor. Por fim, como não se poderia deixar de fora o fator internet quando são examinados temas como convergência tecnológica, setor de comunicação e conteúdo audiovisual, o capítulo segundo faz breve análise dos impactos causados pela internet no setor e verifica algumas iniciativas, no Brasil e no mundo, para a proteção do conteúdo na internet.

O peso econômico, político e sócio-cultural do setor de comunicação é de vital relevância para justificar, no âmbito do GATS, o respaldo de certos Membros, como o Brasil, em dispositivos do acordo que conferem aos Membros o direito de regular, relativizando a obrigação de assumir progressivos compromissos de liberalização comercial. Nesse sentido, o capítulo terceiro aborda os dispositivos do GATS que visam a garantir a preservação da capacidade dos Membros de ter autonomia reguladora, ao mesmo tempo que podem ser interpretados de modo a demandar dos Membros compromissos mais abrangentes. Nessa linha, dentre outros artigos do GATS, examinaremos o artigo VI(4)³ de modo particular, pois confere a cada Membro o direito de exigir, por exemplo, certos procedimentos e requerimentos para o licenciamento de prestadores de serviços, - desde que respeitados as obrigações mínimas de acesso a mercados e de tratamento nacional -, sem que os mesmos sejam interpretados como barreiras ao comércio em

³Art. VI (4) do GATS

“4 - Com o objetivo de assegurar que medidas relativas a requisitos e procedimentos em matéria de qualificação, de normas técnicas e requisitos em matéria de licenças não constituam obstáculos desnecessários ao comércio de serviços, o Conselho para o Comércio de Serviços, por meio dos órgãos apropriados que venha a instituir, estabelecerá as disciplinas necessárias. Tais disciplinas objetivarão assegurar que tais requisitos, “inter alia”:

a) sejam baseados em critérios objetivos e transparentes, tais como a competência e a habilidade para prestar o serviço;
b) não sejam mais gravosas que o necessário para assegurar a qualidade do serviço; c) no caso dos procedimentos em matéria de licença, não constituam em si mesmos uma restrição para a prestação do serviço”.

serviço. Ou seja, o dispositivo garante um equilíbrio entre a premissa de liberalização comercial e o direito à preservação da capacidade regulatória de cada Membro. Para a compreensão do uso e alcance da expressão “regulamentação doméstica” de que trata o artigo VI(4) do GATS, analisaremos seu conceito à luz do GATS, bem como do direito brasileiro e do direito comparado. Esse exame ressalta os efeitos da regulação de conteúdo no GATS, tendo em vista a natureza especial que se atribui ao conteúdo, e discute se os serviços audiovisuais devem ser tratados como um outro serviço qualquer do GATS. Para a melhor compreensão desse aspecto, trataremos da distinção entre os enfoques cultural e econômico protagonizados, respectivamente, por União Europeia e Estados Unidos, e que, provavelmente, continuarão a pautar as negociações dos serviços audiovisuais no GATS. Justamente em função do enfoque cultural defendido por alguns Membros, trataremos também das possíveis influências da Convenção da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais [“Convenção da UNESCO”] nas negociações que envolvem conteúdo audiovisual, ainda que a mesma não seja parte integrante do GATS e/ou de qualquer acordo da OMC.

Feitas as considerações quanto aos enfoques dados ao serviço audiovisual, o capítulo quarto mostra o atual cenário sobre conteúdo audiovisual no GATS, demonstrando que os interesses distintos apontados no capítulo anterior são reflexo direto da contraposição entre os marcos regulatórios norte-americano e europeu. Nesse sentido, são analisadas as experiências europeia e norte-americana, inclusive, no que se refere à política de cotas de conteúdo nacional e produção independente. Ainda, analisa as principais propostas apresentadas na Rodada Doha, mesmo sem terem sido implementadas pelos Membros, e mostra que, hoje, no que se refere ao audiovisual, e em menor escala à telecomunicação, há poucos compromissos e muitas isenções à cláusula de nação mais favorecida inseridas nas Listas Nacionais dos Membros da OMC. Nesse contexto, examinaremos a Lista Nacional brasileira para o setor de comunicação, bem como os compromissos e isenções da União Europeia e Estados Unidos. Serão, também, analisadas decisões do OSC envolvendo os temas desenvolvidos ao longo dos 4 (quatro) primeiros capítulos, pois poderão ser utilizadas como balizadores de futuras recomendações de *Panels* e do Órgão de Apelação da OMC, bem como sinalizadores das melhores formas de assumir determinados compromissos no setor de comunicação.

Finalmente, o quinto - e último - capítulo trata do marco regulatório do direito brasileiro no que se refere ao conteúdo audiovisual. Para tanto, examinaremos os efeitos da convergência tecnológica no marco regulatório do setor da comunicação. Nesse sentido, analisaremos se a legislação atual comporta as mudanças provocadas pela evolução tecnológica e como atuam nesse cenário as agências reguladoras e os Ministérios que disciplinam a telecomunicação e o audiovisual no Brasil. Na sequência, verificaremos as implicações da regulação do conteúdo face às garantias constitucionais da liberdade de expressão e livre manifestação do pensamento, por exemplo, e como elas podem ser ameaçadas face à intervenção do Estado na exibição do conteúdo. Ademais, discutiremos em quais situações eventual regulação de conteúdo se justifica, analisando inclusive proposta legislativa, baseada na experiência estrangeira, sobre a criação de cotas de conteúdo nacional e de produção independente,

Realizada essa análise, acreditamos que a mesma poderá colaborar com aqueles que participarão da nova fase de negociações do GATS – que em breve, esperamos, possa acontecer – servindo de subsídio para que o Brasil faça valer seus interesses na regulação de conteúdo audiovisual no GATS. Acreditamos, desse modo, que o trabalho será útil no processo de construção e consolidação dos interesses do Brasil no tocante ao tratamento que se deve dar ao conteúdo audiovisual no GATS. Dessa forma, propiciaremos, de alguma forma, o aumento da massa crítica no Brasil a respeito do tema, com conseqüente aumento da participação qualitativa e pragmática do país nas negociações dos serviços de telecomunicação e audiovisual.

1. ESTRUTURA BÁSICA DO ACORDO GERAL SOBRE COMÉRCIO DE SERVIÇOS [GATS]

No contexto do Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio [OMC], de 15 de abril de 1994, resultado da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio [GATT⁴], foi aprovado o Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços [GATS] representado pelo Anexo 1B do Acordo de Marraqueche, que entrou em vigor no Brasil em 1º de janeiro de 1995.⁵

Diferentemente do que ocorreu em outros acordos⁶ da OMC, também negociados na Rodada Uruguai, - última das 8 (oito)⁷ rodadas de negociações que ocorreram sob a égide do antigo GATT⁸, e que se estendeu entre 1986 e 1994 -, o GATS foi construído de modo a permitir a existência de diversos níveis de liberalização comercial, que variariam de acordo com a vontade e as possibilidades de cada Membro. Essa flexibilidade refletiu-se na preservação do espaço regulador dos Membros nos mais variados setores de serviços. Assim, o GATS estabeleceu um quadro de referência multilateral de princípios e regras para o comércio de serviços visando a progressiva liberalização dos mesmos.

⁴ Do inglês, General Agreement on Trade and Tariffs.

⁵ Tanto o GATS como os demais acordos da OMC foram internalizados no Brasil por meio do Decreto nº 1355, de 30 de dezembro de 1994 (publicado no DOU em 31 de dezembro de 1994), que promulgou a Ata Final que incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT, assinada em Marraqueche, em 12 de abril de 1994. Note-se que a referida Ata fora aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 30, de 15 de dezembro de 1994, tendo o Instrumento de Ratificação da referida Ata sido depositado em Genebra, junto ao Diretor do então GATT, em 21 de dezembro de 1994. A referida Ata entrou em vigor no Brasil em 1º de janeiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D1355.htm>. Acesso em 10 de novembro de 2008.

⁶ A título informativo, os demais acordos aprovados pela Ata Final foram: Acordos Multilaterais sobre o Comércio de Bens, aí incluídos Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994, Acordo sobre Agricultura, Acordo sobre Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias, Acordo sobre Têxteis e Vestuário, Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio, Acordo sobre Medidas de Investimentos relacionadas ao Comércio, Acordo sobre a Implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994, Acordo sobre a Implementação do Artigo VII do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994, Acordo sobre Inspeção Pré-embarque, Acordo sobre Regras de Origem, Acordo sobre Procedimentos para o Licenciamento de Importações; Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias e Acordo sobre Salvaguardas (Anexo A); Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (Anexo 1 C); Entendimento Relativo às Normas e Procedimento sobre Solução de Controvérsias (Anexo 2); Mecanismo de Exame de Políticas Comerciais (Anexo 3); Acordos Comerciais Plurilaterais (Anexo 4), dentre os quais o Brasil assinou o Acordo Internacional sobre Carne Bovina (Anexo 4 (d)), que deixou de vigor em 1997. Disponível em: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm>. Acesso em 10 de novembro de 2008.

⁷ As demais Rodadas foram as seguintes: 1ª Genebra, Suíça – 1947; 2ª Annecy, França – 1949; 3ª Torquay, Reino Unido – 1951; 4ª Genebra, Suíça – 1956; 5ª Genebra, Suíça – 1960/61 (conhecida como “Dillon Round”); 6ª Genebra, Suíça – 1964/67 (conhecida como “Rodada Kennedy”); 7ª Genebra, Suíça – 1973/79 (conhecida como “Rodada Tóquio”). Disponível em: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/prevto_legal_e.htm>. Acesso em 10 de novembro de 2008.

⁸ Apesar dos problemas derivados do seu caráter incompleto, já que seria apenas um dos acordos do projeto de criação da Organização Internacional do Comércio, o GATT - que fez as vezes de uma “instituição” a partir de 1948 e até o surgimento da OMC, em 1995 -, contribuiu bastante para a intensificação progressiva do comércio internacional, ao viabilizar, desde a primeira rodada de negociações, reduções expressivas dos níveis tarifários para produtos manufaturados.

De fato, um dos grande temas de discussão do comércio de serviços na OMC está no dilema entre a flexibilização comercial e a preservação da capacidade regulatória na OMC que se faz representar pela possibilidade de seus Membros continuarem a gerir independentemente suas políticas públicas⁹. Trata-se de embate entre aquilo que os negociadores textualmente dispuseram no GATS à época da Rodada Uruguai, qual seja, preservação do *policy space* de cada Membro, e as ambições presentes e futuras sobre a liberalização do comércio de serviços.

Nesse diapasão, para a compreensão do direito à preservação da capacidade regulatória assegurado aos Membros da OMC, inclusive no que respeita ao setor de comunicação, entendemos relevante fazer breves considerações sobre a contextualização histórica do GATS e os setores de serviços em que se classifica. Além disso, trataremos das características específicas do GATS que permitem flexibilização na assunção de compromissos e das regras aplicáveis às disputas comerciais entre os Membros do GATS.

1.1 Histórico das Negociações

O início das negociações para a liberalização do comércio em serviços ocorreu há quase 20 (vinte) anos antes da Rodada Uruguai, levando em conta inclusive o trabalho de organizações internacionais relevantes dos setores envolvidos¹⁰, tal como a União Internacional das Telecomunicações, agência especializada das Nações Unidas, no caso dos serviços de telecomunicação.

No entanto, somente com a Declaração Ministerial de 1986, firmada em Punta del Leste - dentro do contexto da rodada de negociações que depois passou a ser conhecida como Rodada

⁹ Políticas públicas, na definição de Maria Paula Dallari Bucci, 'são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados'. Para o Direito, prossegue a autora, as 'políticas públicas são instrumentos de ação dos governos – o **government by policies** que desenvolve e aprimora o **government by law**. A função de governar – o uso do poder coativo do Estado a serviço da coesão social – é o núcleo da ideia da política pública, redirecionanado o eixo da organização do governo da lei para as políticas'. BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2002. p.241-252 (ênfase no original) *apud* CELLI JUNIOR, Umberto. **Comércio de Serviços na OMC: liberalização, condições e desafios**. Curitiba: Juruá Editora, 2009. p.38.

¹⁰ STEWART, Terence. **The GATT Uruguay Round: a negotiating history (1896-1992)**. Nova Iorque: Aspen Publisher, vol. II, 1996. p.2341-2659.

Uruguai – que é incluída expressamente nos textos a negociação do comércio em serviços.¹¹ Segundo referida declaração, o objetivo das negociações sobre o comércio em serviços seria o de

...estabelecer um quadro multilateral de princípios e regras para o comércio de serviços, inclusive a elaboração de possíveis disciplinas para setores específicos, com vistas à expansão desse comércio em condições de transparência e liberalização progressiva e como forma de promover o crescimento econômico de todos os parceiros comerciais e o desenvolvimento dos países em desenvolvimento. Esse quadro deverá respeitar os objetivos de políticas, de leis e regulamentos nacionais concernentes a serviços, bem como deverá levar em consideração o trabalho de organizações internacionais relevantes.¹²

No que tange ao desenvolvimento das negociações em serviços, pode-se dizer que há duas fases: a) Pré-Rodada Uruguai; e b) Rodada Uruguai.

1.1.1 Pré-Rodada Uruguai

Até a década de 70, pensava-se em comércio de serviços como algo essencialmente restrito ao comércio doméstico, sujeito, portanto, à regulamentação doméstica exclusivamente. Devido à pressão dos setores de serviços da economia norte-americana, ávidos por medidas que liberalizassem o comércio internacional de serviços, o Congresso norte-americano conferiu, por meio do *Trade Act* de 1974, poderes aos seus negociadores para tratar da liberalização das barreiras ao comércio internacional de serviços no âmbito das negociações da Rodada Tóquio.¹³ Em paralelo, o artigo 301 do citado *Act* dava poderes ao Presidente dos Estados Unidos da América [EUA] para retaliar comercialmente países que mantivessem ou impusessem barreiras não justificadas ao comércio norte-americano de serviços.¹⁴ Com efeito, segundo Celli Junior, o governo dos EUA foi o primeiro a tomar a iniciativa de propor o tema comércio de serviços nas negociações multilaterais do GATT.¹⁵ Nas palavras de Ciro Cunha, a motivação para a iniciativa

¹¹ CELLI JUNIOR, Umberto. **Comércio de Serviços na OMC: liberalização...** Op.cit. p.60.

¹² 1996 Preparatory Committee – Draft Ministerial Declaration – Revision, GATT Doc. n°. PREP.COM (86)W/47/Rev.2 (July 30, 1986) In: Loc. cit, conforme tradução de reprodução em STEWART, Terence. Op. cit. p. 2359.

¹³ STEWART, Terence. Op. cit. p.2343. Ainda segundo o autor, outros dispositivos legais foram criados nos Estados Unidos para impulsionar a liberalização comercial na década de 80, tais como o *Trade and Tariff Act*, de 1984, e o *Omnibus Trade and Competitiveness Act*, de 1988.

¹⁴ Loc.cit.

¹⁵ CELLI JUNIOR, Umberto. Op. cit. p.55. Consultar também TREBILCOCK, Michael; HOWSE, Robert. **The regulation of international trade**. London and New York: Routledge, 1st edition, 1995, chapter 9, p. 227.

foi a pressão de empresas do setor terciário que iniciaram, na década de 70, mobilização para demonstrar a importância econômica dos serviços e colocar o tema na mesa de negociações multilaterais.¹⁶

Em 1980, o GATT constituiu um Grupo Consultivo composto de dezoito Partes Contratantes com o objetivo de analisar um documento preparado pelo Secretariado acerca das relações entre alguns serviços e o comércio de bens¹⁷, concluindo-se que o tema serviços também deveria ser discutido em seu âmbito.¹⁸

Em 1982, na Conferência Ministerial, as Partes Contratantes do GATT assinaram uma Declaração Ministerial que tinha por objetivo incentivá-las a identificar em seus mercados domésticos os interesses dos setores de serviços, sendo que em resposta à Declaração, 13 (treze) Partes Contratantes – todos países desenvolvidos [PDs] - apresentaram estudos nacionais sobre o setor de serviços¹⁹. Dentre suas conclusões, notou-se a presença de forte regulamentação doméstica de vários setores, tais como financeiro, comunicações e transportes, e que, sendo diferentes entre si, dificultava ainda mais a liberalização comercial do setor.²⁰

Em abril de 1985, 25 (vinte e cinco) membros da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico [OCDE] acordaram no sentido de que as negociações em serviços deveriam ser realizadas em âmbito multilateral no GATT.²¹ Em reação a essa decisão, um grupo de 23 (vinte e três) países em desenvolvimento [PEDs], liderados por Brasil e Índia, submeteram um *paper* ao Conselho do GATT pelo qual concordavam com uma nova rodada de negociações, mas sob a condição de que a negociação sobre serviços não fosse incluída.²²

Na Assembléia Anual do GATT de 1985, as Partes Contratantes concordaram que fosse formado um comitê preparatório para discutir as questões a serem tratadas na nova rodada de negociações multilaterais, que seria lançada em 1986.²³ A proposta norte-americana²⁴ para o

¹⁶ CUNHA, Ciro Leal. A Introdução do Comércio de Serviços na Regulação multilateral do Comércio: breve histórico. In: CELLI JUNIOR, Umberto (org). **Comércio de Serviços na OMC**. Curitiba: Juruá Editora, 2005, p.23.

¹⁷ CELLI JUNIOR, Umberto. **Comércio de Serviços na OMC: liberalização...** Op. cit. p. 55.

Estudo anterior havia sido feito por um grupo de peritos convocados pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico [OCDE], em 1972, para “examinar as perspectivas comerciais em longo prazo dos Estados-Membros, em face das transformações estruturais das sociedades industrializadas”, sendo que no relatório a expressão “comércio em serviços” foi utilizada pela primeira vez em substituição à expressão “transações com invisíveis”. Ver nota de rodapé nº 67 da obra citada.

¹⁸ GATT No L/5210, *Report of the Consultative Group of Eighteen to the Council of Representatives*. Ver STEWART, Terence. Op. cit. p.2343.

¹⁹ Ibid. p.2346.

²⁰ Ibid. p.2348.

²¹ Ibid. p.2354.

²² Loc. cit.

²³ Ibid. p.2355.

Comitê indicava a intenção de o comércio de serviços ser discutido durante a rodada. Já os PEDs²⁵, capitaneados por Brasil, Argentina e Índia, evitavam discutir o tema, focando suas propostas nas questões relacionadas ao comércio de mercadorias.²⁶

1.1.2 Rodada Uruguai

Com a Reunião Ministerial de 1986, criou-se o Grupo de Negociações em Serviços [GNS], cujo plano de ação, apresentado em 1987, continha “conceitos abrangentes nos quais deveriam se basear os princípios e regras para comércio em serviços, incluindo possíveis disciplinas para setores individuais”.²⁷

Desde o início das negociações se questionou se o acordo deveria cobrir todos os setores ou apenas alguns, com a esperança de que futuras negociações ampliariam os setores cobertos, bem como se o tema de serviços deveria ser tratado em separado do quadro jurídico do GATT ou no âmbito de outras organizações internacionais, como vinha sendo feito até antes de 1986, sobretudo na OCDE e na Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento [UNCTAD].²⁸

Com relação ao alcance da cobertura do acordo, muitas Partes Contratantes, inclusive os países com menor grau de desenvolvimento [*less developed countries* ou LDCs, do inglês] defendiam a cobertura universal dos setores.²⁹ A razão para tal, segundo tais Membros, era evitar que se excluíssem da negociação setores sensíveis; já os que defendiam o enfoque setorial entendiam que a vantagem residia no fato de que as Partes Contratantes poderiam determinar, de acordo com suas necessidades, os setores passíveis de liberalização.³⁰ Em ambos os casos, as

²⁴ Loc. cit. Ver *Preparatory Committee – Record of Discussions – Discussions of 9-12 June 1986*, GATT Doc. n° Prep. Com(86)SR/7 (agosto de 1986).

²⁵ Ibid., p. 2357. Ver *Preparatory Committee – Draft Ministerial Declaration*, GATT Doc. n° Prep. Com(86)W/41 (June 23, 1986). Ver, também, *Preparatory Committee – Draft Ministerial Declaration*, GATT Doc. n° W/41/Rev.1 (16 de julho de 1986).

²⁶ Loc. cit.

²⁷ Ibid. p.2359.

²⁸ Loc.cit.

²⁹ Ibid. p. 2363.

³⁰ Loc.cit.

Partes Contratantes do GATT entendiam que aqueles setores que necessitassem de tratamento individualizado, dado sua relevância e peculiaridades, deveriam ter anexos específicos.³¹

Segundo Celli Junior, o Brasil manteve-se refratário à ideia de concessões nos setor de serviços, mas passou a emitir sinais de maior pragmatismo, pois tais concessões poderiam servir de moeda de troca durante as negociações de outros temas de seu interesse.³²

Por ocasião do *Mid-Review*³³, de 1988, convencionou-se que o tema serviços incluiria: “1. Movimento Transfronteiriço de Serviços; 2. Movimento Transfronteiriço de Consumidores; e 3. Movimento Transfronteiriço de Fatores de Produção”, e que, a princípio, não se excluiria nenhum setor da cobertura do acordo.³⁴ À época, não se tratou da presença comercial de prestadores de serviços de um Membro em outro Membro, que hoje é um dos modos de prestação do GATS, como se verá mais a frente.

Somente em 1989, iniciou-se a análise por setores específicos³⁵ e de propostas de certas Partes Contratantes. Assim, os EUA, com o apoio dos europeus, defendiam a inclusão de setores e compromissos específicos com base na chamada “lista negativa”, enquanto os LDCs e outros Membros defendiam uma “lista positiva”.³⁶ Por lista negativa, entende-se que todos os setores não incluídos na lista, ou seja, excetuados na lista, seriam liberalizados; enquanto que por lista positiva se entende que apenas os setores especificamente incluídos na lista seriam liberalizados. A questão perdurou até a reunião de julho de 1990 do Comitê de Comércio de Serviços.

Em julho de 1990, o Presidente do Grupo de Negociações de Serviços lançou o *Draft Multilateral Framework for Trade in Services* (o então chamado “Texto de Julho”³⁷), no qual dentre as questões discutidas se encontrava a da regulamentação doméstica. No que tange a este assunto, a maioria das Partes Contratantes manifestou-se no sentido de que deveriam poder

³¹ Loc.cit.

³² CELLI JUNIOR, Umberto. **Comércio de Serviços na OMC – Liberalização**, ...p.62.

³³ Essa reunião ocorreu em Montreal e foi convocada para realizar-se uma avaliação do andamento das negociações a exatamente dois anos do prazo originalmente previsto para o término da Rodada (1990). Conforme nota de rodapé 85 em CELLI JUNIOR, Umberto. Op. cit. p.63.

³⁴ STEWART, Terence. Op. cit. p.2368.

³⁵ Em particular, serviços de telecomunicação, construção, transporte, turismo, serviços profissionais e financeiros, incluindo seguros. Em 1990, foram criados *working groups* para estudar estes setores individualmente. A pedido dos norte-americanos e europeus, foram criados grupos de trabalho também para discutir serviços audiovisuais. Para mais detalhes ver, STEWART, Terence. Op. cit. p.2373.

³⁶ Ibid. p. 2382.

³⁷ O Texto de Julho tinha por objetivo demonstrar o progresso das negociações durante os 4 (quatro) anos anteriores, e servir de base para as futuras negociações. Para mais detalhes ver STEWART, Terence. Op. cit. p.2388.

manter o direito de regular, podendo, inclusive, segundo proposta dos países latino-americanos, criar novas regulamentações desde que compatíveis com o (futuro) acordo.³⁸

Em dezembro de 1990, um novo texto foi redigido, e a maioria de seus dispositivos era muito semelhante ao Texto de Julho, inclusive quanto à inclusão de anexos sobre serviços básicos de telecomunicação, marítimos, transportes aéreos, rodoviários, mobilidade de trabalho e audiovisuais.³⁹

A partir de meados de 1991, as Partes Contratantes iniciaram negociações quanto à forma em que os compromissos iniciais seriam realizados, sendo que somente em 20 de dezembro de 1991, por ocasião da reunião do Comitê de Negociações Comerciais, foi preparado pelo então Diretor Geral do GATT, Arthur Dunkel, um documento denominado *Draft Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations* (Dunkel Draft).⁴⁰ Dentre as deliberações, o *Dunkel Draft* declarou que todos os grupos negociadores (inclusive o de serviços) estavam abolidos e solicitou às Partes Contratantes que indicassem se aceitariam o texto proposto ou o utilizariam apenas como base para negociações adicionais.⁴¹

A proposta do *Dunkel Draft* para serviços foi aceita pelas Partes Contratantes. O texto continha 34 (trinta e quatro) artigos, bem como anexos sobre isenção à nação mais favorecida, movimento laboral, serviços financeiros, de telecomunicação e de transporte aéreo, mas não incluía listas de compromissos de liberalização.⁴²

Em 1992, celebrou-se em Washington o Acordo de Blair House, que no início teve a oposição da França por não concordar com os prazos e a abrangência do acordo de agricultura, mas acabou por resultar na inclusão da agricultura no âmbito do GATT – pleito de muitos dos PEDs – e abrir caminho para uma convergência de interesses em serviços.⁴³

Assim, apesar de tentativas anteriores para a liberalização comercial em serviços, pode-se dizer que a Rodada Uruguai foi o período crucial para, por meio de negociações multilaterais que respeitassem os objetivos de política pública dos Membros e as leis e regulamentos nacionais

³⁸ Loc.cit.

³⁹ Ibid. p.2394.

⁴⁰ Ibid. p.2412.

⁴¹ Loc.cit.

⁴² CELLI JUNIOR, Umberto. Op.cit. p.65.

⁴³ Ibid. p.66.

aplicáveis aos serviços, que se reduzissem as barreiras ao comércio em serviços. De fato, é o que prevê o Preâmbulo do GATS, em seus Parágrafos Terceiro e Quarto, respectivamente. Vejamos:

(...)

Desejando a rápida obtenção de níveis de liberalização progressivamente mais elevados no comércio de serviços mediante sucessivas rodadas de negociações multilaterais que objetivem a promoção dos interesses de todos os participantes na base de vantagens mútuas e **logrando um equilíbrio geral de direitos e obrigações e, ao mesmo tempo, respeitando os objetivos de políticas nacionais;**

Reconhecendo o direito dos Membros de regulamentar e de introduzir novas regulamentações sobre serviços dentro de seus territórios para atingir os objetivos nacionais e, dadas as assimetrias existentes com respeito ao grau de desenvolvimento das regulamentações sobre serviços em diferentes países, **a necessidade particular de os países em desenvolvimento exercerem tal direito;** (grifo nosso).⁴⁴

1.2 Classificação dos Serviços em Setores

Durante as negociações da Rodada Uruguai, os diversos setores de serviços foram classificados em ordem alfabética no idioma inglês, e agrupados em 12 (doze) grupos em uma Lista de Classificação de Serviços [Lista de Classificação], preparada pelo Secretariado.⁴⁵

A primeira minuta da Lista de Classificação data de 24 de maio de 1991, sendo que a versão final – documento conhecido como W/120 e datado de 10 de julho de 1991 – já incorpora os comentários dos negociadores do que viria a ser o acordo de serviços, conforme nota do próprio Secretariado à Lista.

Conforme a Lista de Classificação, os serviços foram agrupados nos seguintes setores: i) serviços profissionais (serviços de contabilidade, serviços de publicidade, serviços de arquitetura e engenharia, serviços computacionais e relacionados, serviços jurídicos), ii) serviços de comunicação (serviços audiovisuais, serviços de telecomunicação, serviços postais e de *courrier*), iii) serviços de construção e relacionados; iv) serviços de distribuição; v) serviços educacionais; vi) serviços de energia; vii) serviços ambientais; viii) serviços financeiros; ix) serviços sociais e

⁴⁴ Tradução oficial cfr. Decreto n° 1355, de 1994.

⁴⁵ MTN.GNS/W/120, de 10 de julho de 1991, Disponível em:

<http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/mtn_gns_w_120_e.doc>. Acesso em 10 de novembro de 2008. Para maiores detalhes, ver também WTO Secretariat, **Guide to the GATS: an overview of issues for further liberalization of trade in services**. Kluwer Law International, 2001. p. 133 e 533.

de saúde; x) serviços de turismo; xi) serviços de transporte (aéreo, marítimo, serviços auxiliares a todos os meios de transporte); e xii) outros serviços.

Note-se que muitos dos serviços acima relacionados são considerados serviços públicos em alguns Membros da OMC, como é caso, por exemplo, dos serviços de saúde e de educação no Brasil. Embora não haja previsão expressa acerca da exclusão dos serviços públicos do âmbito de aplicação do GATS, subsiste o entendimento de que, em princípio, os mesmos não se sujeitam ao GATS.⁴⁶ Entendimento esse, aliás, explicitado no próprio site da OMC que, ao tratar de serviços, afirma que serviços prestados no exercício da atividade governamental, tais como sistemas de seguridade social e qualquer outro serviço público, como saúde e educação, que não sejam prestados em condições de mercado, estão excluídos do âmbito do GATS.⁴⁷

De fato, o inciso (b) do artigo I.3 do GATS excepciona os serviços prestados no exercício da atividade governamental do âmbito de aplicação do GATS, sendo conceituados – no inciso (c) – como serviços não prestados em bases comerciais, nem em competição com um ou mais prestadores de serviços. No entanto, essa definição não faz referência à natureza do serviço, conforme afirma Krajewski⁴⁸, dificultando a assertiva de que os serviços públicos estariam excluídos do GATS. Por isso, parece-nos, conforme analisado por Pereira, que nenhum serviço está excluído *per se* do GATS. A não submissão às obrigações do GATS depende de outras questões, conforme analisaremos adiante nesse capítulo.

Ainda no que respeita à estrutura de classificação dos serviços, a cada setor foi atribuído um numeral correspondente (de 1 a 12, conforme ordem acima), sendo que ao setor de comunicação foi designado o numeral 2.⁴⁹ Os setores foram divididos em subsetores que, por sua vez, receberam uma letra do alfabeto (a., b., c., etc) a fim de caracterizá-los. Cada subsetor foi, por sua vez, dividido em categorias, a fim de esmiuçar ao máximo todas as atividades contidas em todos os 12 (doze) grandes grupos de serviços classificados pelo Secretariado.

Segundo a Lista de Classificação, a cada subsetor (ou categorias de subsetor) corresponde um item da Classificação Central Provisória de Produtos das Nações Unidas [CPC⁵⁰], que

⁴⁶ PEREIRA, Ana Cristina. **The liberalization of education under the WTO services agreement (GATS): a threat to public educational services?** Journal of International Economic Law, University of Manchester, 2005, volume 2, issue 3, p.5.

⁴⁷ Disponível em: < http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/gatsqa_e.htm#3>. Acesso em 02 de setembro de 2009.

⁴⁸ KRAJEWSKI, Marcus. **Public services and trade liberalization: mapping the legal framework.** Journal of International Economic Law. Oxford Press, Oxford, 6(2003), at 353 *apud* PEREIRA, Ana Cristina. Op. cit. p.3.

⁴⁹ Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/mtn_gns_w_120_e.doc>. Acesso em 02 de setembro de 2009.

⁵⁰ Do inglês, Central Product Classification.

classifica os produtos baseados nas características físicas das mercadorias ou na natureza dos serviços prestados. Essa classificação foi desenvolvida para permitir a harmonização entre os mais variados campos da economia, apresentando categorias para todos os produtos e serviços e podendo ser utilizada para controlar transações domésticas e internacionais.⁵¹

Vale ressaltar que os Membros da OMC não estão obrigados a utilizar a classificação da W/120, pois é meramente indicativa, possibilitando que os mesmos utilizem nomenclaturas de suas próprias legislações domésticas. Se por um lado parece recomendável que os Membros sigam a categorização da W/120 para facilitar a compreensão do alcance dos compromissos assumidos por seus pares e evitar ambiguidades, por outro, é preciso que os Membros reflitam em suas Listas a realidade interna de suas legislações, já que do contrário poderão estar assumindo mais compromissos do que de fato estão preparados. Afinal, a assunção errônea de compromissos pode levá-los, inclusive, no futuro, ao Órgão de Solução de Controvérsias [OSC] para solucionar as divergências de entendimentos entre os compromissos que se pensou assumir e aqueles que, efetivamente, foram assumidos. Ademais, como se verá no Capítulo 2, a atual classificação já está bastante desatualizada do ponto de vista tecnológico e esforços vêm sendo feitos pelo Secretariado para adaptá-la à realidade de nossos dias.

Uma vez examinada a classificação geral dos serviços do GATS, verificaremos a estrutura do acordo, já que é ela quem confere as características necessárias para que os Membros garantam a preservação de sua capacidade regulatória quando da liberalização comercial dos serviços.

⁵¹ A CPC contempla a classificação internacional provisória de produtos/serviços elaboradas pelas Nações Unidas, em 1986, mais especificamente pela Divisão de Estatística, e foi adotada pelos Membros durante a Rodada Uruguai. A CPC está disponível em <<http://www.paperindex.com/resources/pulppaperclassification/un/cpc.aspx>>. Acesso em 02 de setembro de 2009. Para maiores informações, também consultar BORSCHIVER, Suzana; et. al. **A classificação industrial e sua importância na análise setorial.** Ciência da Informação. vol.33, n°.1 Brasília Jan./Apr. 2004. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-19652004000100002&script=sci_arttext>. Acesso em 02 de setembro de 2009.

1.3 Arquitetura organizacional do GATS

Não há definição sobre serviços no GATS, apenas dispositivos que indicam que “serviços” incluem qualquer serviço em qualquer setor exceto aqueles prestados no exercício da atividade governamental (art. I. 3 b.), como já mencionado, e que a “prestação de um serviço” inclui a produção, distribuição, comercialização, venda e entrega de um serviço (art. XXVIII b.). Isso posto, percebe-se que o universo de alcance do GATS é muito amplo.

A fim de evitar que algum serviço e/ou alguma forma de prestá-lo ficassem de fora de seu alcance, mas ao mesmo tempo garantir a liberalização progressiva dos serviços, conforme as escolhas de política pública de cada Membro, foi criada estrutura organizacional para o GATS bastante diversa daquela dos demais acordos da OMC.

Nesse diapasão, criou-se um GATS formado por 29 (vinte e nove) artigos, que contemplam o escopo do acordo, obrigações e disciplinas gerais, regras para as negociações de compromissos específicos e disposições institucionais. Além de seu texto principal, de aplicação geral, o GATS é composto por 8 (oito) anexos e listas de compromissos específicos de cada Membro que são apresentadas sob a forma de Listas Nacionais.

Os anexos do GATS englobam i) exceções à cláusula de nação mais favorecida (exceções ao artigo II do GATS), ii) movimento de pessoas naturais que prestam serviços, iii) serviços de transporte aéreo, iv) serviços financeiros (2 anexos), v) negociações de serviços de transporte marítimos, vi) telecomunicações; vii) negociações em telecomunicações básicas.⁵² Eles esclarecem ou modificam condições gerais impostas no GATS no que se refere a esses temas e funcionam como base legal para as futuras negociações nos setores correspondentes.

Diferentemente do GATT e dos demais acordos da OMC⁵³, que apresentam obrigações uniformes para todos os Membros e que devem ser cumpridas de apenas uma forma, no GATS os compromissos são assumidos em modos de prestação, conforme jargão do acordo. De acordo com Grieshaber-Otto and Sanger, por meio do uso dessa sistemática para definir o comércio de

⁵² Os dois últimos anexos serão tratados no item 2.1.1 do Capítulo 2.

⁵³ O GATT refere-se ao comércio de bens, e nele há regras aplicáveis a todos os bens, não havendo possibilidade de escolha para menor liberalização do comércio de bens mais sensíveis a determinados Membro.

serviços, “o GATS vai muir além do entendimento comum de que o comércio seja uma troca entre fronteiras nacionais”⁵⁴ (tradução nossa).

Com efeito, o artigo I do GATS prevê que um serviço pode ser classificado em função de 4 (quatro) modos de prestação, quais sejam: **(1) Transfronteiriço** – que reflete a possibilidade de um provedor de serviços não residente prestar serviços dentro do território de outro Membro; **(2) Consumo no Exterior** – que reflete a liberdade de escolha por um residente num país membro de comprar serviços no território de outro Membro; **(3) Presença Comercial** – que reflete a possibilidade de provedores de serviços estrangeiros se instalarem, operarem ou expandirem sua presença comercial em outro Membro, através de empresa subsidiária, filial ou agência; e **(4) Presença de Pessoas Naturais** – que reflete as possibilidades oferecidas para a entrada e permanência temporária de pessoas físicas estrangeiras no território de um Membro com o objetivo de prestar serviços.

Assim, a eleição dos modos de prestação de cada setor ou subsetor de serviço a ser liberalizado é o caminho para a assunção dos compromissos específicos de cada Membro (arts. XVI a XVIII do GATS, a serem examinados adiante) e consequentemente a elaboração de Listas Nacionais⁵⁵ (art. XX do GATS, a ser examinado adiante) na medida de sua conveniência política. É claro que muitas vezes compromissos são assumidos por pressões negociais de outros Membros e não necessariamente porque o Membro está preparado o suficiente para abrir seu mercados naquele determinado setor de serviço. No que se refere ao alcance dos modos de prestação, duas 2 (duas) decisões do OSC no âmbito do GATS serão examinadas no item 4.4 do Capítulo 4.⁵⁶

Na Lista Nacional, o Membro pode inscrever compromissos específicos em até 3 (três) colunas que abrangem obrigações mínimas e vinculativas de acesso a mercado, de tratamento nacional e, em modo facultativo, de compromissos adicionais. Uma vez apresentada a Lista Nacional, ela não deve ser desrespeitada. Em caso de necessidade de alteração da Lista, é preciso

⁵⁴ O trecho correspondente no original é: “GATS’ extends far beyond the common understanding of trade as an exchange across national borders”. GRIESHABER-OTTO, Jim; SANGER, Matt. **Perilous Lesson: The impact of the WTO Services Agreement (GATS) on Canada’s public education system** (Centre for Policy Alternatives, Ottawa, 2002), at 29 *apud* PEREIRA, Ana Cristina. Op. cit. p.8.

⁵⁵ Os Anexos C a G deste trabalho contêm os compromissos específicos e as isenções de cláusula da NMF do Brasil no que respeita o setor de comunicação. O conjunto de todos os compromissos específicos em todos os setores de serviços forma a Lista Nacional de cada Membro da OMC.

⁵⁶ Para a melhor compreensão dessas análises é preciso que o leitor se familiarize com aspectos dos GATS que serão examinados ao longo dos próximos capítulos, portanto, optamos em deixar a análise jurisprudencial para o Capítulo 4.

negociar com o(s) Membro(s) que se sentirem prejudicados e estender o resultado das negociações com este(s) Membro(s) aos demais em bases de nação mais favorecida, conforme as regras previstas no art. XXI do GATS.⁵⁷

A relevância da escolha dos modos de prestação de um serviço e da formação da Lista Nacional está no fato de que cada Membro se obriga a liberalizar apenas aqueles serviços expressamente indicados em suas listas de compromissos específicos e de acordo com o modo de prestação escolhido. Usualmente, a liberalização dá-se nos setores, ou subsetores, em que o Membro já possui indústria competitiva ou onde não há razões, além das comerciais, para proteger a indústria nacional. Por razões de natureza cultural que serão vistas no item 3.2.1 do Capítulo 3, os serviços audiovisuais, por exemplo, requerem certa proteção do Estado, e por isso os compromissos assumidos, quando existem, são bastante pouco significativos em termos de abertura comercial.

Por fim, mencione-se que o principal processo eleito para a progressiva liberalização dos serviços pelos Membros foi o de solicitação-oferta, tanto nos termos do art. XIX(4)⁵⁸ do GATS e

⁵⁷ Art. XXI do GATS

“1.a) Um Membro (denominado no presente Artigo “Membro que pretende a modificação”) poderá modificar ou retirar em qualquer momento qualquer compromisso de sua lista após transcorridos três anos a partir da data de entrada em vigor daquele compromisso, em conformidade com as disposições do presente Artigo.

b) O Membro que pretende a modificação notificará sua intenção ao Conselho para o Comércio de Serviços com antecedência mínima de três meses antes da data de implementação da modificação ou retirada.

2.a) Por solicitação de qualquer Membro cujos benefícios sob o presente Acordo possam ser afetados (a seguir denominado “Membro afetado”) pela proposta de modificação ou retirada notificada segundo o parágrafo 1.b, o Membro que pretende a modificação entrará em negociações com vistas a chegar a um acordo sobre qualquer ajuste compensatório que seja necessário. Em tais negociações e acordo, os Membros interessados procurarão manter um nível geral de compromissos mutuamente vantajoso não menos favorável ao comércio do que o previsto nas listas de compromissos específicos antes dessas negociações.

b) Os ajustes compensatórios serão feitos sob a base da nação mais favorecida.

3.a) Se não houver acordo entre o Membro que pretende a modificação e qualquer outro Membro afetado antes do final do período previsto para as negociações, o Membro afetado poderá submeter o assunto a arbitragem. Todo Membro afetado que deseje fazer valer o direito que possa ter a compensação deverá participar da arbitragem.

b) Se nenhum Membro afetado houver solicitado arbitragem, o Membro que pretende a modificação estará livre para implementar a modificação ou retirada pretendida.

4.a) O Membro que pretende a modificação não modificará ou retirará seus compromissos até que haja efetivado ajustes compensatórios em conformidade com as conclusões da arbitragem.

b) Se o Membro que pretende a modificação implementar a modificação ou retirada proposta sem respeitar as conclusões da arbitragem, qualquer Membro afetado que tenha participado do processo arbitral poderá modificar ou retirar benefícios substancialmente equivalentes em conformidade com aquelas conclusões. Não obstante o art. 2, tal modificação ou retirada poderá efetuar-se somente em relação ao Membro que pretende a modificação.

5 - O Conselho para o Comércio de Serviços estabelecerá procedimentos para retificação ou modificação das listas de compromissos. Todo Membro que haja modificado ou retirado compromissos listados ao amparo do presente Artigo deverá modificar sua lista em conformidade com tais procedimentos”. (grifo nosso). Tradução oficial cfr. Decreto nº 1355, de 30 de dezembro de 1994.

⁵⁸ Art. XIX (4) do GATS

“O processo de liberalização progressiva será encaminhado em cada rodada por meio de **negociações bilaterais, plurilaterais ou multilaterais** orientadas para o aumento do nível de compromissos específicos assumidos pelos Membros sob o presente Acordo”. (grifo nosso)

do parágrafo 11 das Diretrizes e Procedimentos para a Negociação do Comércio de Serviços de março de 2001 [“Diretrizes 2001”]⁵⁹, quanto do Anexo C da Declaração Ministerial de Hong Kong, de dezembro de 2005 [“Anexo C”]⁶⁰. Esse método, nas palavras de Celli Junior, funciona da seguinte forma:

O Membro demandante envia um pedido para um ou mais Membros solicitando a abertura de um ou mais setores de serviços, bem como a de seus modos de prestação. Em face do pedido inicial, demandante e demandado inicial consultam de maneira a chegar a um acordo acerca dos setores e subsetores e dos modos de prestação de serviços que cada um estaria disposto a liberalizar. Os demandados que tiverem interesse em prosseguir nas negociações poderão, a seu exclusivo critério, apresentar suas respectivas listas de compromissos.⁶¹

Embora as negociações bilaterais sejam o modo mais tradicional e preferido entre os Membros, as negociações plurilaterais⁶² também estão previstas no artigo XIX(4) do GATS e no Anexo C. Conforme explica Celli Junior,

nas negociações plurilaterais, qualquer Membro ou grupos de Membros pode apresentar solicitações ou solicitações coletivas a outros Membros em qualquer setor específico ou modo de prestação de serviços, identificando seus objetivos com relação às negociações, e ao longo do primeiro semestre de 2006 várias solicitações sob esse formato foram apresentadas, inclusive para os serviços de telecomunicação e audiovisual.⁶³

Ao longo das negociações em serviço, propôs-se inclusive a adoção de *benchmarks*, uma espécie de compromissos mínimos (quantitativos e qualitativos) que todos os Membros deveriam assumir, sob o argumento de que a qualidade das ofertas e ofertas revisada era baixa. Tal modelo foi enfaticamente rechaçado pelos PEDs, inclusive pelo Brasil, já que na prática inviabilizaria o modelo flexível de assunção de compromissos negociado para o GATS. Abordaremos, em

O Conselho de Comércio de Serviços [CCS] aprovou as Diretrizes 2001 com o propósito de estimular as negociações relativas a acesso a mercados (solicitações e apresentação de ofertas), que tiveram início em 2000. Os Membros deveriam aperfeiçoar suas ofertas iniciais e revisadas, isto é, aumentar compromissos de acesso a mercados e/ou diminuir as limitações de tratamento nacional, tendo por base as listas de compromissos em vigor adotadas na Rodada Uruguai e, assim, sucessivamente. Cfr. CELLI JUNIOR, Umberto. **Comércio de Serviços na OMC- Liberalização...** p. 107.

⁵⁹ Parágrafo 11 das Diretrizes 2001

“Liberalization shall be advanced through bilateral, plurilateral or multilateral negotiations. The main method of negotiation shall be the request-offer approach. Disponível em: <http://www.wto.org/English/tratop_e/serv_e/sl93.doc>. Acesso em 23 de agosto de 2009.

⁶⁰ Anexo C

“6. Pursuant to the principles and objectives above, we agree to intensify and expedite the request-offer negotiations, which shall remain the main method of negotiation, with a view to securing substantial commitments. Ver WT/MIN(05)/W/3/Rev.2. **Hong Kong Ministerial Declaration**. Disponível em: <http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min05_e/final_text_e.pdf>. Acesso em 23 de agosto de 2009. Teremos maiores considerações sobre o Anexo C da Declaração Ministerial no item 3.1 do Capítulo 3.

⁶¹ CELLI JUNIOR, Umberto. Op. cit. p.102.

⁶² Anexo C - “7. In addition to bilateral negotiations, we agree that the request-offer negotiations should also be pursued on a plurilateral basis in accordance with the principles of the GATS and the Guidelines and Procedures for the Negotiations on Trade in Services. The results of such negotiations shall be extended on an MFN basis”. WT/MIN(05)/W/3/Rev.2.

⁶³ CELLI JUNIOR, Umberto. Op. cit. p.121-122.

maiores detalhes, a tentativa de criação de *benchmarks* e de imposição de negociações plurilaterais no item 3.1 do Capítulo 3 ao tratarmos do conceito de regulamentação doméstica à luz do GATS.

Por fim, vale lembrar que as negociações devem ocorrer a cada 5 (cinco) anos, independentemente de existir uma rodada geral de negociações, conforme o artigo XIX(1) do GATS⁶⁴. Isso significa que o fato das negociações da Rodada Doha deveria impedir as negociações para o aumento da liberalização comercial em serviços. Isso, contudo, não ocorre, já que, na prática, a liberalização comercial é negociada em conjunto. Só se avança em serviços se houver avanços em agricultura e em acesso a mercados não agrícolas [NAMA ou *non-agricultural market access*, do inglês], e vice-versa.

Percebe-se, assim, que a estrutura organizacional do GATS foi negociada de modo a privilegiar a flexibilidade das negociações e da forma de assumir compromissos no comércio de serviços.

1.3.1 Flexibilidade da liberalização comercial

As negociações para assunção de compromissos específicos no GATS foram realizadas de modo a garantir o direito de regular dos Membros. Portanto, estes podem escolher “abrir seus mercados em serviços” apenas nos setores em que se sintam preparados para a liberalização comercial. Ou seja, naquelas áreas onde não haja receio de que a competição de prestadores de serviços estrangeiros possa prejudicar os planos e objetivos de política pública nacional traçados.

Para decidir onde liberalizar, no entanto, é preciso conhecer bem os objetivos de longo prazo dos Membros, além de entender como as atuais e futuras regulamentações nos diversos setores poderão impactar nas obrigações assumidas pelos Membros perante os demais no âmbito

⁶⁴ Art. XIX(1) do GATS

“No cumprimento dos objetivos do presente Acordo, os Membros manterão **sucessivas rodadas de negociações, a primeira das quais até cinco anos após a entrada em vigor do Acordo** Constitutivo da OMC, **e periodicamente depois, com vistas a chegar a níveis progressivamente mais altos de liberalização.** Tais negociações serão voltadas à redução ou à eliminação dos efeitos desfavoráveis das medidas sobre o comércio de serviços, como forma de assegurar o acesso efetivo aos mercados.

Este processo terá por fim promover os interesses de todos os participantes, sobre a base de vantagens mútuas, e levar a um equilíbrio global de direitos e obrigações.

(...)” (grifo nosso).

da OMC. É, sem dúvida, essa flexibilização de compromissos - não encontrada nos demais acordos da instituição - que faz do GATS um acordo peculiar para o qual as rodadas de negociações são fundamentais para o avanço na liberalização dos serviços e na abertura de novos mercados, desde que não represente “protecionismo”, como veremos a seguir.

Apesar das obrigações de liberalização do comércio de serviços assumidas quando se acede à OMC, os Membros têm o direito de continuar traçando as políticas consideradas adequadas e necessárias para o fomento da prestação de determinado serviço ou controlar atividades consideradas sensíveis, como, por exemplo, é o caso dos serviços audiovisuais, já que envolve questões relacionadas à proteção cultural e informativa de um povo. É, no jargão da OMC, a preservação do *policy space* de cada Membro.

O processo de liberalização de serviços deve ser realizado com o devido respeito aos objetivos da política nacional e aos níveis de desenvolvimento dos Membros, ainda que sempre de modo progressivo. Assim, avança-se no processo de liberalização a cada rodada de negociações, sempre com o objetivo de aumentar o nível geral de compromissos assumidos pelos Membros, que o fazem por meio do método de solicitação-oferta, como vimos.

Na verdade, percebe-se que a escolha do melhor momento para a liberalização de um setor (ou subsetor) de serviços é crucial para que o processo se realize em benefício do próprio Membro, e não apenas daqueles que o pressionaram para a abertura do setor. Conhecer este momento é uma das grandes dificuldades dos Membros da OMC, sobretudo quando se trata dos PEDs, normalmente sem muitos recursos econômicos e de pessoal especializado para identificar as mudanças de suas próprias economias. A liberalização de serviços em momento errado pode acarretar consequências desastrosas, pois ao assumir compromissos, o Membro se obriga a eles, e se não os implementar pode sofrer questionamento no OSC da OMC e/ou ser impelido a compensar os demais pela retirada de determinado compromisso de sua Lista Nacional.

De toda forma, as negociações em serviços ainda têm muito que avançar. A atual Rodada Doha de negociações está paralisada em função dos desentendimentos entre PDs, que procuram maior acesso a mercados industriais e serviços, e PEDs, que buscam maior acesso a mercados agrícolas na Europa e nos EUA por meio da redução dos subsídios agrícolas concedidos nestes Membros. Assim, o setor de serviços desempenha até o momento papel secundário na OMC, sendo usado como barganha para outros temas da agenda de Doha, sobretudo acesso a mercados não agrícolas [NAMA] e agricultura. Em função disso, há mais compromissos em serviços sendo

assumidos nos acordos de livre comércio [*Free Trade Agreements* ou FTAs, como comumente denominados em inglês], inclusive no setor de comunicação, do que na OMC. Não se tratará deste enfoque, no entanto, na presente análise.⁶⁵

Analisada a natureza flexível conferida à liberalização comercial dos serviços, resta-nos verificar as características gerais do GATS, que se traduzem em 2 (duas) grandes categorias: i) regras gerais - automaticamente aceitas pelos países ao se tornarem Membros da OMC, – e mais ligadas ao princípios norteadores do GATS: nação mais favorecida, tratamento nacional e respeito à regulamentação nacional; e ii) regras específicas que somente serão aplicadas aos Membros na medida em que assumirem os compromissos específicos.

1.3.1.1 Obrigações e exceções gerais

As obrigações do GATS são baseadas fundamentalmente nos mesmos princípios que norteiam todos os demais acordos da OMC, quais sejam: a) o princípio da nação mais favorecida (ou princípio da NMF), que consiste na obrigação de estender qualquer vantagem, favor, privilégio ou imunidade concedida por um Membro a qualquer Estado, a todos os demais Membros da OMC (art. II (1) do GATS⁶⁶); e b) o princípio do tratamento nacional, segundo o qual os serviços similares prestados por estrangeiros, bem como os prestadores estrangeiros de

⁶⁵ A título exemplificativo, vale ressaltar que tanto no âmbito do Quinquagésimo Terceiro Protocolo Adicional do Acordo de Complementação Econômica nº 35, que aprova o protocolo sobre comércio de serviços entre o Mercado Comum do Sul [MERCOSUL] e o Chile, promulgado pelo Decreto nº 7064, de 14 de janeiro de 2010, e publicado no DOU em 22 de janeiro de 2010, quanto no âmbito da Sétima Rodada de Negociação de Compromissos Específicos em matéria de Serviços celebrado entre MERCOSUL e União Europeia, em 7 de dezembro de 2009 [MERCOSUL/CMC/DEC. nº 21/09], a lista de compromissos específicos do Brasil para os serviços de telecomunicação e, sobretudo, audiovisual, é mais ampla que a lista de compromissos específicos no GATS. Disponíveis, respectivamente, em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7064.htm > e < <http://www.mercosur.int.rnt/show?contenid+1028> >. Acesso 4 de outubro de 2010. Embora a análise dos compromissos brasileiros no âmbito dos acordos assumidos pelo MERCOSUL extrapole a proposta do presente trabalho, pontuaremos os compromissos quanto a conteúdo audiovisual assumidos pelo Brasil nesses acordos no item 4.3 do Capítulo 4 a título de comparação com os compromissos assumidos no âmbito do GATS.

⁶⁶ Art. II do GATS

“1. Com respeito a qualquer medida coberta por este Acordo, **cada Membro deve conceder imediatamente e incondicionalmente aos serviços e prestadores de serviços de qualquer outro Membro, tratamento não menos favorável do que aquele concedido a serviços e prestadores de serviços similares de qualquer outro país.** (...) (grifo nosso)”.

serviços similares⁶⁷ devem receber o mesmo tratamento dado a serviços e prestadores domésticos (art. XVII do GATS⁶⁸).

No que se refere ao tratamento nacional, como esclarece Celli Junior,

apesar de não haver no GATS qualquer menção ou referência mais explícita às medidas que poderiam ser consideradas inconsistentes com a obrigação de tratamento nacional, as Diretrizes 2001 contêm uma lista ilustrativa de mais frequentes restrições adotadas pelos Membros, tais como subsídios reservados a prestadores domésticos, exigências de nacionalidade e residência, requisitos de transferência de tecnologia e conteúdo local, dentre outras. Trata-se de medidas discriminatórias que conflitam abertamente com as obrigações de tratamento nacional e que, a rigor, não podem ser adotadas, a menos que especificadas nas listas de compromissos dos Membros.⁶⁹

Além de cumprir com os 2 (dois) princípios fundamentais da OMC, os Membros têm a obrigação de se pautar pela transparência e previsibilidade das medidas adotadas internamente, o que implica – no que se refere a serviços – a necessidade de que legislações e regulamentos internos sejam amplamente divulgados e acessíveis pela comunidade internacional para o fim de assegurar que investimentos sejam realizados de modo seguro (art. III do GATS).

Em adição aos princípios do tratamento nacional e da NMF, o GATS possui um princípio que lhe é peculiar e bastante representativo de uma característica relevante de seu espírito: o controle da regulamentação doméstica (art. VI do GATS). Trataremos dessa característica em detalhes no item 3.1 do Capítulo 3.

Tal como no GATT, o GATS também dispõe de dispositivo que permite o não cumprimento das obrigações gerais pelos Membros no caso de determinadas situações. Tais situações estão excepcionadas no artigo XIV e XIV *bis* do GATS, e dentre elas se incluem medidas necessárias para proteger a moral ou manter a ordem pública, para proteger a vida e a saúde das pessoas e dos animais, bem como aquelas necessárias para assegurar a observância das leis e regulamentos que não sejam incompatíveis com as disposições do acordo (art. XIV do

⁶⁷ No item 2.3 do Capítulo 2, quando abordaremos o impacto da convergência tecnológica no setor de comunicação, analisaremos o que pode ser entendido por “serviços similares e prestadores de serviços similares” (ou *like service* e *like services supplier*, do inglês), pois as expressões terão relevância por ocasião da interpretação de compromissos assumidos no setor.

⁶⁸ Art. XVII do GATS

“1 - Nos setores inscritos em sua lista, e salvo condições e qualificações ali indicadas, **cada Membro outorgará aos serviços e prestadores de serviços de qualquer outro Membro, com respeito a todas as medidas que afetem a prestação de serviços, um tratamento não menos favorável do que aquele que dispensa a seus próprios serviços similares e prestadores de serviços similares.**

2 - Um Membro poderá satisfazer o disposto no parágrafo 1º outorgando aos serviços e prestadores de serviços dos demais Membros um tratamento formalmente idêntico ou formalmente diferente do que dispense a seus próprios serviços similares e prestadores de serviços similares.

3 - Um tratamento formalmente idêntico ou formalmente diferente será considerado menos favorável se modificar as condições de competição em favor dos serviços ou prestadores de serviços do Membro em comparação com serviços similares ou prestadores de serviços similares de qualquer outro Membro” (grifo nosso)

⁶⁹ CELLI JUNIOR, Umberto. Op. cit. p. 99-100.

GATS⁷⁰) ou para proteger seus interesses essenciais de segurança (art. XIV *bis* do GATS⁷¹). Esses dispositivos permitem que os Membros alcancem objetivos de política pública e de desenvolvimento interno que muitas vezes se mostram incompatíveis com as expectativas liberalizantes da OMC. Como explica Krajewski:

in light of the potential reach of some GATS disciplines on national regulation, the general exceptions are of especial importance, because they could allow WTO members to maintain measures which they might otherwise have to abolish.⁷²

No entanto, para que tais medidas excepcionais sejam aceitas devem ser efetivamente “necessárias”. Para serem consideradas necessárias, é preciso que os Membros passem pelo chamado “teste de necessidade”, pelo qual uma medida excepcionável não pode ser nem arbitrária nem injustificada. Trataremos desse aspecto, em mais detalhes, no item 3.1.1 do Capítulo 3 ao analisarmos o conceito de regulamentação doméstica e no item 4.4 do Capítulo 4 que demonstra a aplicação do teste em contencioso envolvendo o GATS.

⁷⁰ Art. XIV do GATS

“1 - Sob reserva de que as medidas abaixo enumeradas não sejam aplicadas de forma que constituam **um meio de discriminação arbitrário ou injustificável entre países em que prevaleçam condições similares ou uma restrição encoberta ao comércio de serviços, nenhuma disposição do presente Acordo será interpretada no sentido de impedir que um Membro adote ou aplique medidas:**

a) necessárias para **proteger a moral ou manter a ordem pública;**
 b) necessárias para **proteger a vida e a saúde das pessoas e dos animais ou para a preservação dos vegetais;**
 c) necessárias para **assegurar a observância das leis e regulamentos que não sejam incompatíveis com as disposições do presente Acordo,** inclusive aquelas com relação a:
 i) prevenção de práticas dolosas ou fraudulentas ou aos meios de lidar com efeitos do não-cumprimento dos contratos de serviços;
 ii) proteção da privacidade dos indivíduos em relação ao processamento e à disseminação de dados pessoais e a proteção da confidencialidade dos registros e contas individuais;
 iii) segurança
 (...)” (grifo nosso).

⁷¹ Art. XIV bis do GATS

“1 - **Nenhuma disposição do presente Acordo será interpretada no sentido de:**

a) impor a um Membro a obrigação de fornecer informações cuja divulgação este considere ser contrária a seus interesses essenciais de segurança; ou
 b) **impedir** qualquer Membro de adotar medidas que este considere necessárias à **proteção de seus interesses essenciais de segurança:**
 i) relativas à prestação de serviços destinados direta ou indiretamente ao abastecimento das forças armadas;
 ii) relativas a materiais físséis ou fúseis ou materiais que sirvam à fabricação dos mesmos;
 iii) aplicadas em tempo de guerra ou em caso de grave tensão internacional; ou
 c) impedir qualquer Membro de adotar medidas em cumprimento às obrigações contraídas em virtude da Carta das Nações Unidas para a manutenção da paz e segurança internacionais.

2 - O Conselho para o Comércio de Serviços será informado, sempre que possível, de medidas tomadas em virtude das alíneas “b” e “c” do parágrafo 1º e de sua eliminação” (grifo nosso).

⁷² O trecho correspondente na tradução é: “à luz do alcance potencial de algumas disciplinas do GATS sobre regulamentação doméstica, as exceções gerais são de especial importância porque permitem que os Membros da OMC mantenham medidas que de outra forma teriam de ser abolidas”. KRAJEWSKI, Marcus. **National Regulation and Trade Liberalization in Services: the legal impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy.** Kluwer Law International, Haia, 2003, p. 157.

1.3.1.2 Compromissos *à la carte* e as listas de isenções

Vale ressaltar, desde logo, que no GATS, ao contrário de alguns acordos regionais, como o Tratado Norte-Americano de Livre Comércio [NAFTA⁷³] e como se pretendia na Área de Livre Comércio das Américas [ALCA], os compromissos específicos foram assumidos em lista positiva, e não negativa⁷⁴, o que significa dizer que houve assunção de compromissos apenas nos setores ou subsetores indicados pelos Membros. De fato, como mencionado anteriormente, o GATS permite a seus Membros que assumam compromissos específicos, conforme lhes parecer adequado, desde que seja assegurada a assunção desses compromissos de modo contínuo e progressivo, nos termos do artigo XIX(1) do GATS.

Assim, os compromissos específicos de acesso a mercado e tratamento nacional, - que constituem a espinha dorsal das negociações de liberalização do comércio de serviços nas palavras de Celli Junior⁷⁵ -, além de eventuais compromissos adicionais listados pelos Membros, compõem o conjunto de obrigações eleitas (*à la carte*) por cada Membro perante os demais e pelas quais devem se responsabilizar em cumprir.

O artigo XVI do GATS⁷⁶ refere-se ao compromisso de acesso a mercado e requer que os Membros concedam efetivamente aos serviços e aos prestadores de serviços de outros Membros tratamento não menos favorável do que aquele previsto em sua lista de compromissos.

É interessante notar, no entanto, que conforme visão de Mavroidis, a proibição de adotar as medidas listadas no referido artigo é apenas em tese.⁷⁷ De fato, o referido dispositivo do

⁷³ Do inglês, North American Free Trade Agreement.

⁷⁴ Como esclarece Celli Junior, muitos autores, como Sauvé e Mattoo, sustentam ter prevalecido no GATS um modelo híbrido: lista positiva ou bottom-up approach, que apresenta uma escolha voluntária e positiva de setores e subsetores e modos de prestação nos quais os governos estão dispostos a assumir compromissos vinculativos, mas, ao mesmo tempo, uma lista negativa de medidas de não-conformidade (i.e. limitações e restrições a acesso a mercado e tratamento nacional). Ver SAUVÉ, Pierre; MATTOO, Aaditya. Regionalism in Services Trade. In: Sauvé & Mattoo. **RMS-WorldBank Services Project/Revised/Chapter 10** – (RMS Edited 20/03/06; JIJ 1/4/06) (spellchecked) (no prelo) *apud* CELLI JUNIOR, Umberto. Op.cit. p.126.

⁷⁵ Ibid. p. 96.

⁷⁶ Art. XVI do GATS

“1 - No que respeita ao acesso aos mercados segundo os modos de prestação identificados no art.1, **cada Membro outorgará aos prestadores de serviços e aos serviços dos demais Membros um tratamento não menos favorável que o previsto sob os termos, limitações e condições acordadas e especificadas em sua lista.**

2 - Nos setores em que compromissos de acesso a mercados são assumidos, **as medidas que um Membro não manterá ou adotará seja no âmbito de uma subdivisão regional ou da totalidade de seu território, a menos que sua lista especifique o contrário, são definidas como se segue:**

a) ; b) ; c) ; d) ; e) ; e f). (grifo nosso).

⁷⁷ MAVROIDIS, Petros. **Highway XVI re-visited**: the Road from non-discrimination to market Access in GATS. World Trade (2007), 6: 1. p.3.

GATS pode assegurar ao Membro que imponha – desde que efetivamente inseridas na lista de compromissos – restrições e condições à liberalização comercial em 6 (seis) categorias de medidas não tarifárias para cada 1 (um) dos 4 (quatro) modos de prestação de um serviço.

As medidas que podem ser adotadas, desde que listadas são: (a) limitações do número de provedores de serviço, seja sob forma de quotas numéricas, monopólios, exclusividade a provedores de serviços ou necessidades de testes econômicos; (b) limitações no valor total das transações ou ativos sob a forma de quotas numéricas ou testes; (c) limitações ao número de prestadores ou à quantidade de serviços prestados; (d) limitações ao número de pessoas naturais que podem ser empregadas em um determinado setor de serviço; (e) medidas que restrinjam ou necessitem qualquer tipo de entidades legais ou joint ventures através da qual um fornecedor presta um serviço; e (f) limitações na participação de capital estrangeiro expressa em termos de percentagem máxima de ações ou quotas de participação no valor total do investimento.

Como explica Celli Junior,

o impacto do artigo XVI sobre a legislação dos Membros depende, em larga medida, de suas listas de compromisso. (...) Houve claramente uma tentativa dos negociadores de assegurar a manutenção do *policy space* e de, ao mesmo tempo, criar condições para o avanço da liberalização.⁷⁸

Vale ressaltar, também que não está claro pelo texto do dispositivo se as referidas medidas são apenas de caráter discriminatório ou também abrangeriam àquelas de caráter não obrigatório. Segundo entendimento de Krajewski,

article XVI applies to discriminatory and to non-discriminatory market access restrictions. Therefore, limitations of market access need to be scheduled regardless of their discriminatory or non-discriminatory nature.⁷⁹

Com efeito, a interpretação de Krajewski nos parece a mais apropriada já que o dispositivo não parece fazer qualquer distinção entre a natureza das medidas, e tampouco faria sentido em um acordo que tem como um dos princípios fundamentais o do tratamento nacional permitir discriminação – não explícita - a favor de prestadores de serviços domésticos.

A exemplo dos compromissos de tratamento nacional (art. XVII do GATS) - clássica reprodução do princípio do tratamento nacional, nas palavras de Mavroidis⁸⁰ -, o compromisso de acesso a mercados só será aplicado àqueles setores inscritos nas listas de compromissos

⁷⁸ CELLI JUNIOR, Umberto. Op. cit. p.99.

⁷⁹ KRAJEWSKI, Marcus. Op. cit. p.82.

⁸⁰ MAVROIDIS, Petros. Op. cit. p. 4.

específicos, sendo possível que os Membros adotem contra prestadores estrangeiros medidas discriminatórias e não-discriminatórias que conflitam com as obrigações de acesso a mercados – e que não poderiam ser adotadas – desde que especificadas nas listas de compromissos.

Nesse sentido, o preenchimento da lista de compromissos deve ser feito à luz dos interesses dos Membros para que todas as medidas de não-conformidade sejam inseridas de modo claro e transparente e, assim, evitar surpresas futuras diante do OSC da OMC.

Há a possibilidade, ainda, de se delimitar em quais modos de prestação serão assumidos os compromissos de acesso a mercado e tratamento nacional, e se os mesmos serão assumidos para todos os serviços (compromissos horizontais) ou em apenas alguns (compromissos setoriais ou verticais).

Os compromissos horizontais têm caráter geral e se aplicam a múltiplos serviços, enquanto os compromissos setoriais se aplicam apenas a certo serviço dentro de um determinado setor. Quando em determinado modo de prestação de um serviço se insere a expressão *none* significa que o Membro se compromete a não ter qualquer medida que impeça ou comprometa a total liberalização daquele setor; ao contrário, se o Membro pretende não assumir qualquer compromisso no modo de prestação deverá inserir a expressão *unbound*, não estando assim obrigado a qualquer liberalização no setor.⁸¹

Os compromissos também podem ser consolidados (*bound commitments*) e não consolidados (*unbound commitments*). No primeiro caso, não pode haver retrocesso na liberalização, apenas mais liberalização, a não ser que seja acordada alguma compensação entre o Membro que modifica o compromisso e aquele(s) que se sentir(em) prejudicado(s), nos termos do artigo XXI do GATS.⁸² Se um Membro quer modificar seus compromissos, mas não consegue

⁸¹ DEY, Dipankar. **From GATT to GATS: A Historical Perspective**. The ICFAI Journal of International Business Law, April 2006, p. 17.

⁸² Art. XXXI do GATS

“1.a) Um **Membro (denominado no presente Artigo "Membro que pretende a modificação")** poderá modificar ou retirar em qualquer momento qualquer compromisso de sua lista após transcorridos três anos a partir da data de entrada em vigor daquele compromisso, em conformidade com as disposições do presente Artigo.

b) O Membro que pretende a modificação notificará sua intenção ao Conselho para o Comércio de Serviços com antecedência mínima de três meses antes da data de implementação da modificação ou retirada.

2.a) Por solicitação de qualquer Membro cujos benefícios sob o presente Acordo possam ser afetados (a seguir denominado "Membro afetado") pela proposta de modificação ou retirada notificada segundo o parágrafo 1.b, o Membro que pretende a modificação entrará em negociações com vistas a chegar a um acordo sobre qualquer ajuste compensatório que seja necessário. Em tais negociações e acordo, os Membros interessados procurarão manter um nível geral de compromissos mutuamente vantajoso não menos favorável ao comércio do que o previsto nas listas de compromissos específicos antes dessas negociações.

b) Os ajustes compensatórios serão feitos sob a base da nação mais favorecida.

chegar a um acordo de compensação com o(s) Membro(s) afetado(s), pode recorrer à arbitragem. No segundo caso, é possível a alteração unilateral dos seus termos (sem oferta de compensação). Essa alteração garantirá maior flexibilidade ao Membro ofertante para adoção de políticas públicas naquele determinado setor de seu mercado interno.

Por último, os Membros estão autorizados a adotarem compromissos adicionais não cobertos pelos compromissos de acesso a mercado e de tratamento nacional, nos termos do artigo XVIII⁸³ do GATS. Tais obrigações podem incluir compromissos sobre qualificação, normas e processos de licença. Alguns subsetores foram contemplados com a negociação de compromissos adicionais muito relevantes para a liberalização comercial daquele determinado setor. É o caso da inclusão do *Reference Paper*, no subsetor de telecomunicação, como se examinará no item 2.1.1 do Capítulo 2.

Note-se que esses compromissos não afetam o direito do Membro de regular seus setores de serviços, podendo um Membro, se assim o desejar, não assumir qualquer compromisso.⁸⁴ De fato, a assunção de compromissos específicos é uma faculdade dos Membros e não uma obrigação. Mas, se nenhuma restrição ou condição for inserida em cada modo de prestação de determinado setor de serviço, este será considerado completamente liberalizado e sujeito à total aplicação das obrigações de acesso a mercado e tratamento nacional.⁸⁵ É claro que, quanto menor e menos robusta a quantidade de compromissos assumidos por um Membro, maior é a pressão exercida pelos demais para assunção de compromissos.

3.a) Se não houver acordo entre o Membro que pretende a modificação e qualquer outro Membro afetado antes do final do período previsto para as negociações, o Membro afetado poderá submeter o assunto a arbitragem. Todo Membro afetado que deseje fazer valer o direito que possa ter a compensação deverá participar da arbitragem.

b) Se nenhum Membro afetado houver solicitado arbitragem, o Membro que pretende a modificação estará livre para implementar a modificação ou retirada pretendida.

4.a) O Membro que pretende a modificação não modificará ou retirará seus compromissos até que haja efetivado ajustes compensatórios em conformidade com as conclusões da arbitragem.

b) Se o Membro que pretende a modificação implementar a modificação ou retirada proposta sem respeitar as conclusões da arbitragem, qualquer Membro afetado que tenha participado do processo arbitral poderá modificar ou retirar benefícios substancialmente equivalentes em conformidade com aquelas conclusões. Não obstante o art.2, tal modificação ou retirada poderá efetuar-se somente em relação ao Membro que pretende a modificação.

5 - O Conselho para o Comércio de Serviços estabelecerá procedimentos para retificação ou modificação das listas de compromissos. Todo Membro que haja modificado ou retirado compromissos listados ao amparo do presente Artigo deverá modificar sua lista em conformidade com tais procedimentos” (grifo nosso).

⁸³ Art. XVIII do GATS

“1. Os Membros poderão negociar compromissos com respeito a medidas que afetem o comércio de serviços não sujeitas à listagem sob os Artigos 16 e 17, inclusive aquelas relativas a qualificações, normas técnicas e questões relativas a licenças. Tais compromissos serão inscritos na lista dos Membros”.

⁸⁴ CELLI JUNIOR, Umberto. Op. cit. p.97.

⁸⁵ PEREIRA, Ana Cristina. Op. cit. p.30.

Além disso, concordamos com as preocupações apontadas por Ellen Gould e Clare Joy, e transcritas por Pereira, quando asseveram que, apesar de poderem listar quantas condições e restrições desejarem, a posição dos Membros ainda é muito vulnerável no que se refere à blindagem de obrigações de liberalização, já que:

first, because of the uncertainty of GATS' rules which do not give enough guarantee that governments will have sufficient expertise to apply such measures without being challenged by other Members; second, because it is very difficult to anticipate all circumstances that may affect service delivery; (...).⁸⁶

De fato, o exercício dos Membros deve ser no sentido de antever as circunstâncias que podem surgir e afetar suas políticas públicas para determinado setor. O setor de comunicação, por exemplo, passa pela dificuldade de se adaptar à convergência tecnológica, como será analisado no item 2.3 do Capítulo 2.

No que se refere às listas de isenção, mencione-se que, durante as negociações da Rodada Uruguai, uma série de setores foi enquadrado em acordos preferenciais, e por isso se acordou que um Membro poderia manter uma medida incompatível (isto é, de exceção) com a obrigação geral de tratamento de nação mais favorecida, desde que tal medida estivesse listada e satisfizesse as condições do “Anexo sobre Isenções das Obrigações do art. II do GATS”⁸⁷, doravante denominado Anexo sobre Isenções à Cláusula NMF. No referido Anexo, os Membros tiveram de listar a medida com a respectiva inconsistência com o Artigo II, os países a quem a medida inconsistente se aplicaria, sua duração, bem como as razões para a inserção da referida isenção. É o que se depreende do exame de qualquer Anexo sobre Isenções à Cláusula NMF.

Nesse sentido, os Membros puderam apresentar as isenções de compromissos aos setores que lhes pareciam relevantes. A derrogação da obrigação de liberalização deveria ser provisória, e em princípio durar até 2004, mas as listas continuam em vigor, o que significa que, até o momento, o artigo II (1) do GATS sofre limitações em sua aplicação. Como se verá no item 4.3 do Capítulo 4, em alguns setores, como o audiovisual, o direito à lista de isenções se faz fundamental para a preservação do *policy space* dos Membros da OMC na definição de suas

⁸⁶ O trecho correspondente na tradução é: “primeiro, porque a incerteza das regras do GATS, que não dão garantia suficiente para que os governos tenham suficiente conhecimento para aplicar tais medidas sem que sejam questionados por outros Membros; segundo, porque é muito difícil antecipar todas as circunstâncias que podem afetar a prestação de um serviço (...)”.⁸⁶
Ibid. p.31.

⁸⁷ CELLI, Umberto Jr. Op. cit. p.91.

políticas públicas para o audiovisual. Também no referido item do Capítulo 4, examinaremos as isenções de cláusula NMF do Brasil para serviços audiovisuais.

Examinada a arquitetura organizacional do GATS, pode-se dizer que a mesma pode ser representada como aquela de uma verdadeira casa, com i) paredes laterais representadas pela assunção de compromissos de tratamento nacional e acesso a mercados, além do cumprimento das obrigações gerais, que representam as estruturas principais de qualquer construção; ii) os fundos representados por exceções gerais que permitem aos Membros não implementar certas obrigações em determinados casos, e que portanto representam um escora de proteção; iii) um teto para a proteção de toda a estrutura, cujas características fundamentais são a liberalização comercial, a proteção ao direito de regular os serviços – sobre o que muito ainda se discutirá ao longo do presente trabalho - e a estrutura multilateral que protegem o espírito do acordo negociado durante a Rodada Uruguai e, por fim, iv) um chão que garante a possibilidade de recorrer ao OSC para buscar proteger e executar os direitos dos Membros, e que, portanto, serve de base para todo o arcabouço legal desenhado no acordo.

Isso posto, mais do que descrições, a figura inserida no Anexo A do trabalho demonstra, com grande eficiência e simplicidade, a estrutura organizacional do GATS.

Passemos, agora, a tratar brevemente do “chão da casa” que o GATS representa: o sistema de solução de controvérsias da OMC e o controle na aplicação das obrigações concernentes ao acordo.

1.4 Controle pela OMC na aplicação das obrigações concernentes ao GATS

Se as obrigações estabelecidas no GATS e os compromissos específicos consolidados pelos Membros não forem cumpridos, os Membros que se sentirem prejudicados podem recorrer ao Órgão de Solução de Controvérsias [OSC] da OMC. Esse órgão é formado por todos os Membros, e foi criado durante as negociações da Rodada Uruguai justamente para gerir os contenciosos surgidos no âmbito dos acordos da OMC. Sua competência é no sentido de estabelecer *Panels*, a pedido dos Membros, adotar as recomendações dos relatórios dos *Panels* e do Órgão de Apelação [OA], manter o controle da implementação das recomendações a serem

adotadas pelos Membros, bem como autorizar a imposição de retaliações comerciais se suas decisões não forem observadas.

Nesse contexto, embora a análise das regras do Entendimento de Solução de Controvérsias [ESC] – Anexo 2 da Ata Final que incorporou os resultados da Rodada Uruguai, e que disciplina o Sistema de Solução de Controvérsias [“SSC”] da OMC, não seja o escopo deste trabalho, cumpre expor as características mais importantes desse sistema para compreender as etapas procedimentais a que os contenciosos da OMC, inclusive aqueles envolvendo serviços e o setor de comunicação, devem se submeter. Assim, acreditamos, compreender-se-á mais facilmente como se deram as decisões da OMC mencionadas no item 4.4 do Capítulo 4.

Como denota Pereira, o SSC da OMC

o pilar central do sistema multilateral de comércio, garantindo aos Membros a previsibilidade e a segurança necessárias para que continuem assumindo compromissos nos diferentes setores regulados pelos acordos administrados pela referida organização internacional.⁸⁸

Com efeito, o SSC é quem garante a executoriedade dos acordos da OMC, inclusive do GATS. Sem o ESC, tais acordos representariam um emaranhado de regras com proibições à imposição de barreiras comerciais, sem que os Membros se sentissem compelidos a cumpri-las.

O ESC contém regras gerais para a solução de controvérsias surgidas quanto à interpretação e aplicação dos acordos adotados no âmbito do Acordo de Marraqueche. Alguns acordos, como por exemplo, de agricultura e antidumping, possuem algumas regras especiais no que se refere aos procedimentos de solução de controvérsias. As regras especiais, porventura existentes, prevalecem sobre as regras gerais do ESC, sabendo-se que o GATS não prevê regras especiais de procedimento para solução de controvérsias, valendo, portanto, as regras do ESC.

Diferentemente do antigo sistema de solução de controvérsias do GATT, com a criação da OMC se impôs a regra do consenso negativo, qual seja, as recomendações do relatório de um *Panel*⁸⁹ somente deixam de ser adotadas se a integralidade dos Membros não as aprovarem, inclusive aquele Membro ao qual o relatório lhe foi favorável. A mudança no critério de consenso significa que as recomendações contidas nos relatórios são quase que automaticamente aprovadas pelo OSC, dando credibilidade e eficácia ao sistema.

⁸⁸ PEREIRA, Ana Cristina. Solução de Controvérsias na OMC: teoria e prática. In: PEREIRA, Ana Cristina. [Coord.]. **Direito internacional do comércio: mecanismo de solução de controvérsias e casos concretos na OMC**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.1.

⁸⁹ Apesar da tradução oficial da expressão *Panel* para a língua portuguesa ser “grupo de especialistas”, conforme consta do Decreto nº 1355, de 30 de dezembro de 1994, preferimos manter a expressão no original, em inglês.

Vale notar que outra mudança fundamental entre o sistema de solução de controvérsias do GATT e o da OMC foi a adoção de uma instância de revisão das recomendações dos *Panels* - o Órgão de Apelação [OA] -, que tem legitimidade de rever as matérias de direito, mas não as de fato.

Primordial é recordar que, se o contexto negociador foi fundamental para que o GATS se apresente com a estrutura que tem atualmente, o SSC também é “resultado da evolução das regras, dos procedimentos e práticas desenvolvidas por quase mais de meio século no âmbito do GATT 47”.⁹⁰

1.4.1 Etapas Procedimentais⁹¹

Uma característica importante do atual SSC é a existência de um cronograma definido, para o início e o fim de uma disputa, ainda que flexível em algumas situações.

Também em serviços, a sistemática adotada para o início de um contencioso é por meio de consulta obrigatória do Membro que se sente prejudicado ao outro Membro (art. 4º do ESC⁹²). Somente após superada a fase de consulta, sem que as partes tenham chegado a uma solução mutuamente satisfatória, é que o Membro que iniciou a consulta poderá pedir o estabelecimento do *Panel* (art. 6º do ESC⁹³).

⁹⁰ WTO Secretariat. **A Handbook on the WTO Dispute Settlement System**. Cambridge University Press, 2004, p.1.

⁹¹ A descrição das etapas procedimentais de um contencioso na OMC foi realizada com base na experiência pessoal da autora. Para referência de consulta, ver PALMETER, David; MAVROIDS, Petros. **Dispute Settlement in the World Trade Organization**. Practice and Procedure. Second Edition, Cambridge University Press, 2004, pp.85-302 e WTO Secretariat. Op. cit. 215 p.

⁹² Art. 4º do ESC

Os Membros afirmam sua determinação de fortalecer e aperfeiçoar a eficácia dos procedimentos de consulta utilizados pelos Membros.

1.Cada membro se compromete a examinar com compreensão a argumentação apresentada por outro Membro e a conceder oportunidade adequada para consulta com relação a medidas adotadas dentro de seu território que afetem o funcionamento de qualquer acordo abrangido.

(...)”

⁹³ Art. 6º do ESC

“(...

2.Os pedidos de estabelecimento de grupo especial deverão ser formulados por escrito. Deverão indicar se foram realizadas consultas, identificar as medidas em controvérsias e fornecer uma breve exposição do embasamento legal da reclamação, suficiente para apresentar o problema com clareza (...).”

Note-se que os negociadores de serviços na Rodada Uruguai manifestaram especial preocupação quanto à necessidade de escolher membros experientes nos respectivos setores de serviços para compor os diferentes *Panels*. Essa preocupação resultou na Decisão Ministerial sobre Certos Procedimentos para Resolução de Controvérsias no GATS⁹⁴ que determinou a formação de lista de pessoas idôneas que pudessem compor os *Panels*, sendo os nomes propostos pelos próprios Membros, desde que representados por indivíduos altamente qualificados, de dentro ou fora dos governos.⁹⁵ O cuidado com a indicação dos membros do *Panel* é importante para garantir que as especificidades de cada setor sejam consideradas por esses membros quando da análise dos contenciosos. É impossível querer comparar as características do setor de comunicação – e suas diferentes categorias, como se verá no próximo capítulo– com aquelas do setor aéreo, por exemplo. Daí a relevância de garantir a presença de especialistas de um determinado setor quando se fizer presente um contencioso relativo àquele setor.

Quando um Membro informa ao OSC que deseja iniciar um contencioso, quaisquer outros Membros que julguem ter algum interesse no caso podem solicitar sua inclusão como Terceiras-Partes⁹⁶ (art. 10.2 do ESC⁹⁷).

A decisão do OSC quanto à medida questionada implica a adequação da conduta do Membro o que, muitas vezes, significa alterar sua legislação interna. Nesse sentido, torna-se necessária uma série de procedimentos legislativos internos que precisam ser levados em consideração. É natural que o Membro necessite de algum tempo para retirar de seu quadro legislativo a medida considerada violadora dos acordos da OMC. Para evitar delongas

⁹⁴ Ver parágrafo 3, Ministerial Decision on Certain Dispute Settlement Procedures for the General Agreement on Trade in Services (Tratado de Marraqueshe), seguido da Decisão do Conselho do GATS, de 01 de Março de 1995 (S/L/20. Para maiores detalhes, ver MORRISON, Peter; WTO Dispute Settlement in Services: Procedural and Substantive Aspects. In: PETERSMANN, Ernst-Ulrich. **International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System**, Kluwer Law international, 1997, capítulo 12, p. 382.

⁹⁵ A Declaração está disponível em: < http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/45-dsvds_e.htm>. Acesso em 4 de outubro de 2010.

⁹⁶ As Terceiras-Partes têm, porém, direitos limitados e, geralmente, o principal objetivo da participação é o interesse sistêmico. Ao participar do caso, ainda que limitadamente, podem garantir que suas interpretações sejam consideradas pelos Membros do *Panel*. No entanto, se identificarem alguma medida praticada ou imposta pelo Membro demandado que afete diretamente seus interesses e sua participação no comércio mundial, a Terceira-Parte deve iniciar seu próprio contencioso contra o Membro demandado. Sempre que possível, conforme artigo 10.4 do ESC, o novo contencioso deve ser conduzido pelos mesmos Membros que compuseram o *Panel* anterior. Sem dúvida, essa união de esforços e pleitos representa significativo aumento da possibilidade de sucesso do Membro demandante ou demandado, conforme os interesses defendidos pelas Terceiras-Partes

⁹⁷ Art. 10.2 do ESC

“(…)

2. Todo membro que tenha interesse concreto em um assunto submetido a um grupo especial e que tenha notificado esse interesse ao OSC (denominado no presente Entendimento “terceiro”) terá oportunidade de ser ouvido pelo grupo especial e de apresentá-lhe comunicações escritas. Estas comunicações serão também fornecidas às partes em controvérsia e constarão do relatório do grupo especial”.

demasiadas e perda do controle da condução dos procedimentos, o ESC prevê recurso à arbitragem para definir qual deve ser este tempo, caso as partes, de comum acordo, não cheguem a um denominador comum.

A arbitragem na OMC é mecanismo de solução de controvérsia obrigatório para os Membros demandante e demandado, desde que seja solicitada por um deles. Afasta-se, portanto, da idéia de voluntariedade que permeia a “arbitragem tradicional”⁹⁸ dos sistemas judiciais domésticos.

Pode-se dizer que há duas⁹⁹ modalidades ativas de arbitragem na OMC. A primeira se refere à fixação de período razoável de tempo para a adequação da medida à decisão do OSC (artigo 21.3 (c) do ESC¹⁰⁰) e a segunda se refere ao valor da contramedida aplicável ao Membro violador (art. 22(6) do ESC¹⁰¹). Há, ainda, uma terceira modalidade: a do artigo 25 do ESC¹⁰²,

⁹⁸ Para maiores detalhes sobre as diferenças entre a “arbitragem tradicional” e as arbitragens da OMC, ver DE SALVIO, Gabriella. **A arbitragem na OMC**: uma visão comparativa com a arbitragem como contraponto à justiça estatal. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, Volume XVIII (Direito Arbitral), Lúmen Júris Editora, 2006, p. 115-131.

⁹⁹ De fato, no que se refere às arbitragens, no quadro estatístico acerca das disputas comerciais na OMC (vide <http://www.wto.org> >(trade disputes + ruling on arbitration) há apenas relatórios de laudos arbitrais do artigo 21.3 (c) e a do artigo 22.6 do ESC.

¹⁰⁰ Art. 21. 3(c) do ESC

“(.)

3. Em reunião do Órgão de Solução de Controvérsias (“OSC”) celebrada dentro de 30 dias após a data de adoção do relatório do grupo especial (painel) ou do Órgão de Apelação, o Membro interessado deverá informar ao OSC suas intenções com relação à implementação das decisões e recomendações do OSC. Se for impossível a aplicação imediata das recomendações e decisões, o Membro interessado deverá para tanto dispor de prazo razoável. O prazo razoável deverá ser:

(...)

c) **um prazo determinado mediante arbitragem compulsória dentro de 90 dias após a data de adoção das recomendações e decisões. Em tal arbitragem, uma diretriz para o árbitro será a de que o prazo razoável para implementar as recomendações do grupo especial ou do órgão de Apelação não deverá exceder a 15 meses da data de adoção do relatório do grupo especial (painel) ou do Órgão de Apelação. Contudo, tal prazo poderá ser maior ou menor, dependendo das circunstâncias particulares**” (grifo nosso)

¹⁰¹ Art. 22 do ESC

“(...) 6 - Quando ocorrer a situação descrita no parágrafo 2º, o OSC, a pedido, poderá conceder autorização para suspender concessões ou outras obrigações dentro de 30 dias seguintes à expiração do prazo razoável, salvo se o OSC decidir por consenso rejeitar o pedido. **No entanto, se o Membro afetado impugnar o grau da suspensão proposto, ou sustentar que não foram observados os princípios e procedimentos estabelecidos no parágrafo 3º, no caso de uma parte reclamante haver solicitado autorização para suspender concessões ou outras obrigações com base no disposto nos parágrafos 3.b ou 3.c, a questão será submetida a arbitragem.** A arbitragem deverá ser efetuada pelo grupo especial que inicialmente tratou do assunto, se os membros estiverem disponíveis, ou por um árbitro (15) designado pelo Diretor-Geral, e deverá ser completada dentro de 60 dias após a data de expiração do prazo razoável. As concessões e outras obrigações não deverão ser suspensas durante o curso da arbitragem” (grifo nosso).

¹⁰² Art. 25 do ESC

“1 – Um procedimento rápido de arbitragem na OMC como meio alternativo de solução de controvérsias pode facilitar a resolução de algumas controvérsias que tenham por objeto questões claramente definidas por ambas as partes.

2 – Salvo disposição em contrário deste Entendimento, o recurso à arbitragem estará sujeito a acordo mútuo entre as partes, que acordarão quanto ao procedimento a ser seguido. Os acordos de recurso a arbitragem deverão ser notificados a todos os Membros com suficiente antecedência ao efetivo início do processo de arbitragem.

3 – Outros Membros poderão ser parte no procedimento de arbitragem somente com o consentimento das partes que tenham convencionado recorrer à arbitragem. As partes acordarão submeter-se ao laudo arbitral. Os laudos arbitrais serão comunicados ao OSC e ao Conselho ou Comitê dos acordos pertinentes, onde qualquer Membro poderá questionar qualquer assunto a eles relacionados.

que não é muito utilizada. Na verdade, é uma possibilidade dada aos Membros de acordar em regras para a definição de determinadas disputas, sem necessariamente obedecer às regras do ESC.¹⁰³

No que se refere à arbitragem do artigo 22.6 do ESC, esta deve ser conduzida pelo *Panel* original. Caso os membros que o compunham não se encontrem disponíveis, cabe ao Diretor-Geral a nomeação de novos nomes. Reside neste fato uma sutil, mas importante diferença em relação à arbitragem do artigo 21.3 (c) na qual cabe aos Membros a indicação de um árbitro, sendo que somente na falta de consenso entre os Membros a indicação do(s) árbitro(s) caberá ao Diretor-Geral. Cabe ressaltar que é adequada a escolha do árbitro pelos Membros, já que podem tentar indicar alguém mais adequado às necessidades do caso.

Mencione-se, ainda, que não existe compensação financeira no âmbito da OMC, o que significa dizer que o Membro demandante, ao ser autorizado a compensar o montante de contramedida determinada pelo árbitro, pode suspender concessões já realizadas ou obrigações no âmbito dos acordos da OMC em relação ao Membro demandado. Essa etapa é informalmente conhecida como etapa da “retaliação”.

Certamente, poucos são os Membros demandantes cujo fluxo comercial com o Membro demandado justifica a suspensão de concessões e/ou obrigações. Um exemplo disso é o contencioso em que o Brasil foi autorizado, em dezembro de 2009, a aplicar contramedidas contra os EUA no valor de US\$ 830 milhões ao ano devido aos subsídios americanos à produção de algodão.¹⁰⁴ Apesar da autorização da OMC, o Brasil vem preferindo negociar com os EUA no sentido de que os subsídios sejam retirados. De fato, a “retaliação” – embora legítima – pode

4 – Os Artigos 21 e 22 do presente Entendimento serão aplicados “mutatis mutandis” aos laudos arbitrais”.

¹⁰³ A participação de outros membros nessa arbitragem, por exemplo, só é possível quando há anuência das partes originais envolvidas na disputa. Segundo a lição de David Palmeter, ao contrário do que ocorre em um *Panel* estabelecido pelo DSB, os terceiros interessados não possuem direitos decorrentes desta arbitragem. Assim, caso sejam afetados pela medida em análise, devem se submeter a um procedimento de solução de controvérsias próprio. Ver PALMETER, David; MAVROIDIS, Petros. Op. cit. p.206.

Até hoje foi utilizada em uma única disputa, e mesmo assim de modo atípico, já que não foi utilizada como alternativa ao *Panel* ou ao OA, mas sim durante o estágio de implementação da decisão (após a adoção do relatório do *Panel* pelo OSC). Em tal disputa, a União Europeia (então, Comunidades Européias) e os Estados Unidos solicitaram aos árbitros a determinação da contramedida em razão da violação norte-americana estabelecida no relatório do Panel. Trata-se do Award of the Arbitrators, United States – Section 110 (5) of the US Copyright Act – recourse to Arbitration under Article 25 of the DSU, WT/DS160/ARB25/1. Ver Loc. cit. p. 206-207.

¹⁰⁴ FOLHAONLINE. **Sanções do Brasil por subsídios ao algodão "decepcionam" os EUA**. Presse France, Washington, 08 de março de 2010. Disponível em:

< <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u704042.shtml> >. Acesso em 30 de agosto de 2010.

Ver também (DS267) United States — Subsidies on Upland Cotton. Disponível em:

< http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds267_e.htm >. Acesso em 30 de agosto de 2010.

causar prejuízos a alguns setores da própria indústria brasileira que terão seus produtos e serviços de importação sobretaxados. Segundo a proposta de retaliação brasileira que foi submetida à consulta pública, um dos setores afetados internamente seria o de serviços audiovisuais.¹⁰⁵

Questiona-se a eficiência do SSC, já que “se pode ganhar, mas não levar”. Entendemos, no entanto, que não deve ser dada tanta relevância a tal crítica porque, de modo geral, o sistema é eficiente. De fato, a pressão internacional, a pressão interna na OMC e, às vezes, a própria pressão interna de setores do Membro demandado que não querem ser prejudicados em função de decisão envolvendo terceiros, acabam por forçar os Membros demandados a tornar suas medidas, de alguma forma, em conformidade com as obrigações assumidas junto à OMC. Para isso, o peso econômico dos Membros envolvidos influencia bastante esse processo.

Para fins ilustrativos, as etapas procedimentais dos contenciosos na OMC estão representadas pelo fluxograma do Anexo B do trabalho.

1.4.2 Recurso subsidiário à Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados

Cabe mencionar que para a manutenção dos interesses negociados no tocante ao comércio em serviços na Rodada Uruguai, e que foram consubstanciados no GATS, a jurisprudência do GATS vem se utilizando - além das regras do ESC e do contexto histórico negociador do acordo - da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados [Convenção de Viena], de 1969.¹⁰⁶

Note-se que a Convenção de Viena entrou em vigor internacional em 27 de janeiro de 1980, mas foi ratificada pelo Brasil somente em julho de 2009. O fato de a Convenção ter sido ratificada há pouco tempo não significa que o Brasil a ela não recorresse no âmbito dos

¹⁰⁵ Foi publicada em 15 de março de 2010, Resolução da Camex que instaurou processo de consulta pública sobre as medidas de suspensão de concessões ou obrigações relativas a direitos de propriedade intelectual que poderiam ser aplicadas em relação aos EUA, em decorrência do não-cumprimento, por este país, das decisões e recomendações adotadas pelo OSC da OMC no contexto do contencioso “Estados Unidos da América – Subsídios ao Algodão”. Tais medidas encontram fundamento na Medida Provisória nº 482, de 10 de fevereiro de 2010. Ver Comunicado MRE-Camex sobre a retaliação aos EUA na área de direitos de propriedade intelectual. Disponível em:

< <http://www.mdic.gov.br/sitio/interna/noticia.php?area=1¬icia=9657>>. Acesso em 19 de setembro de 2010.

¹⁰⁶ O Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo Federal nº 496 de 17 de julho de 2009, aprovou a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, tendo o mesmo sido publicado no DOU de 20/07/2009. Finalmente, o Decreto do Presidente da República nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009 promulgou a referida Convenção, datada de 23 de maio de 1969, com reservas aos artigos 25 e 66. O referido Decreto foi publicado no DOU em 15/12/2009. Ver

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em 30 de agosto de 2010.

contenciosos da OMC. Para fins dos contenciosos, suas normas já eram consideradas vigentes por expressarem costume internacional. De fato, como ensina Macedo, a Convenção era válida para o Brasil, antes mesmo de sua ratificação, pois ela representa o trabalho final de codificação de um costume universal pré-existente, realizado pela Comissão de Direito Internacional da Assembléia Geral da ONU na sua tarefa de codificar e promover o desenvolvimento do Direito Internacional.¹⁰⁷

Ainda nas palavras de Macedo, a Convenção de Viena é uma “meta-norma” do Direito Internacional que regula, de modo parcial, o regime aplicável a uma de suas fontes - o tratado -, não estipulando nenhuma obrigação substancial, à exceção da inviolabilidade do *jus cogens*.¹⁰⁸

Com efeito, a Convenção de Viena tem se mostrado fundamental na interpretação das obrigações assumidas pelos Membros durante as negociações que antecederam e deram origem à OMC, e ao GATS em particular. Nesse sentido, as análises dos *Panels* e do OA têm se baseado, muitas vezes, nos artigos 31 a 33 da Convenção de Viena que disciplinam a utilização de meios suplementares para interpretação de tratados.

O artigo 31(1) Convenção de Viena sobre Interpretação de Tratados estipula que os tratados devem ser interpretados: a) de boa fé; b) de acordo com o sentido ordinário das palavras; e c) segundo seu contexto e à luz de seus objetivos e propósitos.¹⁰⁹

O artigo 31(2) (b), por sua vez, estipula que o contexto de um tratado deve compreender, além de seus preâmbulos e anexos, qualquer instrumento realizado por uma ou mais partes referente à celebração do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relacionado aos tratados.¹¹⁰

Já o artigo 31(3) estabelece que, juntamente com o contexto do tratado, devem ser considerados quaisquer acordos subseqüentes entre as partes referentes à interpretação do tratado

¹⁰⁷ MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. **A compatibilidade internacional do MERCOSUL**. Jus Navegandi, Teresina, ano 13, n. 1851, 26 jul.2008. Disponível em: < <http://www.jus.uol.com/texto/11541/a-compatibilidade-internacional-do-mercotel> >. Acesso em 04 de outubro de 2010.

¹⁰⁸ _____. Op. cit. p.1. Os artigos 53 e 64 da Convenção de Viena tratam do *jus cogens*.

¹⁰⁹ Art. 31 do ESC

“1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm >. Acesso em 30 de agosto de 2010.

¹¹⁰ Art. 31 do ESC

“2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos:

a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado;

b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado.

e à aplicação de seus dispositivos.¹¹¹ O artigo 31(4), por sua vez, estabelece que “um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes”.

No que tange ao artigo 31, entendemos que a interpretação conforme o sentido ordinário das palavras é o tema de maior relevância para fins dos contenciosos da OMC e, por conseguinte, do controle pela OMC na aplicação das obrigações concernentes ao GATS. De fato, como dispõe Carvalho, ao transcrever a opinião de Claus-Dieter Ehlermann, um antigo membro do OA,

the importance given to the ordinary meaning of the treaty's terms has been a **precious guidance to the AB members in the exercise of their jurisdictional functions**, besides contributing to the consistency and coherence of its reports. Such interpretation method would concur to the security and previsibility of the multilateral trade system.¹¹² (grifo nosso)

Segundo declaração de outro ex-membro do OA, Julio Lacarte-Muró, em entrevista concedida a Carvalho, em 2004,

the negotiator's intention does not apply. The text, and I believe that this has been understanding of my colleagues as well, does. The only text that applies is the one which has been consigned, that is the one which has been ratified by the parliaments. To me, the only text which applies is the one which has been left in writing.¹¹³ (grifo nosso)

A interpretação conforme o sentido ordinário das palavras se opõe à interpretação teleológica dos dispositivos, que preconiza a finalidade da norma. Se, por um lado, como entende Carvalho, “a interpretação baseada no sentido ordinário tem protegido o OA de críticas no sentido de que estariam promovendo o aumento ou redução de direitos e obrigações definidas nos acordos”¹¹⁴ (tradução nossa), por outro, a interpretação quanto ao propósito e objetivo dos negociadores da OMC ao inserirem determinados dispositivos do GATS é de fundamental

¹¹¹ Art. 31 do ESC

“3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto:

a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições;

b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação;

c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes”.

¹¹² CARVALHO, Evandro. **The Juridical Discourse of the World Trade Organization: The Method of Interpretation of the Appellate Body's Reports**. Global Jurist: Vol. 7: Iss. 1 (Topics), Article 4, 2007. p. 11. Disponível em: <http://bepress.com/gj/vol7/iss1/art4>. Acesso em 4 de outubro de 2010.

O trecho correspondente na tradução é: “a importância dada ao sentido ordinário das palavras dos termos de um tratado tem sido uma preciosa orientação aos Membros do OA no exercício de suas funções jurisdicionais, além de contribuir para a consistência e coerência dos relatórios”.

¹¹³ _____. Op. cit. p. 10-11.

O trecho correspondente na tradução é: “a intenção do negociador não se aplica. O texto aplica-se, e acredito que tem sido esse o entendimento de meus colegas. O único texto que se aplica é o que está consignado, ou seja, aquele que foi ratificado pelos parlamentos. Para mim, o único texto que se aplica é o que está escrito”.

¹¹⁴ _____. Op. cit. p. 11

O trecho em língua estrangeira é: “(..) the interpretation based on the ordinary meaning has protected the AB from criticism accusing the body of promoting the increase or the decrease in the rights and obligations defined by the covered agreements”.

importância para a preservação do *space policy* dos Membros, como se verá no item 3.1 do Capítulo 3.

Já no que se refere ao artigo 32 da referida Convenção, este disciplina os meios suplementares de interpretação de tratados, que incluem os trabalhos preparatórios e as circunstâncias de sua conclusão, a fim de confirmar o resultado da aplicação do artigo 31, ou determinar o significado do tratado quando sua interpretação levar a uma interpretação manifestamente absurda ou não razoável.¹¹⁵

Nesse sentido, há decisão do OA da OMC que tenta esclarecer o que seriam os meios suplementares de interpretação, a saber:

European Communities - Customs Classification of Certain Computer Equipment (DS62, 67, 68 - AB) – “(...) Article 32 allows a treaty interpreter to have recourse to: ... supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion. With regard to the ‘circumstances of [the] conclusion’ of a treaty, this permits, in appropriate cases, **the examination of the historical background against which the treaty was negotiated**¹¹⁶. (grifo nosso)

Nesse sentido, parece-nos que a interpretação conforme o sentido ordinário não é a única a prevalecer. Com base no artigo 32 da Convenção de Viena e do entendimento do próprio do OA relevante, a interpretação dos artigos do GATS deve ser feita com base no contexto negociador do Acordo. A interpretação que considera o contexto negociador do GATS pode fazer grande diferença na manutenção, ou não, da preservação da capacidade regulatória dos Membros que foi negociada por PEDs e PDs durante a Rodada Uruguai.

Por fim, note-se que a OMC tem 3 (três) idiomas oficiais: inglês, francês e espanhol. Nesse sentido, releva considerar também o artigo 33 da Convenção de Viena¹¹⁷, já que determina

¹¹⁵ Art. 32 do ESC

“Pode-se recorrer a meios suplementares de interpretação, em particular aos trabalhos preparatórios do tratado e às circunstâncias de sua conclusão, a fim de conformar o sentido resultante da aplicação do artigo 31 ou de determinar o sentido quando a interpretação, de conformidade com artigo 31:

a) deixa o sentido ambíguo ou obscuro; ou

b) conduz a um resultado que é manifestadamente absurdo ou sem razão”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em 30 de agosto de 2010.

¹¹⁶ Parágrafo 86 do WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, 5 June 1998.

O trecho correspondente na tradução é: European Communities - Customs Classification of Certain Computer Equipment (DS62, 67, 68 - AB) – “(...) O artigo 32 permite que o intérprete de um tratado recorra a: ... meios suplementares de interpretação, incluindo os trabalhos preparatórios e as circunstâncias de sua conclusão. Com relação às ‘circunstâncias da conclusão’ de um tratado, isso permite, em casos determinados, o exame do histórico das negociações do tratado.

¹¹⁷ ART. 33

“1. Quando um tratado foi autenticado em duas ou mais línguas, seu texto faz igualmente fé em cada uma delas, a não ser que o tratado disponha ou as partes concordem que, em caso de divergência, prevaleça um texto determinado.

2. Uma versão do tratado em língua diversa daquelas em que o texto foi autenticado só será considerada texto autêntico se o tratado o previr ou as partes nisso concordarem.

que os textos de todos os idiomas oficiais têm o mesmo peso e importância. Na opinião de Carvalho, no entanto,

This assumption of discursive unity many times does not resist a rigorous analysis of the semantic components involved in the texts. **Denying this fact is admitting the possibility of total equivalence between expressions stemming from distinct legal cultures and languages.**¹¹⁸
(grifo nosso)

Com efeito, as diferentes culturas jurídicas podem implicar diferentes significados para expressões usadas como equivalentes. Examinaremos um exemplo dessa situação no item 3.1.2 do Capítulo 3.

Feitas todas essas considerações, percebe-se que o conhecimento da evolução do quadro negociador no setor de serviços é relevante não só para a preservação do espaço negociador nas próximas rodadas de negociação, mas também para servir de subsídio para as recomendações dos membros do *Panel* e do OA da OMC, inclusive nos contenciosos envolvendo serviços no setor de comunicação. É desse setor que trataremos a seguir.

3. Presume-se que os termos do tratado têm o mesmo sentido nos diversos textos autênticos.

4. Salvo o caso em que um determinado texto prevalece nos termos do parágrafo 1, quando a comparação dos textos autênticos revela uma diferença de sentido que a aplicação dos artigos 31 e 32 não elimina, adotar-se-á o sentido que, tendo em conta o objeto e a finalidade do tratado, melhor conciliar os textos”.

¹¹⁸ CARVALHO, Evandro. Op. cit. p. 12.

O trecho correspondente na tradução é: “A asumpção da unidade discursiva muitas vezes não resiste a uma rigorosa análise dos componentes semânticos inseridos nos textos. Negar esse fato é admitir a possibilidade de total quivalência entre expressões originadas de culturas jurídicas e linguagens distintas”.

2. O SETOR DE COMUNICAÇÃO NO GATS

O setor de comunicação é um dos 12 (doze) setores de serviços do GATS, nos termos da atual Lista de Classificação de serviços da OMC.

Certamente, não se deve menosprezar a importância de cada um dos setores do GATS. O setor de comunicação, no entanto, é de extrema relevância e sensibilidade para a economia dos Estados, pois, se pode dizer, sem o risco de exageros, que as atividades inerentes ao setor são fundamentais para a expansão de todos os demais setores da economia. Pode-se mesmo dizer que o fenômeno da globalização se tornou possível graças à indústria das comunicações e às redes de informação. Com efeito, o desenvolvimento dos serviços financeiros, marítimos, de transportes, de investigação, para não mencionar outros, ficaria prejudicado se não fosse pela indústria das comunicações, mais precisamente pelos serviços de telecomunicação. Tal como nos demais setores da Lista de Classificação, o Secretariado da OMC procurou dividir o setor de comunicação em subsetores, de modo a precisar as várias frentes de atuação da indústria e facilitar a escolha dos compromissos a serem assumidos pelos Membros. Deve-se ter em mente, porém, que a Lista foi elaborada em julho de 1991 e, portanto, reflete a realidade da indústria e da evolução tecnológica daquele momento histórico, ou seja, de mais de 19 (dezenove) anos.

É desta divisão do setor de comunicação que passaremos a tratar em seguida, para então analisarmos as implicações da convergência tecnológica nesta divisão, e mais especificamente para os serviços de telecomunicação e audiovisual - serviços considerados “sensíveis” sob a ótica do GATS - e, portanto, passíveis de regras especiais que devem ser consideradas, não só por ocasião das novas negociações, mas também no âmbito das disputas comerciais relacionadas ao GATS. Ainda, trataremos do fator internet, já que é impossível se referir à convergência tecnológica sem mencioná-lo.

2.1 Subsetores da comunicação

No GATS, são 5 (cinco) os subsectores da comunicação, conforme actual Lista de Classificação: a) serviços postais [2A]; b) serviços de *courrier* [2B]; c) serviços de telecomunicação [2C]; d) serviços audiovisuais [2D]; e e) outros [2E].

Para fins didáticos e dada a relevância dos serviços, o “subsector de telecomunicação” e o “subsector de audiovisual” serão tratados aqui, respectivamente, por “setor de telecomunicação” e por “setor audiovisual”, embora tecnicamente sejam tratados pela Lista de Classificação setorial como “subsectores” ou, ainda, “categorias” de serviços.

Não trataremos dos serviços postais e de *courrier*, pois embora fundamentais para a comunicação das pessoas e empresas em todo o mundo, não são afetados pela convergência tecnológica na mesma medida que os serviços de telecomunicação e audiovisual, já que são, ainda, serviços eminentemente relacionados a uma entrega física de determinada encomenda, carta ou documento que os equivalham. Não podem ser entregues digitalmente, como ocorre com os serviços que nos propomos a examinar. A tecnologia ainda não chegou ao ponto de cartas e documentos serem fisicamente entregues ao destinatário final sem que seja utilizado algum tipo de transporte físico.

2.1.1. Setor de telecomunicação

O setor de telecomunicação conta com 2 (dois) anexos específicos ao GATS: a) o Anexo sobre Telecomunicações [“AT”], que disciplina regras de acesso e competição no setor, foi negociado durante a Rodada Uruguai, portanto, parte integrante do GATS, e b) o Anexo sobre Negociações em Telecomunicações Básicas [“ANTB”], que trata sobre compromissos específicos para o setor, tendo sido negociado pós-Rodada Uruguai, com carácter de adesão não-mandatária.

O parágrafo 3(a) do AT define genericamente o termo “telecomunicação”¹¹⁹, entendendo-se por ele “a transmissão e a recepção de sinais por quaisquer meios eletromagnéticos”.¹²⁰

O principal objetivo do AT é permitir o uso e o acesso aos sistemas públicos de telecomunicações, em bases razoáveis e não discriminatórias, a todos os provedores de serviços, sejam eles estrangeiros ou do próprio Membro.¹²¹ Esse objetivo, na verdade, traduz-se na obrigação de garantir que compromissos assumidos pelos Membros em outros setores de serviços não sejam prejudicados pela impossibilidade de acesso e uso dos serviços de telecomunicação.¹²² De fato, o AT não tem por escopo a obrigação de acesso a mercado nem a de tratamento nacional, mas exclusivamente garantir que a rede de telecomunicações não limite o desenvolvimento de outras atividades.¹²³

O AT determina que os governos não apliquem condições ao acesso e ao uso das redes de transporte e serviços de telecomunicações públicos que não sejam fundamentais para resguardar as responsabilidades dos prestadores dos serviços; devendo torná-los disponíveis para o público em geral, proteger a integridade técnica da rede pública e garantir que prestadores de serviços estrangeiros somente prestem serviços que foram abertos à competição.¹²⁴

De fato, a maioria dos serviços prestados em Modo 1 [prestação transfronteiriça] envolve o uso de telecomunicações, seja por meio de serviços tradicionais de voz ou por meio de serviços de valor adicionado, como email ou internet. Por isso, durante as negociações em serviços havia o temor de que os governos usassem os monopólios públicos de telecomunicações para inviabilizar a assunção de compromissos em outros setores.¹²⁵ Assim, as negociações do AT tiveram como intuito garantir que compromissos em outros setores não fossem prejudicados em função do não acesso a redes e serviços de telecomunicação. Ou seja, o AT obriga que os Membros liberalizem o uso e o acesso à infraestrutura, mas não necessariamente a prestação dos

¹¹⁹ Ao longo do presente trabalho, utilizaremos ora o termo “telecomunicação” ora “telecomunicações”, mas sempre com o mesmo significado.

¹²⁰ Esta definição não é muito diferente daquela dada em várias jurisdições. No Brasil, por exemplo, como se verá no item 5.1.1.2 do Capítulo 5, entende-se por telecomunicação a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletrecidade, emios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza (art. 60, §1º da Lei Geral de Telecomunicações).

¹²¹ Cfr. parágrafo 5 (a) do referido anexo.

Para maiores informações, consultar: <http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/telecom_e/telecom_annex_expl_e.htm>.

¹²² KRAJEWSKI, Markus. **National regulation and trade liberalization in services**. The legal impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on national regulatory autonomy. Kluwer Law International, 2003, p. 167.

¹²³ TANG, Yi Shin. Telecomunicações: condições do Brasil em Doha. In: CELLI JUNIOR, Umberto. **Comércio de Serviços na OMC**. Op. cit. p. 115.

¹²⁴ Essas obrigações depreendem-se do parágrafo 5 (e) do AT.

¹²⁵ KRAJEWSKI, Markus. Op. cit. p.166.

serviços de telecomunicação. Desse modo, na colocação de Bronckers e Larouche, o AT pode ser considerado um ‘bônus’ para os compromissos específicos assumidos nos demais setores.¹²⁶

Como mencionado, o acesso e uso dos serviços de telecomunicação são essenciais porque permitem que os diversos setores da sociedade se inter-relacionem. Qualquer outro setor de serviços ou atividade da economia depende dos serviços de telecomunicação para se viabilizar, seja no todo ou em parte. Foi nesse âmbito de aplicação que, no parágrafo primeiro do AT, atribui-se o duplo papel ao setor, por sua vez, confirmado pelo DS 204 (*México – Measures Affecting Telecommunications Service*):

We note that Section 1 recognizes the dual role of the telecommunications services sector as "a distinct sector of economic activity and as the underlying transport means for other economic activities". (...) As in the case of Section 2(a) on scope, Section 1 on objectives contains no language suggesting that access to and use of public telecommunications transport networks and services for the supply of basic telecommunications services is meant to be excluded from the scope of the Annex. **The "notes and supplementary provisions to the Agreement" that the Annex "provides" do not appear in any way to exclude any measures covered by the Agreement, including measures affecting the access to and use of public telecommunications transport networks and services for the supply of basic telecommunications services**¹²⁷. (grifo nosso)

Assim, em decisão do OSC da OMC reiterou-se, 9 (nove) anos após a celebração do AT e do GATS, a importância estratégica do setor de telecomunicação que se trata de setor independente de atividade econômica e meio fundamental de suporte de outras atividades econômicas. Maiores detalhes sobre essa disputa serão examinados no item 4.4 do Capítulo 4.

Ao final da Rodada Uruguai, na Decisão Ministerial sobre Negociações em Telecomunicações Básicas, de 14 de abril de 1994, ficou acordado a formação de um Grupo de Negociações em Telecomunicações Básicas [GNTB] para tratar da extensão das negociações sobre telecomunicações básicas, que tinha por objetivo implementar, de modo abrangente, a liberalização e a competição na indústria de telecomunicações. O GNTB foi logo substituído pelo Grupo sobre Telecomunicações Básicas [GTB], tendo sido encarregado de concluir um acordo

¹²⁶ Loc. cit.

¹²⁷ Parágrafo 7.280 do Panel on Mexico – Measures Affecting Telecommunications Services:

O trecho correspondente na tradução é: “Percebemos que Seção 1 reconhece o duplo papel do setor de telecomunicações, tanto como ‘setor distinto de atividade econômica quanto como meio de transporte para outras atividades econômicas. (...) Tal como no caso da Seção 2 (a) em análise, a Seção 1, que se refere a objetivos, não contém qualquer linguagem que sugira que o acesso e uso das redes públicas de transporte de telecomunicações e serviços para a prestação de serviços básicos de telecomunicações estão excluídos do escopo do Anexo. As ‘notas e dispositivos suplementares ao Acordo’ dadas no Anexo não aparentam de modo algum excluir qualquer medida coberta pelo Acordo, inclusive medidas que afetam o acesso e uso de redes públicas de transporte de telecomunicações e serviços para a prestação de serviços básicos de telecomunicações”.

específico até fevereiro de 1997.¹²⁸ De fato, o GTB foi formado com uma agenda de 8 (oito) rodadas de negociações com o objetivo de elaborar listas de compromissos liberalizantes no setor, para a eventual adesão dos Membros da OMC (não mandatória).¹²⁹

Assim, as negociações do GTB resultaram, em 15 de fevereiro de 1997, no Anexo sobre Negociações em Telecomunicações Básicas [ANTB], também conhecido como Quarto Protocolo ao GATS.¹³⁰ O ANTB ou Quarto Protocolo constitui documento adicional de negociações, criando direitos e obrigações apenas para os signatários. Entrou em vigor, em fevereiro de 1998, para quem o subscreveu, e estabeleceu as bases legais para a incorporação dos novos compromissos em telecomunicações básicas aos demais setores de serviços durante a Rodada Uruguai, já que como mencionado o desenvolvimento dos demais setores depende do setor de telecomunicação.

Vale notar que à época das negociações, o ANTB contou com a subscrição de 69 (sessenta e nove) membros que assumiram compromissos no setor de telecomunicação.¹³¹ Note-se que o Brasil participou das negociações do Quarto Protocolo, mas não o ratificou. Consta do site da OMC, que a Lista de Compromissos Específicos, de abril de 1997, do Brasil, será anexada ao Quarto Protocolo tão-logo o Brasil o ratifique.¹³² No entanto, conforme esclarece Leal, ex-negociadora internacional da atual Agência Nacional de Telecomunicações [ANATEL] e representante do Brasil durante as discussões sobre o setor de telecomunicação na OMC no período de julho de 1996 a fevereiro de 1997, embora a intenção da OMC seja fazer o Brasil ratificar o citado Protocolo, o país não concorda com a obrigação, já que os compromissos nele assumidos foram realizados com base em lei defasada.¹³³ Trataremos dessa questão, em mais detalhes, no item 4.3 do Capítulo 4, quando serão analisados os compromissos e isenções de NMF do país quanto ao conteúdo audiovisual.

¹²⁸ TANG, Yi Shin. Op. cit. p. 110.

¹²⁹ Informação verbal obtida, em janeiro de 2008, da Sra. Ana Lúcia Palhano Leal, ex-negociadora internacional da atual Agência Nacional de Telecomunicações [ANATEL] e representante do Brasil durante as discussões sobre o setor de telecomunicação na OMC no período de julho de 1996 a fevereiro de 1997.

¹³⁰ Documento S/L/20. Disponível em: < http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/4prote_e.htm>. Para maiores informações sobre a história negocial do GNTB e do ANTB acessar < http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/telecom_e/telecom_history_e.htm>.

¹³¹ Conforme se verifica no site <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/serv_s/telecom_s/telecom_coverage_s.htm#basic>. Acesso em 02 de agosto de 2009

¹³² Cfr < http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/telecom_e/telecom_commit_exempt_list_e.htm>. Acesso em 04 de outubro de 2010.

¹³³ LEAL, Ana. **Quarto Protocolo**. Mensagem recebida por gabrielladesalvio@yahoo.com.br, em 18 de outubro de 2010.

Assim, a elaboração de 2 (dois) anexos para o setor refletiu um período da história de liberalização das telecomunicações em que se procurou garantir a liberalização no acesso e utilização das redes públicas e evitar que os Membros fizessem várias exceções à cláusula de NMF, o que significaria pouco acesso efetivo aos mercados, e, assim, no jargão dos negociadores – sobretudo norte-americanos – evitar que faltasse no setor “massa crítica”.¹³⁴

No âmbito das discussões do GTB e do ANTB, o termo “telecomunicações básicas” consiste na simples transmissão de sinais de voz ou de dados pelo transmissor ao receptor.¹³⁵ Na Decisão Ministerial sobre Negociações em Telecomunicações Básicas está definido como “redes e serviços de transporte de telecomunicação”.¹³⁶ Nas telecomunicações básicas, a noção de “transporte” é fundamental, pois não há produção ou transformação da informação, apenas o transporte de um ponto ao outro, sem modificação de seu conteúdo.¹³⁷

Além dos 2 (dois) anexos mencionados, quais sejam, AT e ANTB, o setor de telecomunicações conta com outro documento que confere ao setor característica peculiar. Trata-se do documento conhecido como *Reference Paper* [RP], cuja subscrição pelos Membros não é obrigatória, e que resultou das negociações em telecomunicação pós-Rodada Uruguai no âmbito do GNBT. Aplica-se exclusivamente ao setor de telecomunicação.¹³⁸

Os Membros somente se obrigam às regras do RP se expressamente incluírem total ou parcialmente o RP na coluna de compromissos adicionais de suas Listas Nacionais. O Brasil não subscreveu as regras do RP por ocasião da apresentação da Oferta Revisada de 2005, que incluiu o setor de telecomunicação. Note-se, porém, que para os Membros que acederam à OMC depois de 1997, o RP passou a ser de subscrição obrigatória.

¹³⁴ Cfr. conversas mantidas, em janeiro de 2008, com a Sra. Ana Lúcia Palhano Leal, negociadora internacional da Agência Nacional de Telecomunicações e representante do Brasil durante as discussões sobre o setor de telecomunicação na OMC, no período de julho de 1996 a fevereiro de 1997.

Embora não haja uma definição oficial para “massa crítica”, jargão muito utilizado pelos negociadores na OMC, seja em serviços, seja em outras áreas, deve-se entendê-lo, no contexto geral, como um grupo de países com poderes suficientes para influenciar no resultado de determinados objetivos no curso das negociações ou, simplesmente, como as várias posições dos Membros acerca de determinado tema. No contexto específico das telecomunicações, os EUA apenas dariam acesso a mercados para empresas estrangeiras em bases de NMF se houvesse um número substancial de Membros que fizessem o mesmo e abrissem seus mercados para as operadoras norte-americanas.

¹³⁵ Conforme se verifica no site <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/serv_s/telecom_s/telecom_coverage_s.htm#basic>. Acesso em 02 de agosto de 2009.

¹³⁶ NIHOUL, P.L.G. A review of definitions under WTO Law. In: GERADIN, Damien; LUFF, David (Ed.). **The WTO and global convergence in telecommunications and audio-visual services**. Cambridge University Press, 2004, p. 361.

¹³⁷ Para maiores detalhes, ver NIHOUL, P.L.G. Op. cit. p.361.

¹³⁸ Para breve história negocial do RP, ver KRAJEWSKI, Markus. Op. cit. p. 169 e acessar <http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/telecom_e/telecom_history_e.htm>.

Vale dizer que o RP é um compromisso adicional dos Membros assumidos nos termos do art. XVIII do GATS. É fundamental para a transição dos serviços de telecomunicação anteriormente prestados em regime de monopólios e que passam a se submeter a regras concorrenciais de mercado.¹³⁹ Nesse sentido, o RP é um instrumento-chave para a garantia da competição, contendo parâmetros norteadores de garantia de acesso a mercado por meio de regras de concorrência comuns a todos os Membros, em especial através das salvaguardas competitivas, das facilidades essenciais e da interconexão.¹⁴⁰ Sem dúvida, a interconexão é essencial para o setor, já que permite a interligação entre as diversas redes de telecomunicações. Ou seja, é graças à interconexão que o cliente de uma determinada operadora, fixa ou móvel, consegue se comunicar com o cliente de outra operadora, fixa ou móvel.

Por fim, vale ainda acrescentar que o Quarto Protocolo e o RP direcionaram a OMC para o papel de regulador do setor de telecomunicação. Diante desse papel, para assegurar que suas ações e as da União Internacional das Telecomunicações [UIT] fossem individualmente consideradas à luz dos escopos de cada uma das organizações, elaborou-se um Acordo de Cooperação entre a OMC e a UIT em 15 de junho de 2000.¹⁴¹ Por tal acordo, a OMC é responsável por questões de regulação econômica e *enforcement*, enquanto a UIT cuida de assuntos técnicos, tais como alocação de frequências entre seus Membros e standardização de normas (i.e princípios gerais de tarificação).

Assim sendo, examinadas as principais características dos 2 (dois) anexos de telecomunicações e do RP, passaremos a examinar a Lista de Classificação do setor de telecomunicação, outro componente essencial na assunção de compromissos no setor pelos Membros.

¹³⁹ Art. XVIII do GATS

“Os Membros poderão negociar compromissos com respeito a medidas que afetem o comércio de serviços não sujeitos à listagem sob os Artigos XVI e XVII, inclusive aquelas relativas a qualificações, normas técnicas e questões relativas a licenças. Tais compromissos serão inscritos na lista dos Membros”.

¹⁴⁰ Conforme o parágrafo único do art. 146 da Lei Geral de Telecomunicações brasileira— Lei n° 9472, de 16 de julho de 1997, entende-se por interconexão, a “ligação entre redes de telecomunicações funcionalmente compatíveis, de modo que os usuários de serviços de uma das redes possam comunicar-se com usuários de serviços de outra ou acessar serviços nela disponíveis”.

¹⁴¹ Acordo aprovado pelo Conselho Geral da OMC em outubro de 2000 e ratificado pela Conferência Plenipotenciária da UIT, em Marraqueche em 14 de outubro de 2002.

A Lista de Classificação possui 15 (quinze) categorias de serviços, sendo uma delas para atividades não classificadas em qualquer das outras 14 (quatorze) categorias convencionadas. Senão vejamos¹⁴²:

a.	Voice telephone services	7521	
b.	Packet-switched data transmission services	7523**	
c.	Circuit-switched data transmission services	7523**	
d.	Telex services	7523**	
e.	Telegraph services	7522	
f.	Facsimile services	7521**+7529**	
g.	Private leased circuit services	7522**+7523**	
h.	Electronic mail	7523**	
i.	Voice mail	7523**	
j.	Online information and database retrieval	7523**	
k.	Electronic data interchange	7523**	
l.	Enhanced/value-added facsimile services, including store and forward, store and retrieve	7523**	
m.	Code and protocol conversion	n.d.	
n.	Online information and/or data processing (including transaction processing)	843**	
o.	Other		

Não há definição oficial das 14 (quatorze) categorias da Lista de Classificação nos instrumentos juridicamente vinculantes da OMC e/ou do GATS. No entanto, outros documentos podem ser utilizados para entender o alcance de cada categoria, tais como: a *Central Product Classification* da Organização das Nações Unidas [“CPC da ONU”], já mencionada no item 1.2 do capítulo anterior, declarações de algumas delegações durante a negociação dos serviços básicos de telecomunicações¹⁴³ e entendimentos dos órgãos administrativo da OMC.¹⁴⁴

Vale ressaltar que quaisquer definições provenientes desses entendimentos não são vinculantes e, a princípio, não obrigam os Membros da OMC. No entanto, quaisquer definições e posições defendidas pelas delegações dos EUA e da União Europeia [UE], por exemplo, devem ser interpretadas com muito cuidado, pois além de, por certo, defenderem seus interesses, também têm a capacidade de se transformar em entendimento coletivo, tendo em vista o poder econômico e político que tais delegações possuem. O cuidado no uso de definições disseminadas por estas delegações é necessário, particularmente, porque elas podem ser usadas pelos especialistas nos *Panels* e pelos indivíduos que compõem o OA da OMC na decisão de controvérsias. De fato, de acordo com o Professor Nihoul, da Universidade de Louvain, “estas

¹⁴² Optamos por transcrever as categorias da Lista, conforme tradução oficial em inglês, tendo em vista inexistir tradução oficial do documento em português.

¹⁴³ Disponíveis no site <http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/telecom_e/telecom_e.html>. Acesso em 02 de agosto de 2009.

¹⁴⁴ Para maiores detalhes sobre estes documentos, ver NIHOUL, P.L.G. Op. cit. p. 364-365, notas de rodapé 13 a 17.

delegações são aquelas que freqüentemente desenvolveram os conceitos jurídicos que definem e regulam os serviços nos setores de telecomunicação e audiovisual”.¹⁴⁵

De certa medida, porém, a relevância das definições existentes no âmbito dos órgãos administrativos da OMC está mitigada por estarem defasadas face à convergência e à evolução tecnológica. Ainda assim, entendemos importante transcrever, brevemente, as definições dadas para as categorias de serviço de telecomunicação da Lista para entender o alcance da liberalização que se debateu à época. Vejamos:

a. *Voice telephone services* – apesar de auto-explicativo, dada sua relevância, vale ressaltar que é entendido como serviço de telecomunicação que, por meio de transmissão de voz, permite a comunicação entre pontos determinados;¹⁴⁶

b. *Packet-switched data transmission services* e c. *circuit-switched data transmission services* - a diferença entre estas duas categorias está na tecnologia usada para a transmissão dos dados, pois na primeira os dados são divididos em unidades que são enviadas ao local de destino de forma separada e lá reconstituídas por um *decoder*, enquanto na segunda os dados são enviados ao destino de uma só vez.¹⁴⁷ Dado o volume do conteúdo enviado na segunda categoria, a totalidade de um circuito deve ser disponibilizada para a transmissão, enquanto na primeira o mesmo circuito pode ser utilizado para várias transmissões ao mesmo tempo, sem dúvida uma solução mais econômica e que permite o uso mais eficiente dos recursos da rede.¹⁴⁸ Já a expressão “transmissão de dados”, à época em que foi elaborada a Lista, tinha como foco a transmissão de sinais que não são constituídos nem de voz, nem de imagens.¹⁴⁹ Note-se que a Lista de Classificação contém ainda serviços de processamento de dados [1.B.c] e serviços de dados [1.B.d], relacionados aos serviços das categorias 2.C (telecomunicação), mas que estão

¹⁴⁵ Tradução livre do entendimento de NIHOUL, P.L.G. Op. cit. p.365, nota de rodapé 16.

Na referida nota o autor entende que o sucesso da prevalência dos entendimentos destas delegações está baseado nos consideráveis recursos para treinamento à disposição destas delegações.

¹⁴⁶ O art. 4º do Código Brasileiro de Telecomunicações [CBT ou Lei 4117/63] definia telefonia como “o processo de telecomunicações destinado à transmissão da palavra falada ou de sons”. Mas, com a Emenda Constitucional nº 8, de 1995, houve a separação do regime jurídico das telecomunicações e da radiodifusão, e assim os serviços de telecomunicação passaram a ser regidos pela LGT. Trataremos dos pontos relevantes da LGT e do CBT no item 5.1 do Capítulo 5.

Na legislação norte-americana, o termo “telefonia” é definido como: “*a form of telecommunications set up for the transmission of speech or, in some cases, other sounds*” [47 Code of Federal Regulations 2.1, 21.2]. Ver NIHOUL, P.L.G. Op. cit., p. 333, nota de rodapé 18.

Maiores detalhes da legislação brasileira sobre serviços de telecomunicação serão analisados no item 5.1.1 do Capítulo 5. No que se refere às legislações norte-americana e europeia, outros detalhes serão verificados no item 4.1 do Capítulo 4.

¹⁴⁷ NIHOUL, P.L.G. Op. cit. p.337.

¹⁴⁸ Loc. cit.

¹⁴⁹ Ibid. p. 367. Como se verá no item 2.1.2 deste capítulo, com a convergência tecnológica a transmissão de dados contempla todos os conteúdos, sejam eles imagens, textos ou sons.

classificados no setor de serviços de computador e relacionados, que é independente do setor de telecomunicação.

d. *telex services*, e. *telegraph services* e f. *facsimile services* – todos implicam a transmissão de texto de um transmissor para um receptor. No caso do telégrafo, as mensagens são compostas de sinais escritos (letras) a quem são atribuídos códigos, na forma de uma sucessão de sinais, exigindo intervenção humana nas atividades de codificação e decodificação. No caso do fax, o código transmitido não é formado por uma sucessão de sons longos e curtos, como na telegrafia, mas por uma tecnologia mais complexa que permite a transmissão de imagens além do texto.¹⁵⁰

g. *private leased circuit services* – refere-se a situações em que parte da infraestrutura do operador é alugada a terceiros, sendo muito comum para a constituição, por exemplo, de intranets nas empresas.¹⁵¹

No que se refere às categorias de h a o, é mais válido que se faça a exemplificação dos serviços englobados em cada categoria, pois podem ser melhor compreendidos em função dos propósitos a que se destinam do que meramente com base em definições. Vejamos:¹⁵²

h. *electronic mail* – permite o encaminhamento de emails;

i. *voice mail* – está relacionado ao serviço de telefonia, e permite o registro de mensagens de voz em caixa postal;

j. *online information and database retrieval* – permite a obtenção de informações na rede mundial de computadores (internet);

k. *electronic data interchange* – facilita a troca de dados em determinada comunidade eletrônica;

l. *enhanced/value-added facsimile services, including store and forward, store and retrieve* - permite a prestação de serviços de processamento de dados;

m. *code and protocol conversion* – permite a transferência de dados entre várias redes, fazendo que várias tecnologias se comuniquem com outras. Não há correspondência entre esta categoria e itens da CPC da ONU;

¹⁵⁰ Ibid. p. 363.

¹⁵¹ Ibid. p. 368.

¹⁵² Ibid. p. 369.

n. online information and/or data processing (including transacting processing) – uso de dados para transações específicas; e

o. other – o glossário disponibilizado no site da OMC define tal categoria como “*a service that allows transmitting a signal, usually only an alarm tone, via radio from any telephone ... to a personal, portable receiving device in a defined operating area*”.¹⁵³ Assim, inclui, por exemplo, o serviço de *paging*. Também podem estar incluídos nesta categoria os serviços de telecomunicação móveis e os serviços satelitais, pois dependerá da classificação e da interpretação que cada Membro tem a respeito desses serviços e da forma como os classifica em suas listas de compromissos específicos, caso efetivamente os faça. Tampouco possui item correspondente na CPC da ONU.

Vale, por fim, mencionar que embora oficialmente não haja divisão dos serviços de telecomunicação na Lista de Classificação, especialistas estrangeiros e nacionais separam tais serviços em 2 (duas) grandes categorias: serviços básicos e de valor adicionado.¹⁵⁴

No contexto desta divisão, das 15 (quinze) categorias contidas na Lista de Classificação do setor, 7 (sete) correspondem aos serviços básicos e 8 (oito) aos serviços de valores adicionado. Assim, as categorias *a* a *g* pertenceriam aos serviços básicos, enquanto as demais categorias equivaleriam aos serviços de valor adicionado. Nestes últimos, não há apenas transporte de informação, mas, como indica o próprio nome, outros serviços são prestados ao cliente, tais como armazenamento, recuperação de informações (serviço de caixa postal e serviços de emails) e utilidades relacionadas ao acesso. Assim, de alguma forma, alteram a forma ou o conteúdo da informação.

Geralmente, os serviços de valor adicionado demandam maior tecnologia do que o simples transporte de informação, e, portanto, requerem maiores investimentos. Acrescente-se, ainda, que os serviços de valor adicionado são aqueles não prestados em tempo real, em oposição aos serviços básicos que são prestados em tempo real.

De fato, os serviços das categorias de *h* a *o* são considerados serviços de valor adicionado [SVA] em algumas jurisdições, inclusive no Brasil, mas, a classificação resultou de convenção do

¹⁵³ Ver <http://wto.org/english/tratop_e/serve/telecom_e/tel12_e.htm>. Acesso em 02 de agosto de 2009.

¹⁵⁴ No exterior, ver NIHOUL, P.L. G. Op. cit. p. 363-364. No Brasil, ver CELLI JUNIOR, Umberto. **Condições para as negociações do acordo sobre o comércio de serviços (GATS) na Organização Mundial do Comércio (OMC)**. In: Revista de Direito de Informática e Telecomunicações – RDIT, Belo Horizonte, v. 1, p.176, jul/dez. 2006. Essa divisão está disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/telecom_e/telecom_coverage_e.htm>. Acesso em 02 de agosto de 2009.

Secretariado, não refletindo, portanto, a classificação atribuída por um governo em particular. Nesse sentido, por exemplo, na Malásia, os serviços de telefonia móvel, cujas características pertencem à categoria de serviços básicos segundo a Lista de Classificação, são considerados serviços de valor adicionado.¹⁵⁵

Em função das diferenças de interpretação entre os Membros negociadores, a divisão entre serviços básicos e de valor adicionado, conforme Nihoul reconhece, não é uma classificação oficial¹⁵⁶, mas a utilizada de fato por alguns Membros como ferramenta para novas negociações acerca dos serviços básicos. Por outro lado, é o reflexo de algumas legislações sobre o setor, como é o caso norte-americano.¹⁵⁷

Conforme informações do site da OMC¹⁵⁸, até a presente data, 108 (cento e oito) Membros assumiram compromissos no setor de telecomunicação, sendo que 82 (oitenta e dois) se obrigaram aos compromissos regulatórios e concorrenciais do *Reference Paper* e 11 (onze) apresentaram Isenções de Cláusula NMF. Esses números fazem do setor de telecomunicação o terceiro maior em número de compromissos assumidos, só atrás do setor de serviços profissionais e financeiros¹⁵⁹. Em razão de sua importância no âmbito do GATS e no que se refere ao tema por nós proposto, analisaremos, no item 4.3 do Capítulo 4, os compromissos e isenções de Brasil, EUA e UE que, de algum modo, se referem a conteúdo audiovisual. Por ora, passemos ao setor audiovisual.

¹⁵⁵ WTO. S/C/W/299. Council for Trade in Services, **Telecommunication Services**, Background Note by the Secretariat, 10 June 2009, nota de rodapé 12. Disponível em: < <http://www.wto.org> >. Acesso em 30 de junho de 2009.

¹⁵⁶ No entanto, note-se que o site da OMC apresenta também esta divisão. Cfr.

< http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/telecom_e/telecom_coverage_e.htm >. Acesso em 30 de junho de 2009.

¹⁵⁷ Além do aspecto tecnológico contido na divisão em duas grandes categorias de serviços, não se pode desconsiderar que esta divisão dos serviços era a forma defendida pelos Estados Unidos nas negociações, já que estava sendo definida, também naquele momento histórico, a competência da *Federal Communications Commission* para tratar dos serviços básicos de telecomunicações. Os EUA entendiam que SVA eram telecomunicação e que estavam cobertos em sua oferta, ou seja, já haviam sido liberalizados. Note-se que, na verdade, os compromissos específicos assumidos pelos EUA não seguem a classificação oficial em setores apresentados na Lista W/120. Ver NIHOUL, P.L.G. Op. cit. p. 362, nota de rodapé 10, e p.363-364.

Na primeira rodada de negociações pós-Rodada Uruguai, em 1996/1997, havia uma grande discussão sobre a classificação de serviços de cada Membro. Cada país adotava sua classificação, especificando na oferta qual o compromisso assumido. Muitos listavam em separado o que entendiam por serviços de telecomunicação (mas não necessariamente básicos) e serviços de valor adicionado. Tais informações verbais foram obtidas por meio da Sra. Ana Lúcia Leal Palhano, negociadora internacional da Agência Nacional de Telecomunicações à época das negociações da Rodada Uruguai.

¹⁵⁸ Cfr. < http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/telecom_e/telecom_e.htm >. Acesso em 30 de agosto de 2010. Até 30 de setembro de 2010, 153 são os Membros da OMC. Cfr. < http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm >.

Acesso em 30 de setembro de 2010.

¹⁵⁹ S/C/W/299, Council for Trade in Services, Telecommunication Services, Background Note by the Secretariat, 10 June 2009, p. 20. Disponível em: < <http://www.wto.org> >. Acesso em 30 de junho de 2009.

2.1.2 Setor audiovisual

O setor audiovisual é dividido em 6 (seis) categorias de serviços, sendo que uma é para atividade não classificada em qualquer das 5 (cinco) outras categorias concebidas. São elas¹⁶⁰:

- a. *Motion picture and videotape production services 9611*
- b. *Motion picture projection services 9612*
- c. *Radio and television services 9613*
- d. *Radio and television transmission services 7524*
- e. *Sound recording n.d.*
- f. *Other*

Embora não haja definição oficial dessas categorias, tal como no setor de telecomunicação, muitas vezes, cada uma delas abrange uma quantidade maior de atividades do que aparenta em uma primeira análise. Na categoria c, por exemplo, haveria margem para interpretação de que os Membros estavam assumindo compromissos tanto quanto ao conteúdo disponibilizado em rádio e TV, como quanto à transmissão desse conteúdo em rádio e TV.

De modo geral, entende-se que a Lista divide o setor em 2 (duas) grandes categorias: a de produção e a de distribuição de conteúdos. Note-se, conforme relata o documento S/C/W/40, de 15 de junho de 1998, do *Council for Trade in Services*, sobre serviços audiovisuais [Nota do Secretariado sobre Serviços Audiovisuais]¹⁶¹ que no contexto das negociações da Rodada Uruguai, representantes da indústria audiovisual de alguns futuros Membros do que seria a atual OMC, sugeriram que o cinema e a radiodifusão ficassem excluídos do futuro acordo, a fim de que as indústrias e as culturas nacionais não fossem invadidas por produções estrangeiras. À época, não se chegou a um acordo quanto a estas propostas e tanto cinema quanto radiodifusão foram incluídos na Lista de Classificação, seja na categoria de produção, seja na de distribuição de conteúdo. Como se verá no item 3.2.1 do Capítulo 3, o discurso acerca da proteção à cultura nacional ainda se faz presente nas negociações do GATS, bem como de outros foros internacionais.

Na ocasião, determinou-se que *motion picture and videotape production services* (categoria a), que consistem na produção de filmes para o cinema e vídeos, bem como os *radio*

¹⁶⁰ Optamos por transcrever as categorias da Lista de Classificação, conforme tradução oficial em inglês, tendo em vista inexistir tradução oficial do documento em português.

¹⁶¹ W/S/C/W/40. **Audiovisual Services**. Background Note by the Secretariat., 15 de junho de 1998, p.1. Disponível em: <http://docsonline.eto.org/gen_highlightBottom.asp?=%28+%40meta%5FSymbo...>. Acesso em 10 de novembro de 2008.

and television services (categoria c), que abrangem os serviços de produção de conteúdo para a radiodifusão sonora e de imagens, refeririam-se à produção¹⁶². Note-se que na CPC, os *motion picture and videotape production services* correspondem ao item 9611, que engloba 3 (três) categorias de serviços no que se refere à produção, a saber: serviços de promoção e propaganda (CPC 96111), serviços de produção cinematográfica e de vídeos (CPC 96112) e outros serviços relacionados à produção e distribuição cinematográfica e de vídeos (CPC 96114).¹⁶³

Já as categorias *radio and television transmission services* (categoria b) e *radio and television transmission services* (categoria d) refeririam-se à transmissão de conteúdo¹⁶⁴. Na verdade, no que tange à televisão e ao rádio, a classificação inclui não só a produção da programação, mas também a transmissão dos sinais (CPC 7524, que inclui a CPC 75241: transmissão de serviços de radiodifusão)¹⁶⁵. No entanto, na Lista de Classificação não há qualquer menção à transmissão de sinais e programação por TV a cabo ou por satélite.¹⁶⁶

No que se refere a *sound recording* (categoria e), não há distinção entre produção e distribuição de sons, muito embora teria sido lógico fazê-lo. Percebe-se, ainda, a falta de correspondência entre esta categoria e a CPC.

No que tange os outros serviços potencialmente incluídos no setor audiovisual (categoria f), além de tampouco haver correspondência com a CPC, diversos conteúdos podem estar incluídos nesta categoria, inclusive serviços veiculados pela internet, conforme consta da Nota do Secretariado sobre Serviços Audiovisuais, de 1998. Portanto, apesar de a categoria “outros” aparentemente não ter muita relevância, no atual cenário de digitalização e produção/distribuição de conteúdo audiovisual via internet e por meios não tradicionalmente dedicados à distribuição de conteúdo - a serem discutidos nos itens subseqüentes deste Capítulo -, pode assumir papel importante em futuras negociações e soluções de controvérsias. Em função disso, é imprescindível que a Lista de Classificação seja atualizada para fazer face à evolução tecnológica.

Mais uma vez, tal como no setor de telecomunicação, tendo em vista que os entendimentos das delegações nas negociações variavam conforme a interpretação dada pelas

¹⁶² NIHOUL, P.L.G. Op. cit. p. 374.

¹⁶³ WT/ S/C/W/40, de 15 de junho de 1998. p. 1-2.

¹⁶⁴ NIHOUL, P.L.G. Loc.cit.

¹⁶⁵ S/C/310, Council for Trade in Services, parágrafo 8, de 12 de janeiro de 2010. Disponível em: <<http://docsonline.wto.org/>>. Acesso em 29 de junho de 2010.

¹⁶⁶ Ibid. Parágrafo 9.

legislações internas a um ou outro serviço, muitas definições foram convencionadas entre os Membros para, assim, chegar a um consenso e ser elaborada a Lista de Classificação. Como exemplo, temos que no caso específico da categoria c do setor de audiovisual, ou seja, serviços de transmissão de rádio e televisão (CPC 7524):

como regra geral, (...) se convencionou aceitar os compromissos envolvendo **conteúdo de programação** como classificados sob **serviços audiovisuais**, enquanto que os serviços envolvendo **puramente transmissão de informação** são classificados como **serviços de telecomunicação**.¹⁶⁷ (grifo nosso)

Note-se que a defasagem tecnológica atinge também esta classificação, já que além de haver radiodifusores de sons e imagens que produzem e transmitem conteúdo, - hipótese essa que não consta expressamente da Lista -, a convergência tecnológica põe em questão a classificação eleita para os serviços de radiodifusão à época da elaboração da Lista, qual seja, como parte do setor audiovisual. De fato, os serviços de radiodifusão sonora, bem como de sons e imagens disponibilizados respectivamente pelos aparelhos de tv e rádio, por exemplo, podem agora ser tecnicamente oferecidos por portais de internet e/ou operadoras de telecomunicações, ainda que haja questões legais e regulatórias que impeçam a prestação desse serviço por outras plataformas de comunicação social. Verificaremos, no item 5.1 do Capítulo 5 deste trabalho, algumas dessas questões no ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme Nota preparada pelo Secretariado da OMC, de 12 de janeiro de 2010, sobre os Serviços Audiovisuais, a pedido do Conselho para Comércio em Serviços [“Nota do Secretariado sobre Serviços Audiovisuais, de 2010”],

television programming can now be received through a variety of platforms (cable, satellite, terrestrial) and terminal devices (television set, computer, mobile phone). This has implications for regulators and also operators, as, for example, telecom providers have also become content providers. **Content producers are also exploring opportunities for direct content delivery (e.g over the internet).** This contrasts with the traditional situation, where **only broadcasters using terrestrial ‘free-to-air’ transmission could transmit television programming, and often were also the main producers of content**¹⁶⁸.... More and more, with

¹⁶⁷ WTO Secretariat, **Guide to the GATS: An Overview of Issues for Further Liberalization of Trade in Services**. Kluwer Law International, 2001, p. 134.

O texto em língua estrangeira é: “as a general rule of thumb, however, it has become accepted that commitments involving programming content are classified under audiovisual services, while those purely involving the transmission of information are classified under telecommunications”.

¹⁶⁸ Ver S/C/310, de 2010, p.49.

O trecho correspondente na tradução é: “a programação de tv pode agora ser recebida por uma variedade de plataformas (cabo, satélite, terrestre) e terminais (aparelho de tv, computador, celular). Isso tem implicações para os reguladores e também para os operadores, tal como, por exemplo, prestadores de telecomunicação, que também se transformaram em distribuidores de conteúdo (i.e pela internet). Isso contrasta com a situação tradicional, onde apenas as radiodifusoras usando a transmissão terrestre gratuita podiam transmitir a programação de TV, e eram também, frequentemente, os maiores produtores de conteúdo.”

technological developments, the dividing line between television sets and TV monitors will become thinner, allowing consumers to view television programming on a computer monitor or to use the computer to watch programming on the television screen.¹⁶⁹ (grifo nosso)

Importante, ainda, ressaltar que, segundo referida Nota,

a number of services that have, in the business world, a close relationship to audiovisual services are classified elsewhere under W/120. For example, performing of live concerts fall under sector 10.A – Entertainment Services (CPC 9619), rental of videotapes under 1.E.e (other – Rental/Licensing Services without Operators CPC 83202)), or wholesale and retail of merchandise under sector 4 – Distribution Services (e.g. the wholesale of cinematographic films is covered under CPC 62263, and the wholesale and retail of video tapes under CPC 63234).¹⁷⁰ (grifo nosso)

Isso demonstra que a adaptação da atual Lista de Classificação demandará muito trabalho da parte dos Membros da OMC, já que seu critério de classificação não leva em conta o serviço prestado, mas sim os meios de distribuição de determinado serviço. Nos tempos atuais, novos meios de distribuição de serviços audiovisuais surgem com rapidez e, por isso, deve se encontrar um critério de classificação resistente ao surgimento de novas tecnologias.

Possivelmente em função da defasagem tecnológica da Lista de Classificação no que se refere ao audiovisual, bem como das implicações de cunho cultural que permeiam o setor - e, sobre as quais trataremos no Capítulo 4 -, apenas 30 (trinta) Membros - PDs, em sua maioria - assumiram compromissos em serviços audiovisuais, sendo 12 (doze) deles por ocasião do acesso à OMC¹⁷¹. Por sua vez, 48 (quarenta e oito) Membros inseriram isenções à Cláusula NMF no setor audiovisual¹⁷². De fato, o setor audiovisual é o que apresenta o maior número dessas isenções.¹⁷³

O grande número de isenções à Cláusula NMF demonstra que se trata de setor do qual muito se deve esperar das próximas negociações, sobretudo em um cenário de convergência tecnológica no qual determinado prestador, outrora tradicionalmente classificado como de telecomunicação, pode prestar serviços audiovisuais. O fato de haver muita demanda, no entanto,

¹⁶⁹ Ibid. Parágrafo 50.

O trecho correspondente na tradução é: “...Mais e mais, com os avanços tecnológicos, a linha limítrofe entre aparelhos de TV e monitores de computador será diminuída, permitindo aos consumidores assistir à programação televisiva nos monitores de computador ou usar o computador para assistir à programação da tela da tv”.

¹⁷⁰ Ibid. Parágrafo 7.

O trecho correspondente na tradução é: “serviços que têm, no mundo de negócios, uma relação próxima com o setor audiovisual são reclassificados de outro modo na W/120. Por exemplo, apresentação de concertos ao vivo no setor 10A – Serviços de Entretenimento (CPC 9619), aluguel de videotapes no Setor 1.E.e (outros – Serviços de Aluguel com Operadores (CPC 83202)), revenda no varejo ou atacado de mercadorias no Setor 4 – Serviços de Distribuição (e.g. revenda de filmes cinematográficos abrangidos pelo CPC 62263, e revenda no atacado e varejo de videotapes no CPC 63234)”.

¹⁷¹ Ibid. Parágrafo 64.

¹⁷² Ibid. Parágrafo 69.

¹⁷³ Loc.cit.

não significa que avanços serão feitos. Tudo dependerá de como a negociação, como um todo, na OMC - serviços e outras áreas de interesse - será conduzida.

Como se percebe, é preciso que as discussões em prol da atualização da Lista de Classificação setorial de serviços da OMC se concretizem para que sejam delimitadas as exatas fronteiras - se é que isso será possível - entre os serviços de telecomunicação e audiovisuais.

2.2 Inter-relações entre serviços de telecomunicação e audiovisual

A partir da divisão convencionada para a Lista de Classificação de serviços do GATS, 3 (três) questões saltam aos olhos no que respeita ao setor de telecomunicação.

A primeira é o fato de muitas categorias do serviço de telecomunicação não mais existirem, dado ao avanço tecnológico dos últimos 19 (dezenove) anos. De fato, serviços de telex e telégrafo não mais existem, pelo menos, não em grande escala comercial. Os serviços de fax encaminham-se também para a extinção, já que cada vez mais os documentos são digitalizados, escaneados e encaminhados por email.

A segunda é o fato de algumas das categorias de serviços não serem mais prestadas apenas por operadores de telecomunicações, mas também por portais de internet, operadoras de tv por assinatura, seja por cabo, seja por satélite [DTH - *Direct to Home*]. É o caso dos serviços de telefonia (categoria 2.C.a). De fato, temos vários exemplos no Brasil sobre esta prática, onde as grandes operadoras de telefonia fixa se verticalizaram e passaram a oferecer além da telefonia fixa e móvel, comunicação de dados, internet e tv por assinatura. Assim, como exemplos, há a Oi, com o Oi Conta Total, que fornece telefonia móvel, fixa, banda larga e DDD, e a Embratel com seu serviço de TV paga por DTH (Via Embratel). Mas, graças à convergência, não só as operadoras de telefonia fixa invadiram o mercado das concorrentes, como também tradicionais prestadoras de tv a cabo brasileiras passaram a oferecer telefonia fixa e acesso à internet, como é o caso da Net Serviços.

A terceira é a grande quantidade de asteriscos duplos (**). A inclusão de 2 (dois) asteriscos ao lado da categoria de serviço significa que a correspondência é apenas parcial com os itens descritos na CPC. A maior dificuldade, porém, é que não há indicação acerca de quais

partes da descrição da CPC correspondem à categoria do serviço na Lista de Classificação do GATS, e não há necessariamente correspondência entre as classificações feitas pelos Membros em suas Listas Nacionais e a categorização contida na Lista de Classificação.

A categoria 2.C.a do GATS, por exemplo, refere-se a *voice telephone service* e corresponde ao item 7521 da CPC que se refere a “serviço público de telefonia”. Durante as negociações em telefonia básica no GATS, porém, convencionou-se que os *voice telephone services* seriam estendidos à prestação de serviços públicos e privados de telecomunicações, a não ser que disposto de modo contrário nas Listas Nacionais dos Membros.¹⁷⁴ Assim, a não ser que os Membros indiquem expressamente em sua Listas Nacionais que liberalizaram a categoria 2.C.a (*voice telephone service*) somente até o limite do que se entende pelo serviço na CPC, ou seja, “serviço público de telefonia”, é possível que os demais Membros interpretem a liberalização na categoria como tendo ocorrido para os serviços públicos e privados, já que assim se convencionou classificar os *voice telephone services*. Para que isso não ocorra é preciso que os Membros, no caso de vislumbrar possível interpretação dúbia por parte dos demais Membros, explicitem em suas Listas Nacionais exatamente qual o alcance dos compromissos assumidos. A dubiedade de interpretação pode surgir até porque algumas partes da descrição da CPC já estão defasadas tecnologicamente ou superadas por negociações posteriores no setor de telecomunicações no GATS.¹⁷⁵

Assim sendo, a privatização dos monopólios nacionais de telecomunicações, que ocorreu a partir de meados da década de 90 na maior parte do mundo ocidental, e a convergência tecnológica não mais justificam a atual classificação dos setores. Por um lado, as mesmas operadoras de telecomunicações, em todo mundo, prestam tanto os serviços básicos quanto os serviços de valor adicionado, por outro, com a convergência, uma mesma plataforma pode prestar serviços de variadas natureza, inclusive os básicos e os de valor adicionado. Dessa forma, na prática, essa divisão apenas subsiste juridicamente, seja no GATS, seja na legislação doméstica de boa parte de seus Membros, inclusive no Brasil, porque a regulação do setor não acompanhou o ritmo da evolução tecnológica. Tentativas do Estado brasileiro vêm sendo feitas para adequar

¹⁷⁴ Nota do Secretariado à Lista de Classificação, em 1991.

¹⁷⁵ Para maiores informações acerca da correspondência entre a CPC e as categorias do GATS, ver WTO Secretariat. **Guide to the GATS** – an overview of issues for further liberalization of the trade in services. Kluwer Law International, 2001, p. 133-151.

nossa legislação à evolução tecnológica, conforme veremos no último capítulo do presente trabalho.

No que respeita às divisões do setor audiovisual na Lista de Classificação, uma primeira observação é a de que inexistem asteriscos ao lado das categorias dos serviços audiovisuais. Isso significa que há correspondência com os itens descritos na CPC e indica que, à época das negociações da Rodada Uruguai, os limites de atuação de cada prestador do serviço eram mais bem delimitados do que no setor de telecomunicação. O cenário de convergência tecnológica, no entanto, alterou esse status, pois não mais se pode delimitar tecnicamente o campo de atuação de cada prestador. Os limites ainda são impostos, porém, pela legislação, já que esta não evolui tão rapidamente quanto a tecnologia.

Paralelamente, chama a atenção o fato de os serviços audiovisuais dividirem-se em categorias que essencialmente abarcam 3 (três) grandes grupos de serviços, quais sejam: cinema, música, radiodifusão, sendo que esta última se subdivide em televisão e rádio.

Cada um desses 3 (três) grandes grupos tem regras próprias, inclusive de cunho legal e regulatório, e que merecem análise detalhada, sobretudo por se relacionarem fundamentalmente às características culturais das sociedades em que os serviços são prestados.

Não se pode dizer que a música não seja afetada pela convergência e pela era digital, afinal, baixa-se música pela internet e pode-se armazenar uma dezena de centenas de músicas ou ainda mais, nos aparelhos de *i-pod*, por exemplo. No entanto, a influência da convergência e da digitalização na música se dá em função da internet, e esta, em muitas jurisdições, não é considerada serviço de telecomunicação, mas sim serviço de valor adicionado, como já mencionado.

Já o cinema ainda possui certo grau de proteção, por ser um mercado bastante próprio. Mesmo que filmes possam ser vistos na televisão e, atualmente, pelo computador, inclusive com *download* do filme diretamente de sites especializados neste tipo de conteúdo, como ocorre nos EUA (i.e Netflix e Movielinks), ainda se vai ao cinema quando se quer assistir a uma estréia. Desse modo, pode-se dizer que esta categoria ainda se encontra relativamente protegida dos efeitos da convergência.

Parece-nos que a prestação do serviço de radiodifusão e a sua regulamentação são, na verdade, as áreas diretamente afetadas pela evolução tecnológica. Como se sabe, a TV e o rádio podem, hoje, também ser transmitidos pelo sistema digital, e não apenas pelo sistema analógico.

A grande diferença entre ambos os sistemas é que o digital, além de ter uma definição de áudio e imagem superior ao analógico, também é capaz de carregar por meio de uma mesma frequência mais canais de áudio e som. Assim sendo, aos poucos, a transmissão analógica é abandonada pelos radiodifusores de som e imagem para apoiarem-se na compressão digital, e com isso oferecer um maior número de canais utilizando a mesma infraestrutura. No Brasil, ainda estão sendo realizados experimentos para a transmissão da rádio digital, enquanto que a TV digital já está disponível em algumas cidades e deverá estar disponível em todo o Brasil até 2016, nos termos do Decreto nº 5820, de 29 de junho de 2006¹⁷⁶, quando o sinal analógico será desligado, conforme previsão do Governo Federal.

Ademais, apesar da Lista de Classificação ter caráter internacional por ter sido elaborada no âmbito das negociações da Rodada Uruguai, os Membros da OMC a interpretam de acordo com suas legislações nacionais.¹⁷⁷ Segundo a legislação norte-americana, por exemplo, os serviços satelitais são considerados serviços de telecomunicação, e não de radiodifusão. Em função disso, os serviços satelitais não foram incluídos dentre os compromissos assumidos pelos EUA em rádio e televisão (categoria c do setor audiovisual). Alguns Membros, no entanto, classificam os serviços satelitais como serviços de radiodifusão. Isso causou dúvidas quando a delegação norte-americana, durante a negociação dos serviços básicos de telecomunicações, pleiteou excepcionar os serviços de transmissão de DTH, prestados via satélites, de sua Lista Nacional (categoria o do setor de telecomunicação – outros serviços, aí incluídos os serviços satelitais). De fato, os EUA, obedecendo os ditames de sua legislação de telecomunicação, não excepcionaram os serviços de DTH em seus compromissos no setor audiovisual (mais precisamente, categoria c – rádio e televisão)¹⁷⁸, simplesmente por não entendê-los como serviços de radiodifusão, mas sim de telecomunicações. Nesse tocante, a legislação brasileira de

¹⁷⁶ Art. 10. O período de transição do sistema de transmissão analógica para o SBTVD-T será de dez anos, contados a partir da publicação deste Decreto.

§ 1º A transmissão digital de sons e imagens incluirá, durante o período de transição, a veiculação simultânea da programação em tecnologia analógica.

§ 2º Os canais utilizados para transmissão analógica serão devolvidos à União após o prazo de transição previsto no caput. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 de julho de 2010.

Vale ressaltar que a constitucionalidade de certos artigos do referido Decreto fora questionada por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade [PSOL] - ADI N. 3.944-DF Relator: Min. Ayres Britto. O STF entendeu pela constitucionalidade do Decreto em sua íntegra. Ver Informativo n. 602 do STF.

¹⁷⁷ NIHOUL P.L. G. Op. cit. p.374-375.

¹⁷⁸ Loc. cit. para maiores detalhes sobre essa divergência de entendimentos.

telecomunicações acompanha a legislação norte-americana, já que expressamente classifica os serviços satelitais como serviços de telecomunicação.¹⁷⁹

Desse modo, percebe-se a necessidade de a Lista ser atualizada para fazer frente à nova realidade tecnológica que permite que prestadores de serviços outrora vinculados a um setor – i.e. telecomunicações, como é o caso das operadoras de telecomunicações - possam agora prestar serviços originalmente vinculado a outro setor – i.e audiovisual -, e para permitir que todos os Membros a interpretem da mesma forma, evitando que no caso de eventual contencioso, os *Panels* e o OA optem pela interpretação dada à Lista de Classificação por um ou outro Membro, e não pela verdadeira intenção de Membro liberalizante..

Vale ressaltar que embora os documentos gerados no âmbito da OMC não tenham antecipado a convergência intersetorial, porque foram elaborados em linha com os conceitos clássicos dos serviços de telecomunicação e audiovisual utilizados na década de 90, a própria Nota do Secretariado à Lista de Classificação, em 1991, já continha a indicação de que a mesma estaria sujeita a modificações, conforme os desenvolvimentos das negociações em serviços.¹⁸⁰

Há indicações de que uma nova Lista de Classificação está sendo desenvolvida pelo Secretariado¹⁸¹, mas ainda não há documento oficial disponibilizado. Provavelmente, somente será de fato finalizada quando as a Rodada Doha finalmente for encerrada e as negociações em serviço tiverem avançado. Por isso, repise-se, independentemente do momento em que seja alterada, a mesma deverá encontrar um mecanismo para englobar novos serviços que vierem a surgir em função de novas tecnologias que hoje nem se cogitam, e assim contemplar os impactos que a evolução tecnológica traz aos serviços de telecomunicação e audiovisual.

Dessa feita, atualmente, é preciso tratar as questões que envolvem os serviços de telecomunicação e audiovisual a partir da ótica da convergência, e não apenas sob a ótica da Lista em vigor. Esta constatação é particularmente importante em um cenário em que há novos serviços resultantes justamente desse ambiente convergente, tais como, os *videos-on-demand* [VOD] que podem ser viabilizados a quem possui um aparelho de TV, um celular e/ou um computador por meio dos serviços *pay per view* (tv por assinatura), de telefonia móvel ou banda larga, respectivamente. Os VODs, por exemplo, ainda não encontram classificação em qualquer

¹⁷⁹ Cfr. art. 171 e seguintes da LGT e demais normas aplicadas aos serviços de telecomunicação por satélites.

¹⁸⁰ MTN.GNS/W/120.

¹⁸¹ Informação verbal, em 2004, do diplomata brasileiro Sr. Audo Faleiro, que participava das negociações sobre serviços.

dos itens da Lista de Classificação hoje em vigor, tendo que, no limite, serem classificados na categoria “outros”. Tampouco encontram classificação os serviços de locação e venda virtual de filmes já existentes nos EUA¹⁸² que disponibilizam aos norte-americanos a possibilidade de baixar este conteúdo e assistir filmes em seu computador ou, até mesmo, em sua tv por meio de conexão desta ao computador. Note-se que este serviço é prestado em exclusividade ao mercado norte-americano, conforme indicado no próprio site da empresa, já que a possibilidade de prestação do serviço em outras jurisdições depende da vontade de outros Membros de liberarem o acesso a seus mercados aos serviços audiovisuais em Modo 1 (serviços transfronteiriços).

Para entender melhor o impacto da nova realidade tecnológica nos setores de telecomunicação e audiovisual e os reflexos no mundo jurídico, passemos a tratar da conceituação e das características da convergência.

2.3 O impacto da convergência tecnológica no setor

O termo ‘convergência’ não demanda maiores explicações teóricas, já que intuitivamente nos remete ao sentido de que mais de uma coisa ou serviço, conforme o caso ora em análise, estão caminhando na mesma direção, podendo, inclusive, se mesclarem.

Quando relacionada aos serviços de telecomunicação e audiovisual, aspectos a que nos propomos examinar, o termo convergência diz fundamentalmente respeito à possibilidade de um determinado conteúdo ser disponibilizado por diferentes plataformas. Senão vejamos algumas conceituações que ajudam a visualizar as repercussões deste fenômeno.

Os especialistas em telecomunicação normalmente identificam a existência de 5 (cinco) formas de convergência: funcional, econômica, política, geográfica e tecnológica.¹⁸³ A convergência funcional implica que a tecnologia atual oferece mais funções e serviços do que foram inicialmente desenhados, como, por exemplo, o telefone móvel, que foi criado para possibilitar a transmissão de voz sem fio e hoje permite acessar internet, ouvir rádio, baixar áudio

¹⁸² É o caso das empresas Movielinks (<<http://www.movielinks.com>>) e Netflix (<<http://www.netflixs.com>>).

¹⁸³ CORDOVIL, Leonor. **A convergência nas telecomunicações e sua influência no direito da concorrência**. In: Revista de Direito de Informática e Telecomunicações. RDIT, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, jul./dez. 2006, p. 88.

e vídeo e mandar mensagens de texto.¹⁸⁴ A convergência econômica ocorre quando um determinado setor se torna um oligopólio, com poucas empresas atuando, que são capazes de fornecer toda gama de serviços.¹⁸⁵ A convergência geográfica e política decorrem do movimento de globalização, permitindo que serviços sejam contratados e prestados em qualquer local e fiscalizados por organismos multilaterais como a OMC.¹⁸⁶

Já a convergência tecnológica, tema deste item, trata da possibilidade de diversas tecnologias se mesclarem e permitirem a prestação de vários serviços por meio de um ou poucos aparelhos (ou *devices*, como jargão normalmente utilizado). A convergência tecnológica torna possível prover serviços sem presença local dos operadores, os quais podem estar localizados, portanto, fora da jurisdição do regulador nacional.¹⁸⁷ O fenômeno da convergência tecnológica é propiciado pela digitalização dos serviços de telecomunicação e dos conteúdos audiovisuais, bem como pela evolução experimentada pelas redes de transporte.

Uma boa definição do conceito de convergência tecnológica consta do *Convergence Green Paper* elaborado pela Comissão Europeia, em 1997, para a qual convergência:

refers to the coming together of what were previously thought of as separate sectors, namely telecommunications, information technology (IT) and media, as a result of technological developments that enabled pent-up customer demands to be satisfied.¹⁸⁸

Outra definição do termo foi publicada pela revista *The Economist*: “The beauty of convergence as we see it isn’t so much that you can sell multiple services to a customer, but that you can allow them to mix and match whatever services they want.”¹⁸⁹

As definições teóricas da convergência tecnológica refletem o que na prática se constata cada vez mais. Nos dias atuais, qualquer um tem uma câmara, seja acoplada ao celular, ou não; e

¹⁸⁴ Loc. cit.

¹⁸⁵ Loc. cit.

¹⁸⁶ CORDOVIL, Leonor. Op. cit. p. 89.

¹⁸⁷ BEZZINA, Jérôme; TERRABA, Mostafa. **Impacts of New Technologies on Regulatory Regimes**. In: Communications & Strategies, Special Issue, WSIS, Tunis, November 2005, p.24.

¹⁸⁸ Green Paper on the Convergence of the Telecommunications, media and Information Technology Sectors, and Implications for Regulation, COM (97) 623 (3 December 1997), p. 1-8. In: LAROUCHE, Pierre. **Communications convergence and public service broadcasting**. Working Papers Series, Tilburg University, College of Europe – Bruges, June 2001.

O trecho correspondente na tradução é: “se refere à união do que antes era pensado como setores separados, nomeadamente telecomunicações, tecnologia da informação (TI) e mídia, sendo resultado dos avanços tecnológicos que permitiram a satisfação do aumento da demanda dos consumidores”.

¹⁸⁹ ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. **Parecer/MC/COJUR/MBH/nº 2059-5.01/2008** (Parecer sobre o Projeto de Lei nº. 29, de 2007 que “dispõe sobre a organização e exploração das atividades de comunicação social eletrônica e dá outras providências”. Processo convergência tecnológica) *apud* Pyramid Research at The Economist, 2006, p.9.

O trecho correspondente na tradução é: “A beleza da convergência, como a vemos, não está exatamente no fato de que se pode vender múltiplos serviços para o consumidor, mas que se pode permitir a mistura e combinação de quaisquer serviços que queiram”.

por mais simples que seja, permite ao seu dono filmar imagens e publicar seus vídeos caseiros na internet (i.e *you tube*). Assim, a criação de conteúdo não é mais tarefa privativa das emissoras de radiodifusão, cineastas, produtores independentes. Qualquer um é capaz de produzir conteúdo, pois o espectador vira produtor, o cidadão passa a ter papel ativo, interativo e colaborativo no mundo convergente. Não importa para esse fim a qualidade desse conteúdo.

Nesse sentido, o usuário é ao mesmo tempo principal destinatário e agente de toda a revolução informacional. Com efeito, no mundo analógico a distribuição de conteúdo é focada na comunicação de massa e há um controle sobre a oferta de conteúdo, vez que é limitado pela singularidade dos terminais; já na era digital, há distribuição personalizada de conteúdo e multiprogramação [esta, tecnicamente possível, embora atualmente se discuta, no Brasil, sua viabilidade jurídico-regulatória].¹⁹⁰ Ademais, há também tipos e quantidades de conteúdos diversos, tais como informações, games, filmes, textos, imagens, vídeos aos quais os usuários podem ter acesso local ou remoto em mais terminais e em qualquer lugar onde a portabilidade permitir.¹⁹¹

Em ambiente de convergência tecnológica é possível que diferentes plataformas de rede (de telefonia, de tv a cabo, de transmissão de dados) transportem diversos serviços que em sua essência são similares (i.e, telefonia fixa e móvel, tv por assinatura, internet), pois de uma forma ou de outra permitem a comunicação entre usuários.

Com efeito, os avanços tecnológicos permitem que os serviços prestados por qualquer indústria da comunicação sejam transformados em *bits* de informação digitalizados que podem ser transportados para qualquer ponto local ou internacional, por meio de satélite ou redes de telecomunicações. Na verdade, em ambiente convergente, os serviços são prestados de forma mesclada, pois combinam características de mais de um serviço, permitindo, inclusive, no futuro que diversos serviços sejam prestados por meio de um único *device*.

¹⁹⁰ Por multiprogramação, entende-se é um recurso da tv digital que permite a transmissão simultânea de até 4 (quatro) programações diferentes no mesmo espectro - canal de 6 (seis) MHz em definição standard (Norma 01, de 27 de fevereiro de 2009 do Ministério das Comunicações). Em linhas gerais, pode-se dizer que o espectro é o meio físico por meio do qual os sinais da radiodifusão são transmitidos. No entanto, não há consenso entre os radiodifusores no Brasil quanto à possibilidade jurídica de sua realização. Vide, por exemplo, a manifestação da Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão [ABERT] quanto à impossibilidade da multiprogramação no Brasil para a TV aberta, por um lado, e posição favorável de alguns radiodifusores não vinculados à ABERT, por outro. Cfr. LAUTERJUNG, Fernando. **TV Digital**. Telesíntese, 28 de abril de 2009. Dentre outros impedimentos legais alegados, estaria a impossibilidade de uma mesma emissora gerar mais de um sinal em uma mesma localidade (i.e artigos 13 a 16 do Decreto nº 52795, de 1963 – Regulamento dos Serviços de Radiodifusão).

¹⁹¹ ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. Op. cit. p.7 e 8.

Em função da convergência tecnológica, observa-se igualmente a tendência de unificação da função regulatória de telecomunicação e radiodifusão. Esse é o caso, por exemplo, da França, Reino Unido, Itália, EUA e Canadá.¹⁹² Na Alemanha, foi-se mais além, pois a antiga agência reguladora para as telecomunicações e serviços postais passou a abranger também serviços fora do setor de comunicação, quais sejam, de gás e eletricidade, em 2005, e de ferrovias, em 2006.¹⁹³

Porém, de nada valem as redes sem o que nelas trafegar¹⁹⁴, ou seja, se não houver conteúdo a ser transmitido. Daí o acirramento pela melhoria e diversidade do conteúdo e a capacidade técnica e jurídica de transmiti-lo, pois este atrairá o espectador-consumidor que busca, cada vez mais, conteúdos diversos, seja na forma de voz, áudio, vídeos ou dados.

Por todo o exposto no que tange o impacto da convergência tecnológica nos serviços de telecomunicação e audiovisual, tem sido cada vez mais difícil perceber, delimitar e controlar as fronteiras de cada serviço, onde começa um e termina outro, e quais os limites regulatórios - se houver - que delimitam o campo de atuação de cada indústria. Dessa forma, as indústrias de telecomunicações, transferência de dados e radiodifusão apresentam um movimento de convergência que, provavelmente, levará ao surgimento de uma nova indústria, que poderia ser chamada de Indústria da Informação.¹⁹⁵

Aliás, este entendimento é corroborado, por exemplo, por Henry Jenkins, diretor do programa de mídia comparada do *Massachusetts Institute of Technology*, que defende que a

convergência, mais que um processo tecnológico que une múltiplas funções dentro de um mesmo equipamento, seria uma transformação cultural, à medida que os consumidores são incentivados a procurar novas informações e fazer conexões em meio a conteúdo midiáticos dispersos.¹⁹⁶

¹⁹² Para maiores informações, <<http://www.ofcom.org.uk>> para Reino Unido, <<http://www.crtc.gc.ca>> para Canadá, <<http://www.arcep.fr>> para França, <<http://www.agcom.it>> para Itália e <<http://www.fcc.org>> para EUA. Interessante notar que na Itália e nos EUA, as respectivas agências reguladoras têm competência também para administrar o espectro de radiofrequência, embora seja comum que tal competência fique a cargo de Ministérios em outras jurisdições, e não agências reguladoras (órgãos independentes). Ver SALOMON, Eve. **Guidelines for Broadcasting Regulation**. Commonwealth Broadcasting Association, 2008, 2nd Edition, 75p. Disponível em: <http://portal.unesco.org/ci/en/ev.php-URL_ID=29290&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html>. Acesso em 28 de agosto de 2010, p.18. No Brasil, fica a cargo da Agência Nacional de Telecomunicações [ANATEL], como se verá no item 5.1.1.2 do Capítulo 5.

¹⁹³ Para maiores informações, <http://www.bundesnetzagentur.de/enid/2471a46b146e8e4bc5eba30d9dec2fdd.0/RegTP_Englisch/Federal_Agency_xi.html>. Acesso em 20 de abril de 2006

¹⁹⁴ ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. Op. cit. p.6.

¹⁹⁵ PRADO, Luiz. **Mercado convergente de serviços de telecomunicações e serviços de valor adicionado**: problemas jurídicos e econômicos para fomentar a concorrência e a inovação tecnológica no Brasil. In: Revista da Informática e Telecomunicações – RDIT, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 161, jan./jun.2007.

¹⁹⁶ Conforme reprodução de MELO, Clayton. **A década digital e a convergência de mídias**. Gazeta Mercantil, São Paulo, 27 de abril de 2009, Opinião, A3.

Como se percebe, as palavras-chave no cenário de convergência tecnológica são conteúdo e informação. Estes são os grandes valores agregados da atualidade¹⁹⁷ que, sem dúvida, foram difundidos pela internet, inovação tecnológica que provavelmente mais contribuiu para a convergência e fomenta cada vez mais a incessante busca por informação e conteúdo. Na verdade, como assevera Bialer Ingham, para muitos, a internet é

the symbol of what convergence is all about as it provides a new delivery platform for a number of communication services and unlimited channels for the dissemination of information.¹⁹⁸

Isso posto, como a internet é palavra-chave no cenário de convergência tecnológica, não podemos nos furtar de considerar algumas questões que impactarão no alcance dos compromissos assumidos no setor da comunicação e no tratamento do conteúdo audiovisual que circula na internet. No entanto, essas questões serão tratadas de modo limitado, já que analisar todas as vertentes do tema internet extrapolaria o âmbito do presente trabalho.

2.4 O fator internet

A internet é um ambiente onde se desenvolvem negócios, a exemplo de tantos outros no mundo real. Há algum tempo se debate - no Brasil e no exterior – a extensão das obrigações do mundo real à internet. No que se refere especificamente ao conteúdo audiovisual que transita pela internet, o debate também existe. Pode-se dizer que 3 (três) são os assuntos de maior relevância atualmente: direitos autorais; extensão das exigências ao jornalismo e à radiodifusão e neutralidade de rede.

As duas primeiras vertentes não serão examinadas no presente trabalho por extrapolarem nosso objetivo. De fato, no que respeita aos direitos autorais, essa questão demandaria a análise de legislação específica, inclusive do acordo TRIPS [*Trade related aspects of intellectual*

¹⁹⁷ ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. Loc.cit.

Embora o referido parecer mencione apenas o conteúdo, entendemos que a informação também deve ser elencada como palavra-chave nesse ambiente de convergência.

¹⁹⁸ INGHAM, Ana Paula. **Regulation of audiovisual media in a convergent environment** - the case of audiovisual content via the internet. Belo Horizonte: Editora Forum, 2007, p.25.

O trecho correspondente na tradução é: “o símbolo do que é a convergência está no fato de que cria uma nova plataforma de distribuição para inúmeros serviços de comunicação e canais ilimitados para a disseminação da informação”.

property rights] da OMC¹⁹⁹, já que o GATS em nada disciplina a questão. No que tange à extensão das obrigações das empresas jornalísticas e de radiodifusão aos portais de internet que desenvolvem as mesmas atividades, o tema demandaria a análise de aspectos constitucionais e concorrenciais que, embora de significativa relevância para o entendimento da questão e extremamente atuais no Brasil e no mundo, nos parecem descabidos no âmbito deste trabalho.²⁰⁰

¹⁹⁹ Vale notar que França e Inglaterra já adotaram leis para a proteção do conteúdo que circula na rede. Tendo em vista o enfoque adotado ser do direito autoral, não nos deteremos na questão. Apenas abordaremos rapidamente cada uma das iniciativas, pois entendemos relevante para o contexto do referido trabalho. No Reino Unido, a OFCOM publicou, em 8 de abril de 2010, o Digital Economy Act [DEA], que estabelece um conjunto de ações, que incluem a elaboração e aprovação de um código de procedimentos para, entre outros, coibir a violação do copyright e impor sanções contra infratores. O código deve conter dispositivo sobre ação dos internet service protocols [ISPs] contra usuários que fazem o download ilegal de conteúdo protegido por copyright. Os ISPs agirão de acordo com o código, cuja minuta esteve em consulta pública até 30 de julho de 2010, e deverá ser aprovado até dezembro de 2010. Conforme minuta em discussão, o código prevê que: i) em resposta a relatório enviado por detentores de copyright sobre a evidência de violação do direito, os ISPs devem enviar notificação ao infrator; ii) os ISPs devem manter uma lista atualizada dos infratores (anônimos); iii) estão na lista infratores que tenham recebido 3 (três) notificações em um ano (three-strikes); iv) se o download ilegal persistir, o ISP punirá os infratores com “medidas técnicas” como bloqueio de velocidade, restrição de largura de banda, suspensão da conta e outras punições; v) os detentores de copyright poderão solicitar esta lista e requerer ordem judicial para identificar infratores seriais e mover ação legal contra estes. Cfr. <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20100511084737/http://interactive.bis.gov.uk/digitalbritain/wp-content/uploads/2010/04/DEB-Factsheet-The-Act-2010.pdf>>. Acesso em 04 de agosto de 2010.

Já na França, em outubro de 2009, o Conselho Constitucional da França, maior autoridade judiciária do país, considerou constitucional a Lei “Hadopi 2” [Haute Autorité pour la diffusion des oeuvres et la protection des droits sur internet 2] - segunda versão do projeto de lei original que foi considerado inconstitucional por permitir que uma autoridade administrativa, a agência Hadopi, criada pela citada lei, e não o Judiciário, aplicasse a ordem de suspensão do acesso à internet pelo usuário infrator. O objetivo, segundo a Ministra francesa da Cultura e da Comunicação Christine Albanel, presente na exposição de motivos que acompanhou o projeto de lei original é: “estancar a hemorragia das obras culturais na internet e de criar um marco legal indispensável ao desenvolvimento da oferta legal de música, filmes, obras e programas audiovisuais, ou até mesmo obras literárias nas novas redes de comunicação”. Ver REES, Marc. **Dossier: La loi Hadopi**, 27 de outubro de 2009. Disponível em: <<http://www.pcinpact.com/dossiers/loi-hadopi-riposte-graduatee-anepe/162-2.htm>>. Acesso em 30 de outubro de 2009 e DELFAU, Vincent. **Christine Albanel, piètre avocate de son projet de loi**. Le Monde Informatique.fr. Disponível em: <<http://www.lemondeinformatique.fr/actualites/lire-hadopi-christine-albanel-pietre-avocate-de-son-projet-de-loi-28094.html>>. Acesso em 13 de junho de 2009.

Já no Brasil, embora tenha estado em debate até 31 de agosto de 2010, a minuta de anteprojeto de lei para a alteração da legislação de direitos autorais proposto pelo Ministério da Cultura, como apresentad à sociedade, não inovou quanto à proteção do conteúdo na internet. Ao contrário das recentes legislações aprovadas na França e na Inglaterra sobre regulação da internet, que têm como objetivo principal regular o conteúdo sob a ótica do direito autoral, a minuta de anteprojeto brasileiro em momento algum trata da questão. Resta-nos aguardar a nova minuta elaborada a partir dos comentários da sociedade. Para maiores informações, consultar BRAGA; Glória. **Anteprojeto de lei autoral – uma reflexão**. Jornal do Brasil, 18 de julho de 2010; e FAHEL; Samule. **O STJ e o Direito de Autor**. O correio brasileiro. 19 de julho de 2010.

²⁰⁰ No que se refere à extensão das obrigações da radiodifusão e do jornalismo na internet, vale mencionar que no Brasil o debate é bastante atual, tendo sido levado, inclusive, à audiência pública na Câmara dos Deputados, em 07 de julho de 2010. O principal aspecto do debate está na indagação quanto à extensão ou não das restrições de capital estrangeiro elencadas no artigo 222 da Constituição às atividades jornalísticas e de radiodifusão exploradas na internet. Embora à primeira vista a restrição não diga respeito diretamente ao conteúdo audiovisual, note-se que uma vez permitida a livre participação estrangeira no capital de empresas responsáveis por levar a informação e o conhecimento ao povo brasileiro, corre-se o risco de se estar dando à informação um viés estrangeiro. Não é sem motivo que o marco regulatório da radiodifusão, a ser verificado no item 5.1.1.1 do Capítulo 5, faz controle rigoroso, por exemplo, de quem são os acionistas das empresas radiodifusoras. A preocupação com a origem do capital reflete também a preocupação com a preservação da identidade e cultura nacionais. Nesse sentido, no que se refere à audiência pública, de um lado, o advogado da Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão [ABERT], Gustavo Binembojm, defendeu que “a interpretação literal da Constituição não é a única, mas é a mais democrática, e ela diz que qualquer empresa jornalística está sujeita às regras do artigo 222, sendo empresa jornalística quem apura e divulga informação como atividade econômica”. De outro, o advogado do portal Terra, Floriano Peixoto de Azevedo Marques, argumentou que “na interpretação literal, não dá para aplicar o artigo 222 a fórceps, uma vez que uma empresa jornalística é aquela que publica informações periódicas, e na internet isso não existe”. No que se refere à radiodifusão, os defensores da não extensão das obrigações desta àqueles que desenvolvem atividades na internet afirmam que as atividades de produção, programação e

Já a vertante da neutralidade de rede merece comentários mais detalhados já que, além de ser assunto de basilar importância nas discussões atuais sobre internet em todo o mundo, também é abordada pelos Membros do GATS em suas discussões sobre a necessidade de reclassificação dos serviços da Lista de Classificação do GATS no que respeita o setor de comunicação.

Embora não haja um conceito definido sobre o termo, a neutralidade de rede tem por princípio que não deve haver discriminação de custo e de velocidade para os pacotes de dados – independentemente do tipo de conteúdo que trafeguem – que circulem na rede. Assim, evita-se que as operadoras de telecomunicações – normalmente, donas da infraestrutura de acesso, qual seja, as redes de telecomunicação - cobrem preços mais altos ou ofereçam velocidades mais baixas aos concorrentes que dependem de suas redes para transportar até o usuário seus conteúdos. A rede é elemento imprescindível para a circulação do conteúdo na internet. Os donos da rede, por sua vez, possuem posição privilegiada nesse cenário. Em função disso, os governos têm debatido sobre a implementação da obrigatoriedade da neutralidade de rede, que hoje é apenas um princípio.

Mesmo nos EUA, onde o debate está mais maduro, o princípio da neutralidade de rede nunca esteve expressamente previsto na legislação e regulamentação setorial, decorrendo sua aplicação de princípio mais abrangente – esse sim expresso –, o da isonomia (não discriminação). Lá, a agência reguladora do setor de comunicação – a *Federal Communications Commission* [FCC] - lançou consulta pública, em outubro de 2009, para discutir a neutralidade de rede e evitar que provedores de conteúdo e usuários sejam discriminados pelo detentor da infraestrutura de acesso, já que quem detém a rede pode controlá-la de modo a só dar acesso mais rápido a quem paga mais por ela ou a empresas que pertençam a seu grupo econômico e assim viabilizar venda

provimento são meras atividades-meio para a realização da comunicação social, que somente se dá com a veiculação, atividade-fim. Além, é claro, de não haver previsão expressa na Constituição nesse sentido, logo, enquanto atividades-meio, elas se inseririam no âmbito do livre exercício de qualquer ofício ou profissão. Nosso entendimento é de que essa justificativa não se sustenta, pois não é o fato de serem atividades-meio que lhe dá o direito de não serem reguladas. A contestação da tese da extensão de obrigações, no entanto, ganhou reforço adicional com o voto do ministro Carlos Ayres Brito, do Supremo Tribunal Federal, ao revogar a Lei de Imprensa com base em sua inconstitucionalidade, quando afirmou que a "comunicação internetizada" está fora do escopo da Constituição. Ainda que de peso, ousamos discordar da opinião do ilustre ministro, bem como daqueles que defendem que a internet não deve ser regulada, uma vez que o serviço prestado é o mesmo. Portanto, não pode ser tratado de modo desigual. Para maiores informações, ver POSSEBON, Samuel. **Especialistas divergem sobre aplicação de limites de capital a portais de internet**. Teletime, 09 de julho de 2010. Disponível em:

<<http://www.teletime.com.br/07/07/2010/especialistas-divergem-sobre-aplicacao-de-limites-de-capital-a-portais-de-internet/tt/19055/mews.aspx>>. Acesso em 04 de agosto de 2010.

Seja no caso dos direitos autorais, seja no caso da extensão das obrigações da radiodifusão e do jornalismo à internet, a grande dificuldade que se impõe é como se dará o controle das obrigações.

casada de produtos, por exemplo. Até agora, no entanto, a posição norte-americana sobre o tema não está definida.

Durante o processo de discussão sobre a neutralidade, em abril de 2010, a FCC perdeu batalha judicial que a impossibilita de impor obrigações de neutralidade de rede às operadoras que exploram o serviço da banda larga, já que a legislação não lhe dá competência para tanto.²⁰¹ Para sanar a falta de previsão legal para a imposição desta obrigação, a FCC lançou consulta pública [*notice of inquiry*] em 17 de junho de 2010, com o objetivo de colher, a princípio até o dia 12 de agosto de 2010, contribuições e respaldo para sua intenção de aplicar o princípio da neutralidade tecnológica às exploradoras de serviços de banda larga.²⁰² A aplicação do princípio

²⁰¹ Trata-se de disputa judicial entre o FCC e a Comcast - maior operadora de serviços por cabo dos EUA -, iniciada em 2008. Em 2007, a Comcast foi denunciada ao órgão regulador sob a acusação de que estaria promovendo medidas discriminatórias contra usuários do seu serviço de banda larga que faziam uso do software de compartilhamento de arquivos BitTorrent. Após apreciar o processo e investigar a conduta, a FCC concluiu, numa decisão apertada (3 a 2), que a Comcast havia sim adotado uma prática ilegal e discriminatória ao interferir, através de monitoramento de sua rede e posterior bloqueio de conexões peer-to-peer, no direito do seu usuário de banda larga de acessar conteúdos e usar aplicações de sua escolha disponibilizadas na internet. Como resultado, a decisão, que não impôs qualquer sanção pecuniária à infratora, condenou a Comcast a: (i) apresentar à FCC detalhes das práticas discriminatórias de gestão de uso de rede utilizadas; (ii) submeter um plano de ação descrevendo as medidas que pretende adotar até o final de 2008 para fazer cessar as práticas discriminatórias; e (iii) divulgar aos usuários e à FCC a nova política de gestão de uso de rede que irá substituir a atual. A determinação da FCC foi baseada num regulamento criado pelo órgão em 2005 para evitar que provedores de banda larga se tornassem controladores do conteúdo online. Em 2008, a Comcast iniciou procedimento judicial contra a FCC, argumentando que sua ordem era ilegal, já que a agência queria forçá-la ao cumprimento de meras políticas de uso, sem força de lei. A empresa também disse que a FCC não tinha autoridade para impor a neutralidade, pois a banda larga deixou de ser regulada no país durante a administração Bush, numa decisão mantida pela Suprema Corte em 2005. Em abril de 2010, a Corte Americana de Apelações do Distrito de Columbia determinou que a FCC não tem autoridade para impor as obrigações de neutralidade de rede às operadoras. Como se percebe, a questão central do debate diz respeito à necessidade, ou não, de se proibir os provedores de banda larga de bloquearem ou tornarem mais lento o tráfego da rede de forma seletiva, em função de seus acordos comerciais, privilegiando alguns clientes. Cfr. TELETIME. **Justiça norte-americana não reconhece autoridade da FCC sobre neutralidade da rede**. Disponível em: <<http://www.teletime.com.br/07/04/2010/internacional-justica-norte-americana-nao-reconhece-autoridade-da-fcc-sobre-neutralidade-da-rede/tt/174995/news.aspx>>. Acesso em 29 de junho de 2010.

A título ilustrativo, vale esclarecer que o BitTorrent é uma tecnologia que permite o compartilhamento de qualquer tipo de arquivo pela internet, sendo muito utilizado para a distribuição de vídeos, músicas e softwares. A tecnologia é muito eficaz e evita, por exemplo, que determinados usuários só façam download, mas não compartilhem arquivos (a não ser que alguém utilize algum macete para burlar isso). Para que se faça download (e upload) pelo BitTorrent, é necessário que cada item compartilhado esteja associado a um arquivo denominado torrent, cuja extensão é .torrent. Trata-se de um arquivo pequeno e simples, mas que contém as informações necessárias para o compartilhamento, como local onde o arquivo está e a sequência que verifica a integridade deste. Esse arquivo pode estar disponível em um site e, quando acessado, inicia o download do arquivo compartilhado (desde que o BitTorrent esteja instalado no computador do usuário). Cfr. ALECRIM, Emerson. **BitTorrent: o que é e como funciona**. Disponível em: <<http://www.infowester.com/bittorrent.php>>. Acesso em 29 de junho de 2010.

Por conexões *peer-to-peer*, entendem a comunicação direta entre dois ou mais computadores conectados ao mesmo programa, sem a intervenção de um servidor central. Para maiores informações, ver <<http://pt.wikipedia.org/wiki/P2P>> Acesso em 29 de junho de 2010.

²⁰² Com o objetivo de identificar esse "caminho legal", na consulta pública a FCC "(...) asks questions about three specific approaches. First addressing the wired service offered by telephone and cable companies and other providers, we seek comment on whether our "information service" classification of broadband Internet service remains adequate to support effective performance of the Commission's responsibilities. We then ask for comment on the legal and practical consequences of classifying Internet connectivity service as a "telecommunications service" to which all the requirements of Title II of the Communications Act would apply. Finally, we identify and invite comment on a third way under which the Commission would: (i) reaffirm that Internet information services should remain generally unregulated; (ii) identify the Internet connectivity service that is offered as part of wired broadband Internet service (and only this connectivity service) as a telecommunications service; and (iii) forbear under section 10 of the Communications Act from applying all provisions of Title II other than the small number

dar-se-ia por meio da ampliação do conceito de serviço de telecomunicação para abarcar também a internet, dando competência à FCC para exigir o cumprimento das obrigações de neutralidade de rede também daqueles que exploram a internet (banda larga). Dada a complexidade do assunto, a FCC estendeu o prazo da consulta *sine die*.²⁰³

A UE, no âmbito de consulta pública sobre regulação da internet, cujo lançamento está previsto ainda para o ano de 2010, também pretende discutir a neutralidade de rede.²⁰⁴

Por ora, apenas o Chile aprovou lei que transforma o princípio em obrigatoriedade. De fato, em 27 de agosto de 2010, o país sul americano tornou-se o primeiro a aprovar lei sobre a neutralidade de rede, segundo a qual,

provedores de acesso não poderão bloquear, interferir, discriminar nem restringir os direitos de nenhum usuário de internet para utilizar, enviar ou receber nenhum serviço, não podendo oferecer serviço “que não distinga arbitrariamente conteúdos, aplicações ou serviços.”²⁰⁵

No entanto, a lei prevê que os provedores de acesso e as operadoras de telecomunicação poderão tomar medidas necessárias para “gestão de tráfego e administração de redes, no exclusivo âmbito de atividade que lhes foi autorizado, e sempre que isso não tenha por objeto realizar ações que afetem a livre concorrência”.²⁰⁶ Isso, sem dúvida, permite brechas para viabilizar a adoção de medidas discriminatórias contra ou a favor de certos usuários.

Em nosso país, tendo em vista a inexistência de instrumento legal que a regule e a enormidade de discussões advindas de negócios realizados na internet, a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, em parceria com a Escola de Direito do Rio de Janeiro, da Fundação Getúlio Vargas, iniciou, em 29 de outubro de 2009, consulta pública para a consolidação de um Marco Civil da Internet no Brasil.²⁰⁷ Em um primeiro momento,

that are needed to implement the fundamental universal service, competition and small business opportunity, and consumer protection policies that have received broad support.” Cfr. FCC, **Notice of Inquiry**, Par. 2, publicado em 17 de junho de 2010). Disponível em: < <http://www.broadband.gov/>>. Acesso em 29 de junho de 2010

²⁰³ TELESÍNTese. **FCC pede mais tempo para definir regras sobre neutralidade da rede**. 2 de setembro de 2010. Disponível em: < <http://www.momentoeditorial.com.br/index.php/plantao/15750-fcc-pede-mais-tempo-para-definir-regras-sobre-neutralidade-da-rede>>. Acesso em 02 de setembro de 2010.

²⁰⁴ MARINHEIRO, Vaguinaldo. **Europa abre debate sobre regulação dos serviços da internet**. Folha de São Paulo, 16 de agosto de 2010. Disponível em: < <http://www.abar.org.br/salaDeImprensa/clipping/index.asp?vCod=2111&idioma=pt>>. Acesso em 16 de agosto de 2010.

²⁰⁵ DIAS, Tatiana de Mello. **Chile garante em lei neutralidade de rede**. Blog Estadão, 27 de agosto de 2010. Disponível em: < <http://blogs.estadao.com.br/link/chile-aprova-lei-de-neutralidade/>>. Acesso em 22 de setembro de 2010.

²⁰⁶ Ibid.

²⁰⁷ A consulta pública tem a função de concretizar o princípio da publicidade e viabilizar a participação de indivíduos ou grupos determinados para expor suas idéias e sugestões, que, aliás, é também a função da audiência pública. A diferença está na forma de realização. Enquanto a audiência, regida pelo princípio da oralidade, tem a forma de sessão, com data e hora marcadas, onde os interessados comparecem conjunta e pessoalmente para expor suas opiniões, a consulta é feita de maneira individual e durante um

disponibilizou-se minuta inicial de anteprojeto aberto a comentários públicos pela internet, até 17 de novembro de 2009. Os comentários foram incorporados a um segundo texto de minuta, também submetido à consulta até 30 de maio de 2010. Por ora, trabalha-se em uma versão final de texto que será encaminhada ao Congresso Nacional para discussão.

No entanto, o referido anteprojeto limita-se a fixar as diretrizes, as responsabilidades, os direitos dos usuários da rede mundial de computadores. Quanto à neutralidade de rede, limita-se a tratá-la como princípio, mas não esboça qualquer regramento sobre o tema. O Brasil não pode perder essa oportunidade para discutir e definir os aspectos da neutralidade de rede no país, já que embora haja previsão expressa na legislação do setor de telecomunicação quanto ao dever de não discriminar, é prática comum no mercado de telecomunicações a adoção, pelas operadoras, de determinadas condutas ou políticas comerciais anti-isonômicas e prejudiciais à concorrência no mercado relevante de provimento de conexão à internet.

Ora, de pouco adianta uma lei que não aborda os aspectos polêmicos de determinado assunto. Da forma como se apresenta, o anteprojeto brasileiro pouco acrescenta aos recursos jurídicos, legais e práticos que já vem sendo adotados pelas partes e pelo Judiciário. Parece-nos que um anteprojeto de lei sobre internet deveria tratar de todos os assuntos relevantes e sistematizar regras que se apliquem à internet, tanto inovadoras quanto as já existentes.

Diante da convergência tecnológica que se impõe, não se pode ignorar que os serviços de comunicação social eletrônica prestados por meio da plataforma da internet servem aos mesmos fins que aqueles prestados pelas plataformas tradicionais, logo, a legislação deve ser interpretada de modo a dar o mesmo tratamento. É dessa forma, aliás, que o debate deverá, provavelmente, ser conduzido no GATS.

De fato, a OMC e os negociadores do GATS, em particular, não poderão se eximir de, em algum momento, provavelmente não muito distante, começar a assumir compromissos em serviços de telecomunicação e audiovisual também na plataforma internet.

No âmbito dos compromissos de liberalização comercial assumidos no GATS para o setor de comunicação, o cenário de evolução e convergência tecnológicas fomentado pelo papel da internet - que se transformou em importante plataforma de distribuição de conteúdo - impacta na

período determinado. Ou seja, o ato sob discussão é publicado e as sugestões sobre o mesmo são enviadas à agência por escrito. BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo:** direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 292.

interpretação desses compromissos. De fato, as possibilidades tecnológicas para a prestação dos serviços de telecomunicação e audiovisual vão além das obrigações inseridas nos modos de prestação de serviços do GATS. Esses se mantiveram estanques, enquanto a tecnologia evoluiu.

Com efeito, com o advento da internet, os serviços podem ser prestados sem que haja necessidade de o usuário do serviço de telecomunicação ou audiovisual se deslocar ao exterior para consumi-lo (Modo 2 – consumo no exterior), sem que a empresa se estabeleça comercialmente em um país (Modo 3 – presença comercial) e/ou que trabalhadores se desloquem de um país para outro para executar determinado trabalho (Modo 4 – movimento temporário de pessoas físicas). Em última análise, muitas – se não todas – as atividades relacionadas aos setores de comunicação, ora sob análise, podem ser realizadas em Modo 1 (prestação transfronteiriça).

Na verdade, desde 1998 já se discute na OMC o comércio eletrônico global e como classificá-lo no âmbito de seus acordos constitutivos, tendo sido criado, inclusive, o Grupo de Trabalho sobre Comércio Eletrônico. O Brasil tem se posicionado, tal como a UE, no sentido de que os serviços prestados eletronicamente, bem como os bens digitalizados, devem ser regulamentados no âmbito do GATS. Por ser mais flexível que o GATT, esse pleito implica no desejo da assunção de compromissos no que se refere a bens e serviços distribuídos eletronicamente na medida da vontade de cada Membro na plataforma internet. Já os EUA defendem a posição de que bens e serviços entregues eletronicamente não devem receber tratamento menos favorável que aquele dado aos bens entregues fisicamente. De fato, a falta de compromissos assumidos no GATS quanto a tais serviços geram incertezas que não são bem vistas por aqueles que são os maiores produtores de programas de computadores, os quais permitem a circulação de bens e serviços eletrônicos.²⁰⁸

De qualquer forma, dentre os vários impactos causados pela convergência tecnológica e a internet na prestação desses serviços no âmbito do GATS, um deles merece ser analisado em particular: a abrangência do conceito de serviços similares e prestadores de serviços similares (ou *like services and service suppliers*, do inglês, como é conhecido no jargão do GATS) presentes nos artigos II (1) e XVII do GATS, que tratam dos princípios do tratamento da nação mais favorecida e do tratamento nacional, respectivamente.

²⁰⁸ Para maiores informações sobre o tema, SAYEG, Fernanda. A negociação dos e-services segundo o GATS. In: CELLI JR, Umberto. **Comércio de Serviços na OMC**. Juruá Editora, Curitiba, 2005, p. 241-257.

A primeira grande dificuldade é a inexistência de definição do que é um *like service* e de diretrizes para determinar o conceito de similaridade (ou *likeness*, do inglês, como é conhecido no jargão do GATS). De fato, de acordo com Cossy,

in WTO services bodies, Members have shown limited interest for discussing such issues in abstracto and have expressed a preference to leave it to case-law to determine likeness on a case-by-case basis, as has been done under the GATT.²⁰⁹

Segundo Cossy, embora a similaridade dos serviços não possa ser avaliada por critérios relacionados a características físicas, seria possível examinar as características intrínsecas que diferenciam um serviço de outro.²¹⁰ Resta saber, contudo, o quão detalhada deve ser a análise dessas características intrínsecas.²¹¹ Outro critério de consideração podem ser os hábitos e gostos dos consumidores com foco na substituíbilidade dos serviços²¹² ou ainda na propriedade ou estrutura dos fornecedores²¹³.

Nesse contexto, não se sabe ainda o tratamento a ser dado, por exemplo, à TV Google, ambicioso projeto de TV por internet, lançada em outubro de 2010, nos EUA, nem quais as características intrínsecas que deveriam ser consideradas em uma análise. A plataforma une o *software* da empresa de buscas ao *hardware* de outras companhias para transformar a televisão do usuário em um centro de entretenimento conectado à web, permitindo acesso a sites, aplicativos específicos e vídeos sob demanda.²¹⁴

Parece-nos que a análise quanto à similaridade entre o TV Google, a TV aberta e/ou a TV fechada, ou a TV via celular, por exemplo, não deve ser tão simples quanto apenas levar em consideração o fato de em todos os serviços ser possível assistir a conteúdos audiovisuais, seja gratuitamente ou via pagamento. Também parece simplista, à primeira vista, definir a similaridade segundo as preferências do consumidor e sua percepção quanto às diferenças dos

²⁰⁹ COSSY, Mireille. **Determining “likeness” under the GATS: squaring the circle?** Staff Working Paper ERSD-2006-08, September 2006, p. 2 e 4.

O trecho correspondente na tradução é: “nos órgãos da OMC sobre serviços, os Membros mostraram interesse limitado para discutir tais assuntos de modo abstrato e expressaram preferência no sentido de deixar a decisão para a jurisprudência determinar caso a caso o sentido de similaridade, tal como feito no GATT”.

²¹⁰ Ibid. p. 19.

²¹¹ Ibid. p.20.

²¹² Ibid. p. 23.

²¹³ O critério da propriedade e da estrutura dos fornecedores foi sugerido pelos EUA no âmbito do contencioso movido por Antigua & Barbudas, e sobre o qual teceremos algumas considerações no item 4.4.2 do Capítulo 4. Ver Panel Report in *US -Gambling*, parágrafo 3.154.

²¹⁴ VALLE, James. **Google TV busca sucesso onde gigantes fracassaram**. VEJA, 16 de outubro de 2010. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/vida-digital/google-tv-busca-sucesso-onde-gigantes-fracassaram>>. Acesso em 18 de outubro de 2010.

referidos serviços. Provavelmente, será necessário um conjunto de critérios para que se chegue a uma definição sobre o tema. Nesse sentido, é preciso que os Membros acordem em regras para disciplinar a questão. Na atual lista de classificação da OMC – a W/120 – esse serviço não encontraria outra classificação, além daquela da categoria o. Por outro lado, como o GATS se refere a *like service* e *like service supplier*, não se pode dizer que esse tipo de serviço esteja fora do âmbito de aplicação do acordo.

A falta de parâmetros para a construção de conceitos adequados para esses serviços e prestadores de serviços leva à interpretação dos conceitos pelo OSC da OMC. A jurisprudência limitada sobre o tema, no entanto, ainda não permitiu definir um critério de aplicação desses conceitos.²¹⁵ No contencioso *EC-Bananas III* (DS 27)²¹⁶, ao aceitar que serviços e fornecedores de serviços – de distribuição de bananas – eram similares, o *Panel* se referiu à natureza e às características dos serviços, mas não esclareceu qual o entendimento que o levou a considerar a similaridade entre tais elementos.²¹⁷ O *Panel* limitou-se a dizer que na medida em que tais entidades prestem serviços similares, elas são prestadores de serviços similares, evitando assim abordar o que deve se entender por similaridade e, se, por exemplo, *unlike suppliers* podem prestar *like services*.²¹⁸ Nesse sentido, tecnicamente, hoje, *unlike supplier* (i.e. operadoras de telecomunicação, portais de internet e radiodifusoras) podem prestar *like services* no que se refere à distribuição de conteúdo.

De fato, segundo a Divisão de Pesquisa Econômica e Estatística da OMC, pouco se esclareceu a respeito e o desafio é grande:

While the "goods model" can offer a useful starting-point for analysis, it also has limits. New concepts – in particular the application of the national treatment to service suppliers in addition to services, the existence of four modes of supply – call for different solutions. The correlation between services and service suppliers has been dealt with in a cursory manner by panels, with the result that the concept of like suppliers remains largely empty. This is not surprising since the traditional likeness test developed under the GATS is ill-suited to compare service suppliers. An

²¹⁵ COSSY, Mireille. Op. cit. 5.

²¹⁶ O contencioso *European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas* foi iniciado por Equador, Guatemala, Honduras e Estados Unidos. O *Panel* foi estabelecido em 8 de maio de 1996. Depois de relatórios do OA, da arbitragem do art. 21.3 (c) do ESC e arbitragem do art. 22.6 do ESC, houve uma solução mutuamente acordada em 2 de julho de 2001. No entanto, em 7 de abril de 2008, Equador, Guatemala, Honduras e Estados Unidos iniciaram procedimento previsto no art. 21. 5 do ESC para questionar a implementação da decisão do OSC adotada pela EU. Para maiores informações sobre as diversas etapas desse contencioso, consultar < http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds27_e.htm>. Acesso em 15 de outubro de 2010.

²¹⁷ COSSY, Mireille. Loc.cit.

²¹⁸ Parágrafo 7.322 do *Panel Report in EC- Bananas III*. Ibid. p. 6.

interpretation is needed which does not result in an artificial separation between the service and the supplier, but allows a more global approach.²¹⁹

Como analisado e exemplificado anteriormente, em ambiente de convergência tecnológica, serviços classificados de forma distinta no cenário pré-convergência hoje se prestam a desempenhar o mesmo papel. Por isso, não espantaria decisão do OSC da OMC no sentido de que serviços de TV por assinatura, tradicionalmente classificados como serviços de telecomunicação, e serviços de radiodifusão - tradicionalmente classificados como serviços audiovisuais - serem considerados *like services*. Assim, possível interpretação nesse sentido trará um impacto direto na capacidade regulatória dos Membros. Com efeito, se por um lado, os dispositivos referentes à capacidade regulatória do GATS podem ajudar no processo de contenção das demandas de liberalização comercial no setor de comunicação, por outro, a interpretação, provavelmente cada vez mais ampla dos conceitos de *like services* e *likeness*, em função dos impactos da convergência tecnológica nos serviços do setor, tendem a diminuir a capacidade dos Membros de regular os serviços de telecomunicação e audiovisual.

Apesar de certo grau de imprevisibilidade das interpretações do OSC sobre determinados dispositivos do GATS, é preciso garantir que determinados interesses sejam protegidos sem que as medidas adotadas sejam consideradas barreiras desnecessárias ao comércio em serviço, sobretudo no que tange aos setores sensíveis para os interesses dos Membros, tal como o de comunicação.

Assim sendo, é importante analisar o direito de regular dos Membros previsto no GATS, bem como seus limites, a fim de que os Membros da OMC possam se resguardar quando futuras negociações sobre serviços demandarem a assunção de novos compromissos no que respeita aos serviços de telecomunicação e audiovisual.

²¹⁹COSSY, Mireille. Op. cit. p.46.

O trecho correspondente na tradução é: “Enquanto o “modelo de produtos” pode oferecer um ponto de partida útil para análise, ele também tem limitadores. Novos conceitos – em particular a aplicação do tratamento nacional para prestadores de serviço, além dos próprios serviços e a existência de 4 modos de prestação – demandam novas soluções. A correlação entre serviços e prestadores de serviços foi tratada de modo cursivo por Panels, resultando em um conceito muito abrangente de prestadores similares. Isso não causa surpresa já que o teste tradicional da similaridade desenvolvido pelo GATS não é adequado para comparar prestadores de serviços. Faz-se necessária uma interpretação que não resulte na separação artificial entre serviço e prestador de serviço, mas que permita um enfoque mais global”.

3. REGULAMENTAÇÃO NO SETOR DE COMUNICAÇÃO DO GATS

O controle sobre a aplicação de medidas protecionistas e discriminatórias ao comércio de serviços, em geral, é bem mais complexo do que no setor de bens, pois as barreiras não são mensuráveis, sendo de difícil quantificação. De fato, as barreiras comerciais em serviços são essencialmente legais e regulatórias, como por exemplo a exigência de licenças e limites máximos de participação estrangeira no controle das empresas.

Além disso, as barreiras legais e regulatórias variam de jurisdição para jurisdição, inclusive conforme conceitos culturais, sociais, políticos e econômicos de cada Estado, e também de acordo com o serviço prestado. Em função das peculiaridades de cada Estado e de cada serviço, é difícil alcançar a harmonização das legislações nacionais do setor de serviços. Nesse sentido, há quem critique o GATS por estabelecer regras e princípios que cobrem uma variedade enorme de serviços, mais precisamente 12 (doze) diferentes setores e 157 (cento e cinquenta e sete) sub-setores, conforme a Lista de Classificação do GATS.²²⁰

Com efeito, há setores considerados sensíveis, como é o caso do setor de comunicação e seus subsetores de telecomunicação e audiovisual, já que estes serviços são passíveis de regulação para fins de cumprimento de objetivos sociais e culturais e não meramente econômicos. Na verdade, o setor de comunicação é um dos setores em que a necessidade de regras próprias, ajustadas às peculiaridades de cada sociedade, mais se justifica.

Justamente para permitir que os Membros assumam compromissos no setor de comunicação – e em tantos outros – na medida de sua capacidade, é que a arquitetura organizacional do GATS é flexível, sendo o direito de regular uma prerrogativa essencial para esse fim.

Nesse capítulo, verificar-se-ão as negociações que resultaram no dispositivo garantidor do direito de regular (artigo VI (4) do GATS), para então analisarmos o conceito e os objetivos da regulamentação doméstica no setor de comunicação à luz do direito brasileiro e do direito comparado. Por fim, trataremos especificamente da regulação do conteúdo no setor audiovisual, com vistas a entender as diferenças entre os enfoques cultural e comercial dado aos

²²⁰ Para maiores esclarecimentos, consultar HOECKMAN, Bernard. **Trade in services, trade agreements and economic development**: a survey of the literature. CEPR Discussion Papers nr. 5760, June 2006, p. 43.

compromissos do setor audiovisual, bem como vislumbrar eventuais impactos da Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura - UNESCO sobre o setor de comunicação no GATS.

3.1 Direito de Regular

Como vimos no item 1.3 do Capítulo 1, durante a Rodada Uruguai de negociações, o direito dos Membros da OMC de definirem suas próprias necessidades quanto à regulação dos serviços prestados em suas respectivas sociedades foi assegurado pelo Parágrafo Quarto do Preâmbulo do GATS.²²¹

Apesar do GATS reconhecer expressamente aos Membros o direito de regular, há o compromisso desses Membros quanto à progressiva liberalização dos diversos setores de sua economia, embora com assegurada flexibilidade no que se refere ao prazo e à forma em que a liberalização deverá ocorrer, segundo dispõe o Parágrafo Terceiro do Preâmbulo do GATS.²²²

Assim, o mesmo Preâmbulo do GATS que reconhece o direito de regular, também limita o poder de gerenciamento e controle das atividades regulatórias dos Membros, pois ao se obrigarem a liberalizar progressivamente seu comércio em serviço, por meio das sucessivas rodadas de negociação, também autolimitaram sua capacidade regulatória.

Essa diminuição da capacidade regulatória dos Membros em prol das regras traçadas pela OMC, - um verdadeiro “poder público global” ou “ordenamento público global”, se nos

²²¹ Parágrafo 4º do Preâmbulo do GATS

“Reconhecendo o **Direito dos membros de regulamentar** e de introduzir novas regulamentações sobre serviços dentro de seus territórios **para atingir os objetivos nacionais e, dadas as assimetrias existentes com respeito ao grau de desenvolvimento das regulamentações sobre serviços em diferentes países, a necessidade particular de os países em desenvolvimento exercerem tal direito**” (nossa ênfase). Cfr. tradução oficial do Decreto nº 1355/94. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D1355.htm>. Acesso em 10 de novembro de 2008.

²²² Parágrafo 3º do Preâmbulo do GATS

“Desejando a rápida obtenção de níveis de liberalização progressivamente mais elevados no comércio de serviços mediante sucessivas rodadas de negociações multilaterais que objetivem a promoção dos interesses de todos os participantes na base de vantagem mútua e logrando um equilíbrio geral de direitos e obrigações e, ao mesmo tempo, respeitando os objetivos das políticas nacionais”.

inspirarmos na obra ‘¿La Crisis del Estado?’ de Cassese²²³, - pode ser um instrumento de controle da própria globalização e estar abrangida pela ideia de governança global, pois, afinal, a constituição desse organismo internacional é decorrência da vontade dos próprios Estados.

Nesse sentido, a possibilidade de redução da preservação da capacidade dos Membros de ditar suas políticas regulatórias em setores sensíveis no que tange à essencialidade de sua prestação ao cidadão e sua relevância estratégica, tanto do ponto de vista social quanto cultural, é uma das questões mais centrais do GATS, e porque não dizer da própria OMC. Isso porque o uso autorizado do direito de regular na persecução de objetivos legítimos dos Membros da OMC pode ser utilizado como forma disfarçada de proteção aos interesses de prestadores de serviços domésticos, prejudicando os competidores estrangeiros.

Dá-se o desvirtuamento do direito de regular porque os limites entre a regulação, diga-se, virtuosa, que garante os interesses sociais legítimos das sociedades, e a regulação, diga-se, não virtuosa, que apenas atua em prol dos prestadores nacionais, e não necessariamente da sociedade que poderia se beneficiar da entrada de prestadores estrangeiros no mercado interno, são bastante tênues. Exigências de normas técnicas, certificação profissional ou licenças para prestação de serviços são alguns exemplos das barreiras existentes no comércio em serviços, e em particular no setor de comunicação. Muito comum neste setor, sobretudo nos serviços audiovisuais, são também as barreiras relacionadas aos interesses de proteção da identidade cultural de determinada sociedade, como, por exemplo, o uso de cotas de conteúdo nacional, sobre as quais trataremos no item 4.1 do Capítulo 4 e no item 5.2 do Capítulo 5.

Desse modo, em função da elasticidade do conceito que está por traz do direito de regular, a preservação da capacidade regulatória dos Membros tem sido colocada em xeque na OMC.

Com efeito, diversos Membros da OMC, em sua maioria os desenvolvidos, vem tentando minar durante as atuais negociações em serviços, o direito de regular dos Membros para que haja maior abertura de determinado(s) setor(es). A tensão nas negociações dá-se porque, se por um

²²³ Em sua obra, Cassese discorre acerca da ideia de governança global se vincular ao fenômeno que se denomina “a crise do Estado”, assim entendida como a perda da unidade do maior poder público, a nível doméstico, e a perda da soberania a nível internacional, e ao fenômeno da constituição de poderes públicos globais que se impõem aos Estados ainda que estes tenham contribuído para a formação daqueles. A globalização e/ou a governança global, contudo, não são temas que dizem respeito diretamente a este trabalho. Portanto, não entendemos necessário aprofundar tais questões. Para maiores informações, CASSESE, Sabino. ¿La crisis del estado? *apud* SOZZO, Gonzalo. **El problema del gobierno de los riesgos globales: una sociología del derecho transnacional y del derecho como mecanismo de gobierno de los riesgos**, p. 54-55. In: Prismas: Dir, Pol., Publ. e Mundial., Brasília, v. 5, p. 51-64, jan/julho 2008. Disponível em: < <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/prisma/article/view/4>>. Acesso em 07 de maio de 2009.

lado, barreiras podem ser facilmente criadas sob a forma de leis e regulamentos nacionais com objetivos econômicos e sociais, por outro lado, o limite entre o direito de regular e o protecionismo não é de fácil distinção. Portanto, a princípio, são válidas as preocupações com a transparência das leis e dos regulamentos no âmbito do GATS.

Por isso, importa avaliar com cuidado os direitos e limites conferidos aos Membros no que respeita ao direito de regular de que trata o GATS. Em última análise, este direito pode assumir a natureza de legítima expectativa de direito²²⁴ a ser pleiteada por todos os Membros da OMC, embora com interesses diversos. Com efeito, há, de um lado, aqueles que querem preservar sua capacidade regulatória para traçar políticas públicas de enfoque social e se apoiam no Parágrafo Quarto do preâmbulo do GATS que assegura o direito de regular, e, de outro, aqueles que querem garantir maior, ou até mesmo total, liberalização do comércio e exercer suas vantagens comparativas e competitivas face aos demais Membros, repaldando-se, para tanto, no Parágrafo Terceiro do mesmo preâmbulo que determina a condução de sucessivas rodadas de negociação para o alcance desta liberalização.

Assim, é imprescindível examinar como o direito de regular foi inserido no GATS; identificar se, e em que medida, esse direito está verdadeiramente assegurado diante das obrigações e compromissos assumidos no GATS e, por fim, identificar quais interesses deverão prevalecer no futuro.

3.1.1 O tratamento da *regulamentação doméstica* no GATS

Sob a terminologia regulamentação doméstica, o direito de regular está refletido no artigo VI do GATS.²²⁵ Sua inclusão no GATS justificou-se em função da dicotomia entre necessidade

²²⁴ Segundo Patrícia Baptista, o princípio da proteção da confiança legítima foi desenvolvido inicialmente pela jurisprudência das Cortes alemãs e foi acolhido no direito comunitário europeu para, em seguida, ser incorporado aos direitos nacionais de diversos países da Europa. De início, tal princípio foi invocado como um limite à revisão dos atos administrativos concretos. Em um segundo momento, porém, a tutela da confiança legítima passou a ser oposta ao exercício do poder normativo. Para maiores detalhes sobre esse tema, ainda que não sob a ótica da OMC, ver BAPTISTA, Patrícia. **A tutela da confiança legítima como limite ao exercício do poder normativo da administração pública**: a proteção das expectativas legítimas dos cidadãos como limite à retroatividade normativa. Revista de Direito da Câmara Municipal do Rio de Janeiro. Procuradoria Geral. Rio de Janeiro, v. 11, n.16, jan/dez. 2007. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2007/revproc2007.pdf>. Acesso em 20 de agosto de 2010.

²²⁵ Art. VI do GATS

de liberalização do setor e necessidade de proteção da capacidade regulatória de cada Membro. Vale ressaltar que a preocupação com o direito de regular só esteve presente nas negociações para a adoção do GATS.²²⁶ O fato de nenhum outro acordo da OMC ter dispositivo semelhante de proteção demonstra o quão sensível é o tema da liberalização comercial no setor de serviços.

É preciso esclarecer, no entanto, que não há uma definição universal acordada quanto ao termo regulamentação doméstica, pois possui significados político, social e econômico distintos, que variam de acordo com os sistemas nacionais e regionais.²²⁷ Segundo Celli Junior,

a leitura de seus dispositivos permite inferir que se trata de um conjunto de normas e decisões administrativas, por meio das quais as autoridades competentes de um Membro estabelecem critérios para prestação de serviços em seu território e, para fins de outorga de licença ou autorização avaliam a competência, a capacidade, as condições técnicas e financeiras e a qualidade, dentre outros requisitos, de determinado prestador de serviços. Sua aplicação se restringe ao território de um determinado Membro e, muito embora não sejam discriminatórias *per se*, não raro são consideradas limitações ao comércio internacional de serviços, isto é, **consistem, na perspectiva de prestadores de serviços estrangeiros,**

“1. Nos setores em que compromissos específicos sejam assumidos cada Membro velará para que todas as medidas de aplicação geral que afetem o comércio de serviços sejam administradas de maneira razoável, objetiva e imparcial.

2.a) Cada Membro manterá ou instituirá tão logo seja factível tribunais judiciais, arbitrais ou administrativos ou procedimentos que permitam, após solicitação de um prestador de serviços afetado, **a pronta revisão das decisões administrativas que afetem o comércio de serviços e, quando for justificado, a aplicação de recursos apropriados. Quando tais procedimentos não sejam independentes do órgão encarregado da decisão administrativa, o Membro velará para que o recurso seja objetivo e imparcial.**

b) As disposições da alínea "a" não devem ser interpretadas no sentido de obrigar qualquer Membro a instituir tais tribunais ou procedimentos quando isto for incompatível com sua estrutura constitucional ou com seu sistema jurídico.

3. Quando **for exigida autorização para a prestação de um serviço** sobre o qual haja sido assumido um compromisso específico, as autoridades competentes do Membro de que se trate deverão, dentro de um período de tempo razoável após a submissão de uma inscrição, que se considere completa segundo as leis e regulamentos nacionais pertinentes, informar o pretendente da decisão concernente à inscrição.

Após solicitação do pretendente, as autoridades competentes fornecerão, sem demora indevida, informação sobre a situação da inscrição.

4. Com o objetivo de **assegurar que medidas relativas a requisitos e procedimentos em matéria de qualificação, de normas técnicas e requisitos em matéria de licenças não constituam obstáculos desnecessários ao comércio de serviços**, o Conselho para o Comércio de Serviços, por meio dos órgãos apropriados que venha a instituir, estabelecerá as disciplinas necessárias. Tais disciplinas objetivarão assegurar que tais requisitos, "inter alia":

a) sejam baseados em critérios objetivos e transparentes, tais como a competência e a habilidade para prestar o serviço;

b) não sejam mais gravosas que o **necessário** para assegurar a qualidade do serviço;

c) no caso dos procedimentos em matéria de licença, não constituam em si mesmos uma restrição para a prestação do serviço;

5.a) Nos setores nos quais um Membro tenha assumido compromissos específicos, até a entrada em vigor das disciplinas que se elaborem para estes setores em virtude do parágrafo 4º, dito Membro não aplicará requisitos em matéria de licenças e qualificações nem normas técnicas que anulem ou prejudiquem "nullify or impair" os compromissos específicos de modo que:

i) não sejam conformes com os critérios descritos nas alíneas "a", "b" e "c" do parágrafo 4º; e

ii) não poderiam haver sido razoavelmente esperados da parte deste Membro no momento em que assumiu os compromissos específicos naqueles setores.

b) Ao se determinar se um Membro cumpre a obrigação prevista na alínea "a" do presente parágrafo, serão levados em conta normas internacionais das organizações internacionais competentes aplicadas por aquele Membro.

6 - Nos setores em que sejam assumidos compromissos concernentes a serviços profissionais, cada Membro estabelecerá **procedimentos adequados para verificar a competência dos profissionais de qualquer outro Membro.**” (grifo nosso)

²²⁶ STEWART, Terence. Op. cit. p. 2414.

²²⁷ KRAJEWSKJ, Markus. **National Regulation and trade liberalization in services:...** Op. cit. p.1.

notadamente os de países desenvolvidos, barreiras à entrada e ao estabelecimento no mercado desse Membro.²²⁸ (grifo nosso)

Dada as múltiplas possibilidades de interpretação sobre o conceito de regulamentação doméstica, é preciso tecer algumas considerações a respeito da evolução das negociações que resultaram no artigo VI do GATS. Note-se, nesse sentido, que embora o tema da regulamentação doméstica não se esgotou na Rodada Uruguai, é um dos que mais tem despertado interesse, sendo objeto de negociações, ainda que não conclusivas, até o momento. Foi, também, matéria relevante da primeira disputa comercial envolvendo exclusivamente o GATS, como se verá no item 4.4 do Capítulo 4.

Em 28 abril de 1999, foi criado o Grupo de Trabalho em Regulamentação Doméstica [WPDR²²⁹], que substituiu e ampliou o escopo do Grupo de Trabalho em Serviços Profissionais, para discutir propostas para a regulamentação de disciplinas para os elementos previstos no artigo VI(4) do GATS.²³⁰

Considera-se que o WPDR apresenta ritmo relativamente intenso de reuniões, tanto formais quanto informais, se comparado aos demais grupos constituídos no GATS, ainda que a média de suas reuniões tenha declinado de 5 (cinco) anuais entre 2001 e 2005 para 3 (três) anuais entre 2005 e 2009.²³¹ No primeiro semestre de 2010, houve uma reunião em abril e outra em junho.²³² Note-se que na hipótese um anexo sobre regulamentação doméstica vir a ser aprovado, o mesmo deverá ser considerado um adendo ao GATS e, portanto, obrigará a todos os Membros.

No contexto das discussões do WPDR, várias propostas sobre temas que impactam a regulamentação doméstica já foram analisadas, entre elas: transparência, procedimentos para obtenção de visto, relação entre disciplinas regulatórias e tratamento nacional, procedimentos para licenciamento, teste de necessidade, acordos de reconhecimento mútuo, anexo sobre regulamentação doméstica, entre outros.²³³ As discussões são extremamente polarizadas, opondo um grupo heterogêneo de PDs e PEDs que propõem disciplinas estritas (Austrália, Suíça, Índia,

²²⁸ CELLI JUNIOR, Umberto. **Comércio de Serviços na OMC** – Liberalização, ..., p.162.

²²⁹ Do inglês, Working Party on Domestic Regulation.

²³⁰ S/L/70, de 28 de abril de 1999 – Decision on Domestic Regulation

²³¹ ADLUNG, Rudolf. **Services liberalization from a WTO/GATS perspective:** in search of volunteers. WTO Staff Working Paper, February 2009, pg.19. Disponível em: < <http://www.wto.org> >. Acesso em 04 de junho de 2010

²³² Cfr. <http://www.wto.org/english/news_e/news10_e/tnc_chair_report_04may10_e.htm>. Acesso em 04 de junho de 2010. De acordo com cronograma de reuniões da OMC publicado em 07 de outubro de 2010, não há previsão de reuniões do WPDR até o final de 2010. Cfr. <http://www.wto.org/meets_public/meets_e.pdf>. Acesso em 07 de outubro de 2010.

²³³ Estas propostas podem ser obtidas em <http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/s_propnewnegs_e.htm>. Acesso em 04 de junho de 2010.

Chile, Hong Kong) a Membros que almejam preservar a capacidade regulatória das autoridades nacionais (Brasil, EUA, Associação dos Estados do Sudeste Asiático - ASEAN, Grupo Africano), com diversas gradações de posição de acordo com o tema (os EUA são defensivos em qualificação, mas ofensivos em transparência, por exemplo).²³⁴ Nenhuma dessas propostas, no entanto, teve, até o momento, o condão de se ser transformada em regra definitiva aplicável a todos os setores, nem conta com o apoio de todos os Membros.

De fato, recente relatório, de março de 2010, do Embaixador Fernando de Mateo, presidente do *Council for Trade in Services*, acerca das negociações sobre regulamentação doméstica confirma a indefinição no andamento das negociações, apesar da importância do tema e de sua relação com o desenvolvimento das negociações em outras áreas. Vejamos:

Many Members are convinced of the importance of a satisfactory outcome on domestic regulation as a means of ensuring the effectiveness of scheduled commitments. However, **delegations concur that gaps in the negotiations remain to be closed, both with regard to technical aspects of future disciplines**, as well as their level of ambition. Several Members also observe that, **politically, the level of ambition of the disciplines is closely connected with advances on the market access side of the services negotiations, and more broadly with progress in other areas of the Doha Development Agenda.**²³⁵ (grifo nosso)

Não é tão recente, entretanto, o desejo pela elaboração de regras multilaterais para a regulamentação doméstica que criem quadro de referência acerca das medidas que podem ser utilizadas pelos Membros sem que restrinjam a liberalização comercial. Por ocasião da Declaração Ministerial de Hong Kong, de 2005, foi acordada a elaboração do Anexo C.²³⁶ Esse documento objetivou traçar regras para a assunção de novos e mais substanciais compromissos em serviços. Nesse sentido, o Anexo C incitou os Membros da OMC a desenvolverem disciplinas em regulamentação doméstica que tratem de procedimentos e requerimentos para qualificação, procedimentos e requerimentos para licenciamento e normas técnicas, de forma a regulamentar o comando do artigo VI (4) do GATS.

²³⁴ MISSÃO DO BRASIL GENEVRA. **Carta de Genebra**. Informativo sobre a OMC e a Rodada Doha. Ano VIII, nº 1, maio de 2009, p. 30.

²³⁵ WTO. TN/S/35. **Negotiations on Trade in Services**. Council for Trade in Services, Special Session, 22 March 2010, paragraph 7.

O trecho correspondente na tradução é: “Muitos Membros estão convencidos da importância de um resultado satisfatório em regulamentação doméstica como modo de garantir a efetividade dos compromissos específicos. No entanto, as delegações concordam que lacunas nas negociações precisam ser preenchidas, tanto como relação aos aspectos técnicos de futuras disciplinas quanto ao nível de ambição dessas disciplinas. Muitos Membros também observaram que, politicamente, o nível de ambição das disciplinas está bastante ligado aos avanços das negociações em serviços em acesso a mercados, e de modo mais amplo ao progresso em outras áreas da Agenda Doha de Desenvolvimento”.

²³⁶ Disponível em: < http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min05_e/final_annex_e.htm#annexc>.

Consultar também as recomendações especiais da Sessão Especial do Conselho de Comércio de Serviços em <http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min05_e/final_text_e.htm>. Acesso em 04 de junho de 2010

Para Adlung, com quem concordamos, o “Anexo C deveria, portanto, ser visto como uma tentativa de fechar o cerco”²³⁷ (nossa tradução). Já para Mattoo e Sauvé,

as disciplinas sobre regulamentação doméstica, embora devam respeitar o direito de regular dos Membros, são um complemento necessário aos compromissos de acesso a mercados, **pois podem funcionar como uma forma de assegurar que tais compromissos não sejam anulados ou prejudicados por regulamentos aplicados com finalidades meramente protecionistas.**²³⁸ (grifo nosso)

Pelo que se denota, o direito de regular é um assunto complexo, que não permite uma análise padrão para todos os Membros.²³⁹ De fato, trata-se de tema sensível já que embora os objetivos de política pública não podem ser contestados facilmente, a forma da regulamentação usada para se alcançar tais objetivos pode ser questionada, particularmente se puder ser considerada como barreira desnecessária ao comércio.²⁴⁰

Como ensina Stewart²⁴¹, a importância do artigo VI(4) do GATS está no fato de que as “barreiras comerciais” ao comércio de serviços não se fazem representar pela imposição de tarifas nas fronteiras, mas pela regulamentação mantida pelas partes responsáveis pela condução das políticas dos diversos setores de serviço dos respectivos Membros.

Perceba-se, ainda, conforme esclarece Celli Junior, que

ao contrário dos **parágrafos 1º, 3º, 5º e 6º**, que contém regras procedimentais para medidas reguladoras domésticas que se aplicam **apenas aos setores nos quais os Membros tenham assumido compromissos específicos**, o **parágrafo 4º é silente a respeito.** (...) **Não há, de fato, consenso entre os Membros sobre se as disciplinas do parágrafo 4º serão aplicáveis a todos os setores de serviços ou apenas a setores nos quais os Membros assumiram ou venham assumir compromissos específicos.**²⁴² (grifo nosso)

Apesar das incertezas acerca do alcance do dispositivo e do que, efetivamente, será aceito pelos Membros da OMC, o cerne do mandato do Parágrafo Quarto do artigo VI do GATS é a exigência de que os Membros garantam que as medidas de regulamentação doméstica

²³⁷ ADLUNG, Rudolf. **Services negotiations in the Doha Round: lost in flexibility?** Journal of International Economic Law 9(4), October 2006, p. 866.

O texto em língua estrangeira é: “Annex C may thus be viewed as an attempt to square the circle”.

²³⁸ MATTOO, Aaditya; SAUVÉ, Pierre. Domestic Regulation and Service Trade Liberalization and Domestic Regulation and Trade in Services: Looking Ahead. In: MATTOO, Aaditya; SAUVÉ Pierre.(Ed). **Domestic Regulation & Service Trade Liberalization**. Washington: World Bank and Oxford University Press, 2003, p.01-06 apud CELLI JUNIOR, Op. cit. p. 164.

²³⁹ BORRERO, Elbey; RAL Gale. **GATS Conditions to Achieve Developing Country Policy Objectives**. Occasional Papers Series, South Centre, March 2005. p.10.

²⁴⁰ Ibid. pp. 10-11.

²⁴¹ STEWART, Terence. Loc. cit.

²⁴² CELLI JUNIOR, Umberto. Op. cit. p.168. Como o próprio Celli Junior esclarece, as obrigações estabelecidas no parágrafo 2º podem ter impacto mais significativo sobre a autonomia reguladora dos Membros que não dispõem de regras claras e transparentes para a administração pública. A princípio, parece-nos que o requisito de transparência é bastante objetivo e não há maiores motivos para preocupações de intromissões desnecessárias na capacidade regulatória dos Membros.

relacionadas à licença, qualificação e normas técnicas não constituam barreira desnecessária ao comércio em serviços.

Nesse sentido, reside particular importância o Parágrafo Quarto do referido artigo pois, como aponta Krajewski,

the underlying rationale of the mandate of Article VI(4) GATS is based on the **perception that domestic regulation can impede trade even if they do not discriminate between foreign and domestic suppliers or expressly restrict the access to markets(...)**.²⁴³ (grifo nosso)

A interpretação de que a regulamentação doméstica pode impedir o comércio ainda que seja não-discriminatória é, sem dúvida, muito prejudicial à manutenção da preservação da flexibilidade na assunção dos compromissos de liberalização - que é característica intrínseca do GATS e assegurada em seu Preâmbulo -, e não pode prevalecer nas negociações acerca do tema. No entanto, parece que tal interpretação vem ganhando espaço nos debates. De fato, em 14 março de 2010, por ocasião da elaboração de um *Annotated-Text* pela Presidente do WPDR, Sra. Misako Takahashi, do Japão, teria havido consenso entre os negociadores no sentido de que futuras disciplinas se aplicariam também à regulamentação doméstica, que não discrimina entre prestadores nacionais e estrangeiros [*Chair's Annotated-Text*].²⁴⁴ Note-se que, em 20 de março de 2009, o então Presidente do WPDR, Sr. Peter Govindasamy, de Cingapura, também havia apresentado um texto na tentativa de se criar consenso, já que estava sob crescente pressão [*Chair's 2009 Draft*]²⁴⁵. Embora contivesse referências a *right to regulate* e *national policy objectives*, o referido texto, no entanto, precavia os Membros no sentido de que

“(...) the various obligations contained in the GATS are not balanced by repeated reference to the right to regulate. On the contrary, each substantive obligation in the disciplines informs a Member’s right to regulate with regard to specific types of measures”.²⁴⁶

²⁴³ KRAJEWSKI, Markus. **National regulation and trade liberalization in services....** Op. cit. p.130.

O trecho correspondente na tradução é: “o racional por de trás do mandato do artigo VI (4) do GATS está baseado na percepção de que a regulamentação doméstica pode impedir o comércio ainda que não discrimine entre prestadores domésticos e estrangeiros ou expressamente restrinja o acesso a mercados”.

²⁴⁴ **Status Report on the GATS Working Party on Domestic Regulation**, 10 March 2010. Disponível em: <<http://www.iatp.org/trdeobservatory/library.efm?categoryID=428>>. Acesso em 20 de agosto de 2010. Cfr. Working Party on Domestic Regulation. **Disciplines on Domestic Regulation Pursuant to GATS Article VI:4**, Annotated Text, Informal Note by Chairperson, Room Document (March 14, 2010)

²⁴⁵ STUMBERG, Robert. **GATS Negotiations on Domestic Regulation**. Harrison Institute for Public Law, Georgetown Law, [Discussion Draft of May 19, 2010], p. 4

²⁴⁶ Loc.cit.

O trecho correspondente na tradução é: “as várias obrigações contidas no GATS não estão balanceadas devido a repetidas referências ao termo direito de regular. Ao contrário, cada obrigação substancial nas disciplinas direciona o direito de regular do Membro na forma de determinados tipos de medidas”.

Na verdade, conforme palavras de Stumberg,

quoting the ‘right to regulate’ does not limit the impact of GATS disciplines. On the other hand, the statement could imply less deference to subnational governments by linking the right to regulation with national policy objectives.²⁴⁷ (grifo nosso)

Ademais, ao tratar das futuras disciplinas sobre regulamentação doméstica, o *Chair’s 2009 Draft* indica que a regulamentação doméstica deve ser pré-estabelecida, baseada em critérios objetivos e transparentes e relevantes para a prestação do serviço a qual se aplicam..²⁴⁸ Vale dizer que apesar do escopo abrangente do referido comando, os Membros do WPDR não propuseram mudar a redação.²⁴⁹

Todo o comando é, em realidade, bastante subjetivo: primeiramente, não há referência quanto ao critério a ser utilizado para determinar o pré-estabelecimento de determinada medida; além disso, se sabe que importantes objetivos do regulador estão baseados em ponderações subjetivas, tais como a preservação de valores históricos e culturais; por fim, é difícil definir o que o conceito de relevância²⁵⁰. De fato, a própria Presidente do WPDR esclarece no texto que algumas delegações se mostraram receosas quanto a um teste para determinar o que é relevância, já que isso poderia excluir fatores culturais, por exemplo²⁵¹.

Apesar de toda a atual discussão acerca das futuras disciplinas da regulamentação doméstica, a redação vaga do artigo VI (4) do GATS se justificou à época das negociações da Rodada Uruguai, pois abarcaria as posições diametralmente inversas de PDs, sobretudo os EUA, e PEDs. Os últimos sempre objetivaram a preservação de sua capacidade regulatória, enquanto os primeiros se mostravam mais dispostos a negociar disciplinas mais detalhadas acerca da regulamentação doméstica.

Como se percebe, a tendência é de restringir o direito de regular dos Membros para impedi-los que adotem políticas públicas que possam representar limitação à liberalização

²⁴⁷ Ibid.p.4.

O trecho correspondente na tradução é: “fazer referência ao ‘direito de regular’ não limita o impacto do GATS nas disciplinas. Por outro lado, a declaração pode significar menos deferência aos governos subregionais, relacionando o direito de regular a objetivos de política nacional”.

²⁴⁸ Ibid. p. 8.

O texto em língua estrangeira é: “pre-established, based on objective and transparent criteria and relevant to the supply of the services to which they apply”.

²⁴⁹ Loc.cit.

²⁵⁰ Ibid. p. 13.

²⁵¹ Loc.cit.

comercial. No entanto, não se deve esquecer, como ensina Krajewski²⁵², que um dos princípios mais importantes que se depreende da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, analisada no item 1.4.2 do Capítulo 1, é o *in dubio mitius* aplicado à soberania dos Estados. Assim, termos ambíguos em tratados devem ser interpretados, preferencialmente, de modo menos oneroso para a parte que assume a obrigação, da forma que menos intervenha na supremacia territorial ou pessoal da parte envolvida ou da forma que imponha menores restrições às partes.

Se as expressões *right to regulate* e *national policy objectives* por si só não deixam claro o que se objetivou à época das negociações, é preciso muito cuidado na interpretação das mesmas de modo a não esvaziar o direito negociado durante a Rodada Uruguai. De fato, se por um lado, não há como liberalizar progressivamente o comércio em serviços se os Membros se esconderem por de trás da proteção do direito de regular, por outro lado, trata-se de direito assegurado pelo GATS do qual não vemos razão para os Membros serem forçados a abrirem mão.

Como se percebe, a definição de futuras disciplinas sobre regulamentação doméstica não será tarefa fácil. Para melhor compreender o que se pretende alcançar com a criação de disciplinas sobre regulamentação doméstica, é preciso verificar o que deve se entender por normas técnicas, procedimentos e requerimentos para licenciamento e para qualificação mencionados no artigo VI (4) do GATS.

Disciplinar normas técnicas demandaria métodos para avaliação de conformidade de determinado serviço, sem que critérios de subjetividade sejam aplicados. As normas devem ser aplicadas tanto a nível doméstico quanto internacional, devendo haver órgão de normatização com legitimidade internacional para cada um dos setores de serviço. Como se nota, tampouco é tarefa simples acordar quanto a normas técnicas uniformes entre os diversos Membros da OMC, e não espanta o fato de até agora tais Membros nada terem acordado a respeito. Embora as regras técnicas sejam necessárias à normatização do serviço, podem parecer barreiras técnicas aos olhos do prestador de serviços estrangeiro. De fato, como exemplifica Celli Junior, no Brasil,

a Agência Nacional de Telecomunicações [Anatel] adota normas técnicas que de modo geral, seguem os padrões estabelecidos pela União Internacional das Telecomunicações [UIT]. Mas, há exigências, tais como área de abrangência do serviço, frequências alocadas, empresas que podem ou não ser autorizadas, que refletem as necessidades do Brasil no setor e que, com muita frequência são tidas por operadores de serviços estrangeiros como barreiras técnicas.²⁵³

²⁵² KRAJEWSKI, Markus. **Public services and trade liberalization**: mapping the legal framework *apud* PEREIRA, Ana Cristina. Op. cit. p. 7.

²⁵³ CELLI JUNIOR, Umberto. Op.cit. p. 172.

Os procedimentos e requerimentos para licenciamento são igualmente complexos. Fazem-se necessárias regras sobre a relevância dos requerimentos para licenciamento das atividades em que se impõe obtenção de licença para a exploração econômica da atividade, regras sobre procedimentos e documentação correlata para a obtenção da licença e regras referentes a prazo e taxas aplicáveis à exploração do referido serviço, ou, ainda, regras referentes a requerimentos de residência mínima ou até mesmo de nacionalidade. No caso dos serviços de telecomunicação no Brasil, como afirma Celli Junior²⁵⁴, as resoluções e regulamentos da Anatel requerem, além de comprovação de aptidão técnica, que o interessado, pessoa jurídica, demonstre possuir condição e capacidade financeira para que o serviço não sofra solução de continuidade em prejuízo do usuário.

Os procedimentos e requerimentos para qualificação não diferem muito daqueles para licenciamento, com o agravante de que muitas vezes necessitam de regras acerca da especificação, avaliação e verificação da qualificação da pessoa física ou jurídica que almeja prestar o serviço, inclusive qualificação educacional e competência profissional, se for o caso, ou de regras para adoção de acordos de reconhecimento mútuos de diplomas e certificados.

Assim, apesar da imprecisão da redação do artigo VI (4) do GATS, em particular do que pode ser interpretado como requerimentos de licenciamento e qualificação, bem como padrões técnicos, eles não podem ser interpretados isoladamente, mas de acordo com o espírito do GATS – conforme se depreende de seu preâmbulo e do histórico negocial. Dessa forma, pode-se dizer que o dispositivo não impede a possibilidade de os Membros alcançarem objetivos nacionais de política pública, de acordo com as assimetrias existentes entre o grau de desenvolvimento regulatório dos diferentes Membros.

De qualquer forma, as disciplinas referentes a procedimentos e requerimentos para licenciamento, quando desenvolvidas, terão de considerar, por exemplo, que em ambiente de convergência tecnológica, a exigência de uma licença por tipo de serviço, como ocorre ainda no Brasil, padece de lógica. Na UE, por exemplo, vigora a licença única²⁵⁵ para a prestação de serviços de telecomunicação, já no Japão, nem mesmo licenças são necessárias para certos

²⁵⁴ Loc.cit.

²⁵⁵ Comentaremos acerca da licença única na UE, em maiores detalhes, no item 5.1.1.2 do Capítulo 5.

serviços, bastando apenas que haja notificação acerca do serviço prestado²⁵⁶. Todas essas diferenças regulatórias têm de ser respeitadas e abarcadas na regulamentação dessas disciplinas.

Ademais, em todas as disciplinas definidas pelos negociadores espera-se transparência regulatória. O próprio Parágrafo Segundo do artigo VI do GATS dispõe nesse sentido, além de sua importância ser reconhecida no Preâmbulo do acordo e em 2 (dois) de seus artigos (III e IV). Por isso, alguns Membros, como o Brasil, alegam que não há mais necessidade de disciplinas sobre o assunto.²⁵⁷ Muitos PDs, porém, alegam o excesso de barreiras ao comércio em face da ausência de disciplinas que estabeleçam critérios para maior transparência e objetividade das normas e regulamentos.²⁵⁸

Transparência é o nome que se dá, em linguagem corrente, à publicidade. Assim, a transparência exigida traduz-se na existência de mecanismos para responder a questionamentos de outros Membros, publicação de normas e transparência em geral no que se pretende fazer. A transparência, no sentido da publicidade, dá-se por meio da publicação oficial, por exemplo, no caso do Brasil, no Diário Oficial da União [DOU]. Esse sistema baseia-se no entendimento de que a adoção e a implantação de regulações nacionais transparentes facilitam o comércio internacional, pois possibilitam maior previsibilidade nas condições de acesso a mercados.²⁵⁹

Desde já, percebe-se que é uma regra complexa, pois não é simples o controle por parte de Membros estrangeiros no sentido de verificar se todas as regras que possam ter impacto para fins de regulamentação doméstica e que possam afetar interesses de liberalização comercial, seja no setor de comunicação, seja em outros setores, foram efetivamente publicadas no DOU. Isso sem mencionar a necessidade de se contar com equipe especializada e suficiente, em termos numéricos, para o controle de todas as normas publicadas em todos os setores da Lista de Classificação em cada um dos Membros da OMC. Sem dúvida, uma tarefa hercúlia, que parece de difícil realização até mesmo para os PDs, quem dirá para os Membros menos ricos.

Outro aspecto da transparência que importa para fins de regulamentação doméstica e controle das possíveis futuras barreiras não-tarifárias ao comércio em serviço é a exigência de fundamentação na tomada de decisões pela Administração Pública. A fundamentação seria,

²⁵⁶ NARAYAN, Ashish; et.al. Licensing approaches in a era of convergence. In: **Trends in Telecommunication Reform 2004/2005**. International Telecommunication Union. Chapter 5, p. 85.

²⁵⁷ CELLI JUNIOR, Umberto. Op. cit. p. 181.

²⁵⁸ Loc. cit.

²⁵⁹ Ibid. p.180.

assim, uma ferramenta utilizada para se analisar se determinada medida extrapolou os limites do direito de regular, transformando-se em barreira ao comércio em serviços. Essa fundamentação poderia ser utilizada, por exemplo, como parâmetro para os famosos testes de necessidade existentes na jurisprudência do OSC da OMC, sobre os quais discorreremos mais adiante no item 4.4 do Capítulo 4.

A importância que se dá à regulamentação doméstica, e em particular ao artigo VI (4) do GATS, é tão grande que no *cluster*²⁶⁰ do Conselho de Comércio em Serviços, realizado em 14 de julho de 2006, se discutiu a criação de futuro anexo sobre regulamentação doméstica.

A proposta apresentada na ocasião do referido *cluster* foi no sentido de se elaborar um anexo ao artigo VI(4) do GATS com o objetivo exclusivo de discipliná-lo melhor delimitar o funcionamento, as flexibilidades e a futura interpretação dos dispositivos do GATS.²⁶¹

Vale lembrar que o mandato negociador do referido artigo já foi utilizado para desenvolver disciplinas sobre regulamentação doméstica para o setor de contabilidade, por meio do documento S/L/64, de 17 de dezembro de 1998.²⁶²

No setor contábil, requisitos de nacionalidade, por exemplo, não podem mais ser utilizados como medidas de não conformidade seja para acesso a mercados (artigo XVI), seja para tratamento nacional (artigo XVII).²⁶³ Esse conjunto de regras do setor de contabilidade também é relevante no sentido em que criou um sistema embrionário de “teste de necessidade” para o setor, pelo qual tenta se estabelecer um balanceamento entre a prerrogativa de cada Membro de regular determinada matéria em seu próprio território e o interesse multilateral na progressiva liberalização do comércio em serviços.

Enfatize-se que no que respeita ao setor de contabilidade, as disciplinas aplicam-se apenas aos Membros que assumiram compromissos no setor.²⁶⁴ Mas, como observa Celli Junior, as propostas dos Membros

²⁶⁰ Os *clusters* são reuniões fechadas de trabalho em que todos os Membros da OMC são convocados a participar. Geralmente, são realizadas duas vezes ao ano, e há *clusters* para todos os principais temas tratados na OMC: agricultura, acesso a mercados não agrícolas [da sigla em inglês, NAMA], propriedade intelectual [da sigla em inglês, TRIPS], serviços, entre outros.

²⁶¹ A citada informação não está oficialmente disponível no site da OMC, e teve por base fonte diplomática [informação verbal].

²⁶² WTO S/L/64, adotado pelo Conselho para Comércio em Serviços, de 14 de dezembro de 1998. Disponível em: <http://docsonline.wto.org/GEN_viewerwindow.asp?http://docsonline.wto.org:80/DDFDocuments/t/S/L/64.DOC>. Acesso em 30 de junho de 2009.

²⁶³ ADLUNG, Rudolf; MATTOO, Aaditya. (eds). **The GATS**. In: A handbook of international trade in services. Oxford University Press, 2008, p. 67.

²⁶⁴ CELLI JUNIOR, Umberto. **Condições para as negociações do acordo sobre o comércio de serviços (GATS) na Organização Mundial do Comércio (OMC)**. In: Revista de Direito de Informática e Telecomunicações – RDIT, v. 1, n. 1, julho/dezembro 2006, p. 179.

se desviaram do objetivo original de estabelecer disciplinas voltadas exclusivamente para serviços profissionais para criar disciplinas que cubram todos os setores de serviços. Pode-se afirmar que seu propósito foi o de claramente delimitar o espaço dos membros (*policy space*) para regular o setor de serviços a partir do momento em que assumirem novos compromissos no âmbito do GATS. **Trata-se, portanto, de formulações que vão muito além dos objetivos do artigo VI do GATS à medida que invadem o domínio interno dos membros, reduzindo seu espaço para adotar políticas públicas ou de desenvolvimento, ou seja, o de regular o setor de serviços em consonância com paradigmas legítimos de políticas nacionais de desenvolvimento.**²⁶⁵ (grifo nosso)

Assim, se for seguido o exemplo do setor contábil, serão desenvolvidas disciplinas aplicáveis a todos os setores, que buscam determinar os seguintes escopos: transparência de princípios e processos regulatórios, equivalência no reconhecimento de diplomas e qualificações obtidas no exterior, padrões internacionais que se tornariam *benchmarks* e comprovação de objetivos legítimos para a não assunção de determinados compromissos.

O efeito adverso da adoção de futuras disciplinas em regulamentação doméstica, segundo Scott Sinclair, consiste no fato de que os governos seriam obrigados a demonstrar que regulamentações não-discriminatórias seriam necessárias para se alcançar objetivos legítimos e que nenhuma outra alternativa menos restritiva ao comércio em serviço estaria disponível.²⁶⁶

Nesse sentido, é preciso estar atento quando das negociações para a adoção de tais disciplinas, do contrário, poder-se-ia por em risco a preservação do *policy space* dos Membros. De toda forma, a inclusão do Parágrafo Quinto do Anexo C da Declaração Ministerial de Hong Kong, em 2005, já enfraquece a flexibilidade de liberalização comercial na medida em que obriga futuras negociações e liberalizações, eis que estabelece que:

Members shall develop disciplines on domestic regulation pursuant to the mandate under Article VI:4 of the GATS **before the end of the current round of negotiations**. We call upon Members to develop text for adoption. In so doing, **Members shall consider proposals and the illustrative list of possible elements for Article VI:4 disciplines**. (grifo nosso)

A tentativa de ampliar o campo de aplicação do artigo VI(4) do GATS pode ser compreendida em outra proposta no âmbito do WPDG. Em meados de 2005, os PDs, em sua maioria, invocaram a necessidade de criação de *benchmarks* para assunção de novos

²⁶⁵ Loc.cit.

²⁶⁶ HONECK, Dale. **Developing regulatory disciplines in Professional services**: the role of the World Trade Organization. Globalization of services. Some implications for theory and practice. In: AHORONI, Yair; NACHUM, Lilach (ed), Routledge, London, 2000, p. 54. *apud* PEREIRA, Ana Cristina. Op. cit. p. 27.

O trecho correspondente na tradução é: “Os Membros devem desenvolver disciplinas sobre regulamentação doméstica relativas ao mandato do artigo VI:4 do GATS antes do fim da presente rodada de negociações. Convocamos os Membros a desenvolver texto a ser adotado. Para tanto, os Membros devem considerar propostas e lista ilustrativa de possíveis elementos para as disciplinas do artigo VI:4”.

compromissos²⁶⁷. Por meio desses *benchmarks*, seriam impostas metas numéricas mínimas de liberalização a que cada Membro deveria chegar, com o objetivo de criar novas oportunidades de abertura de mercados. Os proponentes esperavam, assim, evitar que os Membros apenas consolidassem seus *status quo*, como atualmente ocorre, e viabilizar o desenvolvimento de regulamentação doméstica, criando marco para restringir o poder dos Membros de regular suas políticas públicas e sociais.

Tal proposta não foi aceita e, por isso, não consta do Anexo C. No entanto, com a assinatura da Declaração de Hong Kong reiterou-se a possibilidade de negociações plurilaterais, que já estavam previstas no artigo XIX(4) do GATS. Com efeito, no Parágrafo Sétimo do Anexo C consta que:

In addition to bilateral negotiations, we agree that the request-offer negotiations should also be pursued on a plurilateral basis in accordance with the principles of the GATS and the Guidelines and Procedures for the Negotiations on Trade in Services. The results of such negotiations shall be extended on an MFN basis. These negotiations would be organized in the following manner:

(a) Any Member or group of Members may present requests or collective requests to other Members in any specific sector or mode of supply, identifying their objectives for the negotiations in that sector or mode of supply;

(b) **Members to whom such requests have been made shall consider such requests in accordance with paragraphs 2 and 4 of Article XIX of the GATS** and paragraph 11 of the Guidelines and Procedures for the Negotiations on Trade in Services;

(c) Plurilateral negotiations should be organised with a view to facilitating the participation of all Members, taking into account the limited capacity of developing countries and smaller delegations to participate in such negotiations.²⁶⁸ (grifo nosso)

O risco embutido no fato de os Membros realizarem pedidos plurilaterais está na possibilidade de se aumentar o desequilíbrio de poder entre os Membros, pois podem envolver vários PDs nas negociações contra 1 (um) ou poucos PEDs. De fato, embora o número de participantes nos pedidos plurilaterais varie de acordo com o setor, estas negociações normalmente envolvem entre 20 (vinte) e 40 (quarenta) Membros da OMC, sobretudo PDs e

²⁶⁷ Por ser documento interno de trabalho (texto restrito) dos Membros, a proposta não está disponível no site da OMC (informação verbal). Scott Sinclair é pesquisador junto ao *Canadian Center for Policy Alternatives* e dirige o Centro sobre Trade and Investment Research Project. Para maiores informações, consultar <http://www.policyalternatives.ca/authors/scott-sinclair?page=3>. Acesso em 30 de junho de 2009.

²⁶⁸ O trecho correspondente na tradução é: “Em adição às negociações bilaterais, concordamos que as negociações do tipo solicitação-oferta devem também ser realizadas em bases plurilaterais de acordo com os princípios do GATS e as Orientações e Procedimentos para as Negociações do Comércio em Serviços. Os resultados dessas negociações devem ser estendidas em bases de NMF. As negociações devem ser organizadas da seguinte forma:

(a) Qualquer Membro ou grupo de Membros pode fazer solicitações para outros Membros em qualquer setor ou modo de prestação específico;

(b) Os Membros que receberam tais solicitações devem considerá-las de acordo com os parágrafos 2 e 4 do Artigo XIX do GATS e o parágrafo 11 das Orientações e Procedimentos para as Negociações do Comércio em Serviços;

(c) Negociações plurilaterais devem ser organizadas com o objetivo de facilitar a participação de todos os Membros, levando em consideração a capacidade limitada dos países em desenvolvimento e as pequenas delegações de participarem de tais negociações”.

PEDs mais avançados.²⁶⁹ De toda forma, as negociações plurilaterais já estão previstas no artigo XIX(4) do GATS, e não podem ser consideradas uma inovação da Declaração Ministerial de Hong Kong.

Assim, apesar de todas as tentativas de regulamentar o artigo VI(4) do GATS, que garante aos Membros da OMC o direito de regular suas atividades, ainda não houve consenso no tocante às disciplinas que deveriam ser estabelecidas. A percepção mais concreta, em realidade, é no sentido de que as negociações em serviços, e mais especificamente em regulamentação doméstica, somente serão arrefecidas com a decisão de outros temas relevantes da agenda Doha.

Independentemente do momento em que sejam efetivamente retomadas as negociações, é preciso ter em mente que prioridades e necessidades dos PEDs são distintas dos interesses dos PDs. Não se pode permitir, assim, o que Guido Soares alcunhou como “invasividade no campo normativo e decisório das autoridades nacionais e dos ordenamentos jurídicos internos, pelas políticas e normas votadas num foro internacional e externo aos Estados”.²⁷⁰ Para tanto, é preciso que os PEDs conheçam suas necessidades de políticas públicas e reconheçam durante as negociações as propostas que lhes podem afetar a capacidade decisória e, em última análise, a capacidade de implementação de medidas que fomentem o desenvolvimento social, econômico e cultural de suas sociedades. Com efeito, a Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento [UNCTAD], realizada em São Paulo, em 2004, também já reconheceu que o espaço regulatório para políticas nacionais é crucial para o desenvolvimento e a redução da pobreza em todo o mundo.²⁷¹

Mais recentemente, em março de 2010, o próprio WPDR em relatório, reconheceu que o direito de regular deve ser salvaguardado. Nesse sentido, esclareceu que

²⁶⁹ Khor, Martin. **Plurilateral services requests made at WTO in 14 or more sectors**, Third World Network (TWN), Geneva, 28 Feb 2006. Disponível em: < <http://www.twinside.org.sg/title2/twninfo365.ht> >. Acesso em 03 de julho de 2010. Segundo a reportagem, em 28 de fevereiro de 2006, houve 14 (quatorze) pedidos plurilaterais na OMC, tendo sido realizadas pelas “interested parties” ou “Friends” de determinado setor. Não foram realizados pedidos plurilaterais aos LDCs e à grande maioria de PEDs.

²⁷⁰ SOARES, Guido. **Curso de direito internacional público**. Curso de Direito Internacional Público. São Paulo: Atlas, 2002, v. 1. *apud* CELLI JUNIOR, Umberto. Condições para as negociações do acordo sobre o comércio de serviços (GATS) na Organização Mundial do Comércio (OMC). Condições para as negociações do acordo sobre o comércio de serviços (GATS) na Organização Mundial do Comércio (OMC). In: Revista de Direito de Informática e Telecomunicações – RDIT, Belo Horizonte, v. 1, jul/dez. 2006, p. 180.

²⁷¹ BORRERO, Elbey; RAL, Gale. Op.cit. p. 1.

nothing in these disciplines [a serem criadas] **prevents Members from exercising the right to introduce or maintain regulations in order to ensure provision of universal service**, in a manner consistent with their obligations and commitments under the GATS.²⁷² (grifo nosso)

Apesar dos entendimentos acerca da manutenção da flexibilidade do GATS no que se refere à regulamentação doméstica, a jurisprudência da OMC tem se manifestado em sentido contrário, como se analisará no item 4.4 do Capítulo 4.

Note-se, por fim, que dada a convergência tecnológica de que tratamos no item 2.3 do Capítulo 2, por haver interseção entre os serviços de telecomunicação e audiovisual, outra questão a considerar quando da definição das futuras disciplinas do artigo VI (4) do GATS são os aspectos culturais e de identificação nacional de uma determinada sociedade que se pretende preservar. Tais aspectos, em particular, serão abordados no item 3.2.1 deste Capítulo.

3.1.2 Conceito da regulamentação doméstica no setor de comunicação à luz do direito brasileiro e do direito comparado

O Decreto Presidencial nº 1355, de 1994, ao incorporar a Ata Final dos Resultados da Rodada Uruguaí de Negociações Multilaterais à ordem jurídica brasileira, referiu-se ao termo *right of Members to regulate* que consta do Quarto Parágrafo do Preâmbulo do GATS como “direito dos membros de regulamentar”, e ao termo *domestic regulation*, título do artigo VI do GATS, como “legislação nacional”.

Primeiramente, note-se que a tradução dada pelo legislador brasileiro ao termo *domestic regulation* não foi feliz²⁷³, pois o termo “legislação nacional” é muito mais amplo e vago do que o seu equivalente em inglês²⁷⁴. A tradução nas outras 2 (duas) línguas latinas oficiais da OMC,

²⁷² **Status Report on the GATS Working Party on Domestic Regulation**, 10 March 2010. Disponível em: <<http://www.iatp.org/trdeobservatory/library.efm?categoryID=428>>. Acesso em 20 de agosto de 2010.

O trecho correspondente na tradução é: “nada nessas disciplinas impede os Membros de exercerem o direito de introduzir e manter regulamentações com o fim de garantir a prestação de serviço universal, de modo consistente com suas obrigações e compromissos no GATS”.

²⁷³ Cfr. informações verbais de negociadores brasileiros na OMC, não houve tempo hábil para que fosse elaborada uma boa tradução da Ata Final. De fato, o Decreto presidencial nº 1355/94 é datado de 30 de dezembro, tendo a OMC iniciado suas atividades em 01 de janeiro de 1995.

²⁷⁴ No contexto acerca da discussão sobre a melhor tradução para termos de tratados e acordos internacionais e/ou das diferentes acepções de cada termo em cada idioma e suas influências na interpretação desses tratados e acordos, consultar CARVALHO, Evandro de Menezes. Loc.cit

quais sejam, espanhol e francês, é respectivamente *reglamentacion nacional* e *réglementation intérieure*.

De toda forma, a tradução alternativa escolhida pelo legislador brasileiro para o termo *domestic regulation*, qual seja “legislação nacional”, pode possuir uma explicação: a certa confusão entre os termos “regulamentação” e “regulação”. Para tentar entender a opção da tradução para o português, vejamos o que a doutrina especializada traz a respeito desses 2 (dois) conceitos.

Como ensinam os mestres portugueses Vital Moreira e Fernanda Maçãs:

a regulamentação, ou seja, o estabelecimento de regras de conduta para os regulados, é, somente, umas das vertentes da regulação, *latu sensu*, que também abrange a implementação das regras, a sua supervisão e o sancionamento das infracções às mesmas.²⁷⁵ (grifo nosso)

Para Floriano de Azevedo Marques Neto, a atividade de “regulação” estatal envolve funções muito mais amplas que a função de regulamentar, incluindo atividades coercitivas, adjudicatórias, de coordenação e organização, funções de fiscalização, sancionatórias, de conciliação, etc.²⁷⁶

De fato, o próprio Vital Moreira detalha a abrangência do conceito “regulação”. Segundo ele, há 3 (três) conceitos:

i) em sentido amplo, é toda forma de intervenção do Estado na economia, independentemente dos seus instrumentos e fins; ii) num sentido menos abrangente, é a intervenção estadual na economia por outras formas que não a participação directa na actividade económica, equivalendo portanto ao condicionamento, coordenação e disciplina da actividade económica privada; iii) num sentido restrito, é somente o condicionamento normativo da actividade económica privada (por via de lei ou outro instrumento normativo).²⁷⁷

A segunda acepção apresentada por Vital Moreira implica “o estabelecimento e a implementação de regras para a actividade económica destinadas a garantir seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objetivos públicos”.²⁷⁸ Essa acepção, com efeito, parece refletir com mais exatidão a abrangência que se pretendeu dar ao termo *domestic regulation* pelos negociadores do GATS.

²⁷⁵ MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda. **Autoridades Reguladoras Independentes**, p.16 *apud* MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências Reguladoras Independentes - Fundamentos e seu Regime Jurídico*. Belo Horizonte: Fórum. 2005, p.38.

²⁷⁶ MARQUES NETO, Op. cit. p.37-38.

²⁷⁷ MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e Administração Pública**, Coimbra: Almedina, 1997, p. 37 *apud* BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luis. Limites da regulação: esboço para uma crítica metodológica do ‘novo direito público da economia’. In: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 7, p. 137-147, jan/mar 2009.

²⁷⁸ Loc. cit.

O mestre português ensina, ainda, que historicamente “a teoria da *regulation* valoriza sobretudo o ambiente institucional, as estruturas sociais, a evolução histórica de longo prazo, as diferenças nacionais, sectoriais e regionais, as crises, os ciclos longos da evolução económica.”²⁷⁹

Pode-se definir “regulação” como qualquer ação do governo no sentido de limitar a liberdade de escolha dos agentes económicos, podendo se referir à fixação de preços, a limites quantitativos (i.e. limites de produção ou de número de empresas que atuam em determinado setor), a limites qualitativos (presença de determinadas características nos serviços prestados), entre outros.²⁸⁰

Segundo Juruena, a “regulação” deve ser considerada sob 3 (três) aspectos, a saber: a regulação de monopólios, em relação aos quais devem ser minimizadas as forças de mercado através do controle sobre preços e a qualidade do serviço; a regulação para a competição, para viabilizar a sua existência e a continuidade; e a regulação social, assegurando a prestação de serviços públicos de caráter universal e a proteção ambiental.²⁸¹

Ainda, a teoria regulatória francesa predominantemente define *regulation* como o conjunto de mecanismos que trabalham juntos para a reprodução social, com foco nas estruturas económicas e nas formas sociais, bem como no crescimento e na crise económica em sua perspectiva histórica e espacial.²⁸²

Os sistemas jurídicos de França e Espanha são vinculados ao *civil law* e não ao *common law* onde a expressão *regulation* é indistintamente usada nas acepções que damos aos termos “regulação” e “regulamentação”. Como ensina Marques Neto,

o termo *regulation* dos americanos abrange ampla gama de atividades de intervenção no domínio económico, e não apenas a atividade normativa (de regulamentação), pois embora os órgãos reguladores americanos tenham como uma de suas principais funções regulamentar a indústria regulada, a sua atividade (de regulação do setor) é muito mais ampla.²⁸³

Nesse sentido, ousamos dizer que, se por um lado a tradução para o português (“legislação nacional”) não é a mais adequada, mas se justificaria dada certa falta de clareza entre os termos “regulação” e “regulamentação”, e não simplesmente por um erro de tradução, as versões

²⁷⁹ Ibid. p. 121 *apud* MENEZELLO, Maria d’ Assunção Costa. **Agências Reguladoras e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 103.

²⁸⁰ PINTO JUNIOR, Helder; FIANI, Ronaldo. **Regulação Económica** *apud* KUPFER, David; HANSENCLEVER, Lia (Org.). *Economia Industrial: Fundamentos Teóricos e Práticas no Brasil*. Editora Campos, cap.22, p.515.

²⁸¹ SOUTO, Marcos Juruena. **Desestatização**: privatização, concessões e terceirizações. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997, p.250. In: Op. cit. p.104.

²⁸² KRAJEWESKJ, Markus. Op. cit. p. 1.

²⁸³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Op. cit. p. 39.

espanhola e francesa para o termo *domestic regulation* tampouco parecem tampouco ser as mais adequadas.

O uso das expressões *reglamentacion nacional* e *réglementation intérieure*, respectivamente, pode ter se dado a partir da tradução do termo *domestic regulation*, sem ter considerado a real acepção dos termos nas culturas jurídicas espanhola e francesa. Lembre-se que, conforme observa Lacart-Muró, “apesar dos textos em francês e espanhol terem a mesma validade do texto em inglês, recorde-se que a negociações dos textos se deu em inglês”²⁸⁴ (nossa tradução). Mencione-se, ainda, como ensina Carvalho, que

it can be inferred that the translation should take the cultural content as its object and, as a consequence, should not be limited to the comparison of expressions (...) It is the culture, rather than the linguistic signs alone, that should be translated. There should be the transport of a *cultural content*, a view of the world which might clash with, adequate itself to, identify itself with or influence the language/culture of arrival.²⁸⁵

E, também, que

there is a close interaction between the view of the world and the system of significant which names the semantic units of a given community. Thus a certain sign, pertaining to language A, might not only not have an equivalent in another language, but also might imply, once translated, a reorganization in the semantic experience of B's legal culture²⁸⁶.

De toda forma, vistos os conceitos dos termos “regulamentação” e “regulação” na doutrina brasileira e estrangeira, entendemos que a leitura do artigo VI (4) GATS deveria ser realizada sob a ótica de controle de política pública, pois esse parece ser o objetivo primordial do “right to regulate” conferido aos Membros da OMC no Preâmbulo do GATS, implicando na tradução em português do termo *domestic regulation* para regulação doméstica e não regulamentação doméstica. No entanto, no propósito de estar coadunado com os negociadores brasileiros na OMC, os especialistas nacionais e a terminologia utilizada nos países da *civil law*, optamos por utilizar a expressão “regulamentação” quando nos referimos ao artigo VI(4) do

²⁸⁴ CARVALHO, Evandro de Menezes. Op. cit. p. 12.

O texto em língua estrangeira é: “although the texts in French and Spanish exist and have the same validity as the English text, it should be remembered that the negotiation of the texts was conducted in English”.

²⁸⁵ Ibid. p. 6.

O trecho correspondente na tradução é: “pode-se inferir que a tradução deva levar em consideração o conteúdo cultural, e consequentemente não deve se limitar à comparação de expressões (...). É a cultura, mais do que os sinais linguísticos por si só, que deve ser traduzida. Deve haver o transporte do conteúdo, a visão do mundo com a qual se pode confrontar, adequar, identificar ou influenciar o idioma/cultura a ser traduzida”.

²⁸⁶ Ibid. p.3

O trecho correspondente na tradução é: “há uma correlação próxima entre a visão do mundo e o sistema de significados que dá nome às unidades semânticas de cada comunidade. Logo, certo sinal, pertencente à língua A, pode não somente não ter significado equivalente em outro idioma, como também pode implicar, uma vez traduzido, em reorganização da experiência semântica da cultura jurídica da língua B.

GATS – tal como realizado no item anterior – e “regulação”, quando dermos conotação mais abrangente – de política pública - ao termo, tal como no item seguinte deste capítulo e no Capítulo 5.

Assim, por entendemos mais natural utilizar a expressão “regulamentação doméstica” é a ela que vimos nos referindo ao longo deste trabalho. De fato, como ensina Celli Junior, no contexto do GATS:

o termo ‘regulamentação doméstica’ é normalmente utilizado somente com relação ao artigo VI, **representando normas de conteúdo eminentemente técnico**, e não se confundindo com o conceito de ‘regulação nacional’, ao qual se confere conotação muito mais ampla e abrangente.²⁸⁷ (grifo nosso)

De qualquer forma, independentemente do termo utilizado em uma ou outra jurisdição, o que importa é a essência do conceito. Portanto, é válida a preocupação com o tema, pois, como dito, o limite entre a regulamentação doméstica e o protecionismo pode ser muito tênue.

3.1.3 Objetivos da regulamentação doméstica no Brasil e no direito comparado

A tênue fronteira entre a regulamentação econômica e social fica ainda menos clara quando se analisam os parâmetros e objetivos da regulamentação doméstica nos PEDs e nos PDs. Para visualizar esta diferença e os distintos escopos do direito regulatório, conforme a jurisdição examinada, analisaremos brevemente os casos europeu, norte-americano e brasileiro em um dos setores mais sensíveis nas negociações em serviços, qual seja, o de telecomunicação.

Enquanto o direito das telecomunicações europeu surgiu como um direito da concorrência destinado a eliminar barreiras nacionais à construção de um mercado comum a diversos Estados Soberanos, o direito brasileiro das telecomunicações foi institucionalizado como um “regime especial” da concorrência baseado numa regulação econômico-social de direito administrativo, devido a suas dimensões continentais, que dividiu o país em áreas de atuação distintas.²⁸⁸

²⁸⁷ CELLI JUNIOR, Umberto. **Comércio de Serviços na OMC – Liberalização ...** Op. cit. p. 162.

²⁸⁸ Para maiores esclarecimentos sobre o enfoque concorrencial do direito brasileiro das telecomunicações, consultar XAVIER, Helena. **O regime especial da concorrência no direito das telecomunicações**. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2003, cap. I, passim.

Em outras palavras, enquanto o livre comércio foi a condição e essência do objetivo de integração econômica europeia para formar um bloco único competitivo na escala internacional, a concessão de serviço público e a imposição de obrigações de universalização no Brasil visou criar condições de homogeneização das potencialidades de regiões com diferentes estruturas e estágios de desenvolvimento sócio-econômico. A legislação brasileira do setor, portanto, visa impedir a lógica empresarial econômica do investimento apenas em regiões onde a possibilidade de retorno financeiro é mais rápido e certo. O fato é que em determinados tipos de serviço, a liberalização da prestação de serviços sem nenhuma “contrapartida” social acaba por criar uma grande massa de excluídos, já que por uma lógica puramente econômica, não se investiria em serviços não rentáveis.

Por conseguinte, a regulamentação doméstica brasileira, no setor de telecomunicação, visa dar, assim, efetividade ao direito de acesso do usuário aos serviços, com continuidade, em condições de igualdade e de qualidade, ao menor custo e garantida a modernização do serviço. Para alcançar tais objetivos é estabelecida uma tutela e um controle regulatório que delimita mercados (geográficos e de serviço), níveis de atendimento e tarifas, por exemplo.

A própria Constituição Federal (arts. 170 e 174) postula uma regulação econômico-social das atividades econômicas; por isso, qualquer compromisso de regulamentação doméstica, seja sob a forma de anexo, seja na Lista Nacional brasileira, que não leve em conta a necessidade da regulação social iria de encontro aos fundamentos constitucionais brasileiros.

Isso não quer dizer, contudo, que inexistia estímulo à concorrência na regulamentação brasileira de telecomunicação; somente que a ênfase foi colocada na indissociabilidade entre regulamentação econômico-social e continuidade do serviço público, da qual a observância da competição é, naturalmente, um pilar, mas não um fim em si mesmo.²⁸⁹

Já na UE, por exemplo, a regulação tem um viés concorrencial mais acentuado. Ainda no que se refere ao setor de telecomunicação, tem-se que a privatização das operadoras na UE não foi elemento essencial para alcançar a liberalização do mercado interno europeu, para cuja consolidação bastou uma regulação meramente concorrencial, destinada a prevenir que a presença do Estado como agente de mercado pudesse falsear a concorrência.

²⁸⁹ Loc. cit.

O contexto norte-americano não é muito diferente do que ocorreu na UE. O fim do monopólio no setor de telecomunicação não se deu por razões de universalização do serviço, mas sim de competição. De fato, a primeira grande mudança no mercado de telecomunicações norte-americano ocorreu em 1984, quando a AT&T, por decisão da Federal Communications Commission [FCC], teve sua estrutura societária dividida. Da cisão da AT&T surgiram sete operadoras locais [Regional Bell Operating Companies – RBOCs] e uma prestadora de serviços de longa distância (o que restou da AT&T), sendo que as RBOCs foram proibidas de prestar serviços fora de suas áreas de prestação, salvo com expressa autorização.²⁹⁰

O dilema é que, se por um lado a regulamentação doméstica em PEDs tem, ou deveria ter, escopo social, i.e, a necessidade de universalização dos serviços, tal “escopo” acaba por ser entendido pelos PDs como protecionismo ou barreiras ao livre comércio à entrada de novos concorrentes. Assim, o grande problema no comércio em serviços surge dos diferentes propósitos da regulamentação doméstica nos PDs, de um lado, e nos PEDs, de outro, e às vezes em Estados pertencentes à mesma categoria de desenvolvimento, tendo em vista a existência de uma real gradação entre os níveis de desenvolvimento dos Membros da OMC, ainda que agrupados dentro de uma mesma categoria de desenvolvimento. Desse modo, tem-se que o já tênue limite entre os objetivos de liberalização e protecionismo comercial, resta ainda menos claro quando se analisam os diferentes parâmetros e objetivos de regulamentação doméstica entre PDs e PEDs, e muitas vezes entre Membros de uma mesma categoria de desenvolvimento.

No setor audiovisual, o cenário é ainda mais complexo, já que a polarização do jogo de interesses é outra. Os interesses não são claramente definíveis, não podendo ser feita clara distinção entre interesses de PDs e PEDs. Nesse setor, alguns PDs e muitos PEDs têm interesses que se assemelham, sobretudo no que respeita aos aspectos sócio-culturais intrínsecos ao setor, opondo-se, em última análise, aos interesses norte-americanos que fundamentalmente visam à liberalização comercial pura e simples, sem considerar quaisquer outros aspectos. Por isso, quando o objetivo é disciplinar regras para o conteúdo audiovisual, o discurso recorrente é o da dualidade de interesses: econômicos e/ou sócio-culturais, como veremos a seguir.

²⁹⁰ KRATTENMAKER, Thomas. **Telecommunications Law and Policy**. Carolina Academic Press, 1998, 2nd edition, p.375.

3.2 Regulação de conteúdo no audiovisual

Vale ressaltar, primeiramente, que o GATS não faz menção especificamente a conteúdo audiovisual, mas tão-somente a serviços audiovisuais. Nesse sentido, não há definição do que seja conteúdo audiovisual no âmbito do GATS.

Para fins deste item, consideraremos como conteúdo audiovisual qualquer produto resultado da transmissão de imagens, com ou sem som - podendo abranger telenovelas, quaisquer outros programas de TV, vídeo games, fotografias, serviços de localização de informações, dentre outros -, e que se destina a informar e a expressar formas de pensamento.

Maior atenção deve se dar à constatação de que diante do novo cenário tecnológico não é fácil – quiçá impossível - controlar as preferências do usuário e a forma pela qual este acessa aos conteúdos. Com efeito, a evolução tecnológica faz que a distribuição de conteúdo seja dinâmica, possibilitando aos usuários interagirem entre eles, com os grupos de mídia, as operadoras de telecomunicação, os portais de internet, e, assim, terem acesso a qualquer conteúdo por meio de diversas plataformas.

Essa atual característica do setor é positiva sob a ótica do acesso à informação, pois o usuário tem acesso muito mais fácil, e de qualquer lugar, a todo tipo de conteúdo. Conteúdo esse, pelo qual, muitas vezes, deveria pagar antes, já que não se podia, por exemplo, fazer *download* de músicas, vídeos e, até mesmo, filmes pela internet. Essa mesma característica, contudo, pode ser tida como negativa por quem visa proteger seus direitos autorais e, de certa forma, depende da remuneração do conteúdo audiovisual para permitir que o ciclo da produção audiovisual continue. De fato, é muito difícil exercer o controle sobre tais direitos quando o usuário pode, por exemplo, acessar facilmente o conteúdo disponibilizado na internet e, assim, copiá-lo ou modificá-lo para uso próprio ou mesmo comercial. Como a tecnologia atual se configura desse modo, aqueles que se sentem prejudicados acabam por ter de reinventar seus modelos de negócios e criar novas alternativas para continuar a obter receitas da produção audiovisual.²⁹¹

²⁹¹ Na música, por exemplo, a reinvenção já se deu. Em 2007, a banda de rock Radiohead disponibilizou seu novo CD na internet, permitindo que os usuários pagassem o quanto lhes parecesse devido pela música. O sucesso foi grande. Outras bandas fazem o mesmo mais recentemente, como é o caso do Coldplay. Cfr. notícia disponível em: < <http://www.roadie.com.br/376/coldplay-disponibiliza-cd-de-graca-em-seu-site/>>. Acesso em 07 de junho de 2010.

O fato é que as atuais características da indústria do audiovisual geram consequências para a produção do conteúdo. Primeiramente, como o conteúdo pode ser produzido por qualquer um e por meio de várias plataformas tecnológicas, a qualidade da imagem e da obra em si, possivelmente, não são tão boas quanto àquelas das grandes corporações de mídia. Como o aspecto da qualidade técnica do conteúdo não assume relevância para o fim do presente trabalho, tal temática não será abordada até porque o julgamento acerca da qualidade de um conteúdo tem cunho eminentemente subjetivo.

A questão, contudo, ganha relevância quando examinada sob a ótica da representatividade do conteúdo no contexto da preservação da identidade e da cultura de um povo, e, também, justifica a imposição de certas regras de produção e exibição de conteúdo nacional mínimo. De fato, o acesso fácil a qualquer conteúdo permite que o conteúdo estrangeiro também seja prontamente acessado. Por isso, embora em um mundo globalizado seja fundamental para qualquer cidadão que queira estar bem informado acessar a maior gama de conteúdo possível, seja estrangeiro ou nacional, o fácil acesso à cultura estrangeira pode, segundo alguns, por em perigo a cultura nacional.

A preocupação com a preservação da cultura nacional justifica-se quando o tema é o conteúdo audiovisual, apesar do viés protecionista que se pode conferir a essa preservação como pleiteiam alguns Membros da OMC. O embate entre interesses culturais, de um lado, e interesses econômicos, de outro, sob a ótica das negociações do GATS será examinado no item seguinte, mas desde já pontuamos que não se pode negar que a produção da indústria audiovisual tem relação intrínseca com a identidade cultural de um povo. As obras audiovisuais exibidas na tv, no teatro e no cinema, e até mesmo a música, são resultado direto das influências, hábitos, costumes e tradições de um povo, pois retratam a materialização das características e dos gostos de determinada cultura em uma determinada época.

É bem verdade que o elo de representatividade entre obra audiovisual e cultura pode ser mais forte em alguns países do que em outros. Onde tal elo é mais forte, pode-se afirmar que a obra audiovisual é a marca registrada daquele país. O Brasil é um bom exemplo. A música e as novelas brasileiras, por exemplo, possuem uma espécie de DNA único, cuja natureza que lhe caracteriza, embora de difícil identificação, representa a identidade do povo brasileiro no Brasil e no exterior. São, inclusive, excelentes produtos de exportação. Idêntico fenômeno ocorre com os filmes de Hollywood, de Bollywood e de tantos outros bens e serviços audiovisuais.

Como se percebe, o tema é relevante sob 3 (três) óticas de interesses: sócio-cultural, econômica e política.

No que respeita a ótica de ordem sócio-cultural – ou meramente protecionista –, como clamam alguns, o caso de países europeus e do próprio Brasil, em que, respectivamente, existe e se discute a implementação de cotas de conteúdo nacional para fomentar e proteger a produção nacional são bons exemplos. Associa-se a necessidade de regular o conteúdo à proteção da identidade e culturana nacionais. Justifica-se, assim, de alguma forma, a regulação do tipo *content requirement*, conforme veremos no item 5.2 do Capítulo 5. Mas há, também, a regulação do tipo *content restriction*, já que o legislador pode vir a considerar que, de alguma forma, o cidadão precisa ser protegido contra certos tipos de conteúdo (i.e. impróprios ou não nacionais). Há quem entenda, por exemplo, que os conteúdos audiovisuais apresentam eventuais riscos ao desenvolvimento da população infanto-juvenil, daí a necessidade das negociações sobre tal assunto serem pautadas no binômio proteção-promoção.²⁹² Essa ótica pode compreender também a concessão de subsídios à produção de conteúdo nacional. Apesar de não haver ainda no GATS parâmetros sobre a negociação de disciplinas sobre subsídios, teceremos alguns comentários sobre a política europeia de financiamento público ao audiovisual no item 4.1 do Capítulo 4, já que representa importante pilar da política cultural europeia, mas sem adentrar no mérito de se, sob a ótica do Acordo de Subsídios e Medidas Compensatórias da OMC – outro dos acordos aprovados na Rodada Uruguai de Negociações Multilaterais –, esses subsídios seriam considerados ilegais, uma vez que extrapolaríamos demasiadamente a proposta do presente trabalho. Vale lembrar, no entanto, que mesmo estando previsto o tema dos subsídios no artigo XV do GATS, ainda não foram estabelecidos prazos para a conclusão das negociações para a sua regulamentação.²⁹³

²⁹² Para maiores detalhes com a regulação de conteúdo destinado ao público infanto-juvenil, ver Regulação de Mídia e Direitos das Crianças e Adolescentes – **Uma análise do marco legal de 14 países latino-americanos, sob a perspectiva da promoção e proteção**, Agência de Notícias dos Direitos da Infância (ANDI), da Rede ANDI América Latina, com apoio da Save The Children. Disponível em: <http://www.andi.org.br/noticias/articlefiles/22440-Regulacao_de_midia_e_infancia.pdf>. Acesso em 30 de agosto de 2009.

²⁹³ Art. XV GATS

“1 - Os Membros reconhecem que, em determinadas circunstâncias, os subsídios podem ter efeitos de distorção do comércio de serviços. Os Membros manterão negociações com vistas à elaboração de disciplinas multilaterais necessárias para evitar estes efeitos de distorção.” (8) As negociações examinarão também a procedência das medidas compensatórias.

Em tais negociações será reconhecida a função dos subsídios nos programas de desenvolvimento dos países em desenvolvimento e tomadas em conta a necessidade de flexibilidade que os Membros, em particular os Membros em desenvolvimento, tenham nesta área. Para fins de tais negociações, os Membros intercambiarão informações sobre todos os subsídios relacionados ao comércio de serviços que outorguem aos prestadores de serviços nacionais.

No que respeita à ótica de ordem econômica, esta pode se confundir, em alguns casos, com as razões de ordem sócio-cultural, mas fundamentalmente busca a proteção do interesse comercial sobre qualquer outro que eventualmente possa estar em jogo. Tem nos Estados Unidos seu maior defensor.

Já, quanto à ótica de ordem política, temos como exemplo o caso da China, em que o governo opta por restringir acesso a todo conteúdo que atente contra suas políticas. As razões de ordem política, contudo, não serão examinadas no presente trabalho por adentrarem em aspectos que não são discutidos no âmbito da OMC, tais como autoritarismo político e falta de abertura democrática. Vale dizer, contudo, que a partir de uma análise superficial dos compromissos de liberalização na OMC no setor audiovisual, a China está respaldada pelo direito de examinar o conteúdo de produtos de áudio e vídeo distribuídos por prestadores de serviço estrangeiros. É o que se depreende do compromisso assumido em Modo 3 (presença comercial) no setor 2D (serviços audiovisuais), conforme suas Isenções ao Art. II do GATS (Cláusula NMF).²⁹⁴ O amplo alcance dessa faculdade, no entanto, foi questionado pelos EUA em contencioso contra a China na OMC, do qual trataremos no item 4.4 do próximo Capítulo.

Resta-nos, portanto, continuar o exame, em mais detalhes, inclusive sob o aspecto das razões históricas que levaram ao desenvolvimentos das duas primeiras óticas - cultural e econômica - que, embora interligadas, se fundamentam em motivações diametralmente opostas, e que são sopesadas quando da assunção de compromissos em serviços audiovisuais pelos Membros da OMC.

(8) Um programa de trabalho futuro determinará de que maneira e dentro de que prazos as negociações sobre as disciplinas multilaterais serão mantidas.

2 - Todo Membro que se considere desfavoravelmente afetado por um subsídio de outro Membro poderá solicitar consultas a respeito com o outro Membro. Tais solicitações deverão ser examinadas com compreensão.”. (grifo nosso).

Note-se que, como esclarece Celli, nos termos da Declaração Ministerial de Hong Kong (2005), os Membros foram solicitados a intensificar seus esforços relacionados à regulamentação dos subsídios e a engajar-se em discussões mais objetivas acerca de propostas, inclusive quanto à elaboração de um possível conceito de subsídios (working definition) no âmbito do comércio de serviços. Nenhuma proposta foi apresentada até o momento. No entanto, segundo o autor, a determinação da viabilidade das disciplinas sobre subsídios irá requerer uma análise das especificidades do comércio em serviços. Se, de um lado, o SCM [Subsidies and Countervailing Measures] pode servir de inspiração para o GATS, de outro, parece que a adoção de um mecanismo de compensação (medidas compensatórias) não seria desejável sob o ponto de vista político e conceitual. CELLI JUNIOR, Umberto. Op. cit. p. 160-161.

²⁹⁴ WT/ACC/CHN/49/Add.2, de 1 October 2001 (Working Party on the accession of China).

3.2.1 Interesses econômicos x interesses culturais

Conforme Petrus Barreto, especialista brasileiro em direito de entretenimento, propriedade intelectual e mídia,

sob o ponto de vista cultural, o audiovisual representa importante instrumento de preservação e difusão da identidade e diversidade cultural de uma nação, na medida em que registra, perpetua e dissemina, tanto em seu país de origem quanto no exterior, o conhecimento, a educação, os costumes, o folclore, a história e os aspectos econômicos, políticos e sociais do povo que retrata. **Sob a ótica econômica**, o audiovisual é elevado à condição de atividade industrial de evidente importância estratégica, constatada sua significativa participação na balança comercial de alguns países.²⁹⁵ (grifo nosso)

De fato, o debate acerca da liberalização dos serviços audiovisuais na OMC gira em torno da oposição entre esses 2 (dois) pontos de vista, quais sejam, cultural e econômico (ou, comercial, como este último ponto de vista é também denominado ao longo deste trabalho). Como o conteúdo audiovisual importa sob ambos os aspectos, a regulação do conteúdo e a assunção de compromissos liberalizantes nesta matéria se tornam tarefas delicadas.

Vale lembrar, no entanto, que, de acordo com o Secretariado da OMC, a existência de regulação de conteúdo audiovisual objetiva a livre expressão do pensamento e da atividade intelectual, artística, científica e, sobretudo, cultural dos diversos povos.²⁹⁶ Entendemos, por isso, que tal premissa deveria nortear os Membros da OMC ao optar por se obrigar no GATS quanto à liberalização dos serviços audiovisuais.²⁹⁷

O receio de que a cultura nacional de cada Membro seja ameaçada pela assimilação excessiva da cultura estrangeira acaba por impedir que a premissa do Secretariado da OMC seja interpretada literalmente. Nesse sentido, o exemplo mais claro da influência de uma cultura sobre outra(s) é, provavelmente, o caso norte-americano. Com efeito, a americanização das outras culturas é mais fácil de ocorrer por conta da grande influência da música e do cinema norte-

²⁹⁵ BARRETO, Petrus. **O audiovisual no comércio internacional e os debates na OMC**. Tela Viva, Jan/Fev 2005, p. 62. Tela Viva é uma revista eletrônica e impressa especializada em assuntos de telecomunicação e audiovisual. Para maiores informações, ver <<http://www.telaviva.com.br/Revista.aspx>>. Acesso em 30 de janeiro de 2010.

²⁹⁶ WTO Secretariat, **Guide to the GATS: An Overview of Issues for Further Liberalization of Trade in Services**. Kluwer Law International, 2001, p. 133.

²⁹⁷ A regulação dos serviços audiovisuais tem relevância não só para a proteção dos serviços culturais, mas também para a proteção de direitos autorais e de propriedade intelectual, afinal, trata-se de um serviço baseado essencialmente em licenças para uso das obras audiovisuais. Tais aspectos, porém, não serão examinados aqui, tendo em vista que teríamos de analisar aprofundadamente o impacto de outros acordos da OMC, tal como o próprio GATT 94 e o TRIPs (*trade-related aspects of intellectual property rights*), que fogem ao escopo deste trabalho.

americanos, e mesmo da língua inglesa, mundialmente utilizada. No tocante ao cinema, por exemplo, o Observatório Europeu do Audiovisual constatou que, em 2009,

os filmes norte-americanos arrecadam parte significativa de suas receitas da audiência internacional: dos 20 (vinte) maiores filmes em bilheteria, em 2008, em todo o mundo, 19 (dezenove) foram produzidos ou coproduzidos pelos EUA.²⁹⁸ (tradução nossa)

O receio da invasão da *American way of life* não é recente, tampouco a resistência à liberalização comercial de serviços audiovisuais. Os receios de aculturação justificaram desde fins da Segunda Guerra Mundial a imposição de regras sobre produção e exibição mínimas de conteúdo nacional.

Note-se que durante a ocupação nazista, os filmes norte-americanos foram proibidos. Por isso, ao final da guerra, havia um grande número de filmes que não haviam chegado ao mercado europeu. Assim, ao final da guerra, quando os filmes de Hollywood, com custo de produção já amortizado no mercado norte-americano, chegaram à França e à Europa como um todo, com custo muito baixo, invadiram os cinemas europeus.²⁹⁹ Em função do baixo custo dos filmes norte-americanos e da economia europeia estar ainda convalescente, não havia como os filmes europeus competirem com aqueles provenientes dos EUA.³⁰⁰ Propagou-se, assim, o *American way of life* na Europa.

Em maio de 1946, em Washington, o Primeiro-Ministro francês Leon Blum e o Secretário de Estado norte-americano James F. Byrnes assinaram o *Blum-Byrnes Agreement*, um acordo comercial sobre o futuro da economia francesa, pelo qual a França concordou em abrir seu mercado aos produtos norte-americanos, inclusive às produções cinematográficas.³⁰¹ Em contrapartida, os EUA perdoaram dívida francesa no montante de US\$ 2 bilhões, à época, e concederam novo crédito.³⁰² O objetivo dos EUA foi o de estabelecer um sistema baseado na livre competição para os filmes norte-americanos no mercado de filmes europeus³⁰³, já que,

²⁹⁸ S/C/W/310 - Council for Trade in Services – **Audiovisual Services**, p. 8.

O texto na língua estrangeira é: “US movies derive a significant part of their total receipts from international audiences: of the top 20 films worldwide by gross box office revenue in 2008, 19 were US-produced or co-produced”.

²⁹⁹ LANZONI, Remi Fournier. **French Cinema**: from its beginning to the present; The Continuum International Publishing Group Inc, 2002, p.149. Disponível em:

<http://books.google.com.br/books?id=Nkyr7ARHY6sC&pg=PA148&lpg=PA148&dq=BlumByrnes+Agreement&source=bl&ots=sxsLubbm8u&sig=aE68NsUw4Wfl5iCjWs6Ncx6Sxg&hl=pt-BR&ei=yRaVS6-IDYKkuAfz3a20BQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=6&ved=0CCEQ6AEwBQ#v=onepage&q=&f=true>. Acesso em 08 de março de 2010.

³⁰⁰ Ibid. p. 148.

³⁰¹ Loc.cit.

³⁰² Loc.cit.

³⁰³ Loc.cit.

desde 1927, existia na Europa o sistema de cotas de tela (*screen quotas*), surgido no Reino Unido, que visava garantir a exibição de filmes nacionais nos cinemas europeus durante um número mínimo de dias a cada ano.³⁰⁴

Sob pressão de técnicos, autores e atores, o governo francês reviu o *Blum-Byrnes Agreement*, em 4 de janeiro de 1948, reduzindo o número de filmes norte-americanos nas salas de exibição francesas³⁰⁵. Além disso, aumentou-se o número mínimo de semanas em que produções francesas deveriam ser exibidas nos cinemas e o governo fixou uma taxa, de 10,9%, sobre os ingressos dos filmes, destinada a um fundo especial para o fomento à indústria francesa de filmes.³⁰⁶ O *Blum-Byrnes Agreement* foi revisto, ainda, em 1953, 1955 e 1959, de modo a contribuir sobremaneira para a formação do cinema francês, um dos pilares da chamada exceção cultural.³⁰⁷

Como se percebe, entre as décadas de 40 e 50, houve um embate dos filmes norte-americanos e franceses pela audiência francesa e europeia. Em função da estratégia francesa, a França foi o país europeu que melhor se protegeu contra a hegemonia do cinema norte-americano, pois enquanto as obras de Hollywood não representavam nem 50% das obras exibidas na França, alcançavam o patamar de 75% na Itália e no Reino Unido.³⁰⁸

Fica mais claro, desse modo, como em um cenário pós-guerra, os negociadores europeus conseguiram, em 1947, quando da negociação do GATT, acordar sobre a necessidade de inclusão de dispositivo que conferisse uma espécie de “exceção cultural” à liberalização comercial no que se referia a filmes cinematográficos.³⁰⁹ A saída negocial deu-se por meio da inclusão do artigo IV do GATT³¹⁰, que excepcionava a regra do tratamento nacional estabelecida no artigo III do GATT.³¹¹ Seus efeitos fizeram-se repercutir ao longos das décadas e ainda subsistem.

³⁰⁴ Ver < http://en.wikipedia.org/wiki/Screen_quotas>. Acesso em 07 de março de 2010.

Não cabe aqui tratarmos das vantagens e desvantagens da adoção do sistema de telas de cota para o fomento da indústria cinematográfica de um país.

³⁰⁵ LANZONI, Remi Fournier. Op. cit. p.149.

³⁰⁶ GIMELLO-MESPLOMB, Frederic; **The economy of 1950s popular French cinema**, Studies in French Cinema Journal (Grande Bretagne), Vol. 6, 2, 2006. Disponível em: < <http://fgimello.free.fr/publications/1950-US.htm>>. Acesso em 10 de março de 2010.

³⁰⁷ LANZONI, Remi Fournier. Op. cit. p.150.

Segundo Lanzoni, as regras do *Blum-Byrnes Agreement* contribuíram para o desenvolvimento da Nouvelle Vague, o surgimento de pequenos cinemas fora de Paris e a criação de companhias de cinema.

³⁰⁸ Loc.cit.

³⁰⁹ BAER, Jean-Michel; **L’exception culturelle**. Une règle en quête de contenus. En Temps Réel- cahier 11 – Octobre 2003, p. 5.

³¹⁰ Art. IV - Disposições Especiais Relativas a Filmes Cinematográficos

Se uma parte contratante estabelecer ou manter regulamentações quantitativas internas relativas aos filmes cinematográficos expostos, tais regulamentações deverão ser impostas sob a forma de cotas de projeção, que obedecerão às condições e prescrições seguintes:

Em 1961, os EUA questionaram o tratamento dado pelos europeus aos programas de tv, já que, segundo os norte-americanos, a exceção do artigo IV do GATT não os abrangia.³¹² Apesar da discordância com o enfoque europeu, os EUA concordaram que os Membros do GATT poderiam ter um interesse legítimo em incluir os programas de tv na exceção do artigo IV considerando sua influência na cultura doméstica.³¹³ Ou seja, uma primeira constatação, por parte dos EUA, de que os conteúdos audiovisuais possuem natureza distinta e, portanto, merecem tratamento diferenciado.

No que se refere principalmente aos serviços audiovisuais, durante as negociações da Rodada Uruguai, houve grande discussão sobre a inclusão desses serviços no processo de liberalização e dos limites dessa inclusão.

O curioso é que EUA e UE defendiam seu ponto de vista a partir da defesa da liberdade de expressão, mas com justificativas opostas: para os EUA, a liberdade de expressão significava que não poderia haver entraves à livre circulação de obras, enquanto para os europeus significava

a) As cotas de projeção poderão tornar obrigatória a exibição de filmes cinematográficos de origem nacional durante uma proporção mínima determinada do tempo total de projeção, realmente utilizado num período não inferior a um ano na exibição comercial de todos os filmes de qualquer origem; e serão computados na base do tempo de projeção anual por sala ou de seu equivalente.

b) com exceção do tempo de projeção reservado aos filmes de origem nacional numa cota de projeção, nenhum tempo de projeção, inclusive o liberado por medida administrativa do mínimo reservado aos filmes de origem nacional, será formal ou efetivamente dividido entre as fontes de produção.

c) Não obstante as disposições da alínea b, acima, qualquer das Partes Contratantes poderá manter as cotas de projeção que estejam em conformidade com as condições da alínea a, às quais reservem uma proporção mínima do tempo de projeção para filmes de origem estrangeira determinada, com a condição de que tal proporção mínima do tempo de projeção não venha a ser elevada acima do nível em vigor em 10 de abril de 1947.

d) As cotas de projeção ficarão sujeitas a negociações visando à sua limitação, liberalização ou eliminação. (nossa ênfase)

³¹¹ Art. III do GATT - Tratamento Nacional em Matéria de Impostos e de Regulamentação Internos

“1. Os produtos de qualquer Parte Contratante importados no território de outra Parte Contratante **serão isentos da parte dos tributos e outras imposições internas de qualquer natureza que excedam aos aplicados, direta ou indiretamente, a produtos similares de origem nacional.** Além disto, nos casos em que não houver no território importador produção substancial de produto similar de origem nacional, nenhuma Parte Contratante aplicará tributos internos novos ou mais elevados sobre os produtos de outras Partes Contratantes com o fim de conceder proteção à produção de produtos, diretamente competidores ou substitutos, não taxados de maneira semelhante; os tributos internos dessa natureza, existentes, serão objeto de negociação para a sua redução ou eliminação.

2. Os produtos originários de qualquer Parte Contratante importados no território de qualquer outra Parte Contratante gozarão de tratamento não menos favorável que a concedido a produtos similares de origem nacional no que concerne a todas as leis, regulamentos e exigências que afetem a sua venda, colocação no mercado, compra, transporte, distribuição ou uso no mercado interno. As disposições deste parágrafo não impedirão a aplicação das taxas diferenciais de transportes, baseadas exclusivamente na utilização econômica dos meios de transporte e não na origem de produtos.

(...)”. (nossa ênfase)

³¹² CHAO, Tina. **Gatt’s cultural exemption of audiovisual trade:** the United States may have lost the battle but not the war. The University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, vol. 14, issue 4, 1996, p. 1132. Disponível em: <

[http://www.law.upenn.edu/journals/jil/articles/volume17/issue4/chaol7v.Pa.JInt’lEcon. 1.1127 \(1996\).pdf](http://www.law.upenn.edu/journals/jil/articles/volume17/issue4/chaol7v.Pa.JInt’lEcon. 1.1127 (1996).pdf)>. Acesso em 19 de maio de 2010.

³¹³ Loc. cit.

Ver também Application of GATT to International Trade in Television Programmes, GATT Doc. L/1646 (Nov. 21, 1961) (statement by the US Representative)

o direito à proteção de suas identidades.³¹⁴ Segundo Jack Valenti, presidente da Motion Pictures Association of America, em 1993, “cada país deve deixar seus cidadãos livres para ver, ler ou ouvir aquilo que desejam.”³¹⁵ (nossa tradução) Por outro lado, as preocupações europeias podem ser resumidas na indignação do então presidente da Comissão Europeia, o francês Jacques Delors:

A nos amis américains, je voudrais poser une simple question: avons-nous le droit d'exister? Avons-nous le droit de perpétuer nos traditions, notre patrimoine, nos langues? Comment un pays de 10 millions d'habitants pourra-t-il demain, devant l'universalité offerte para les satellites, maintenir sa langue, véhicule de sa culture. Est-ce que la défense de la liberté, si haut proclamée par ailleurs, ne passe pas non plus par l'effort que fait chaque pays, ou l'ensemble de nombreux pays, pour qu'à travers l'audiovisuel, chacun puisse garder son identité?³¹⁶

Dessa forma, tal como no passado, EUA e UE tinham visões distintas sobre o conteúdo audiovisual. Em suma, os norte-americanos entendiam – tal como o fazem até hoje - que os serviços audiovisuais eram um serviço como outro qualquer, sem distinção ou privilégios, estando, portanto, sujeito às mesmas regras aplicáveis aos demais serviços, enquanto os europeus – tal como também o fazem até hoje – entendiam que esses serviços devem ser tratados de modo especial.

Note-se que o debate focava essencialmente o audiovisual e o cinema, já que as outras atividades culturais não tinham as mesmas implicações econômicas e comerciais.³¹⁷ À época das negociações, o cinema e o audiovisual representavam o segundo maior produto de exportação dos EUA.³¹⁸

Com efeito, à época da negociação, a pressão europeia foi grande sobre os norte-americanos. Não sem razão. Em 1995, por exemplo, os filmes norte-americanos representavam mais de 70% de todas a receita com bilheteria na Europa, segundo Jacques Toubon, antigo

³¹⁴ DEHOUSSE, Franklin; HAVELANGE, Françoise. Aspects audiovisuels des accords du GATT: exceptions ou spécificité culturelle? In : DOUTRELEPONT, Carine (coord). **L'Europe et les enjeux du GATT dans le domaine de l'audiovisuel**. Centre de Droit de l'Information et de la Communication de la Faculté de Droit de l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles : Bruylant, 1994, p. 100-101.

³¹⁵ Ibid. p. 101.

O texto em língua estrangeira é: « chaque pays dit laisser ses citoyens libres de voir, lire ou entendre ce qu'ils souhaitent ».

³¹⁶ Loc. cit.

O trecho correspondente na tradução é: “Aos nossos amigos americanos, gostaria de fazer uma pergunta simples: temos o direito de existir? Temos o direito de perpetuar nossas tradições, nosso patrimônio, nossas línguas? Como um país de 10 milhões de habitantes poderá amanhã, diante da universalidade de ofertas por satélites, manter sua língua, veículo de sua cultura? Será que a defesa da liberdade, tão proclamada aí, não passa também pelo esforço que cada país, ou conjunto de países, faz por meio do audiovisual para manter sua identidade?”

³¹⁷ REGOURD, Serge. **Le commerce et la culture au sein du GATS, et au-delà**. ERA Forum: scripta iuris europaei, issue 1, 2005, p. 88.

³¹⁸ Loc. cit.

Ministro da Cultura francês.³¹⁹ De fato, algumas declarações de meados da década de 90 dão o tom da preocupação francesa com relação à invasão dos filmes e programas norte-americanos. Vejamos:

when Steven Spielberg's Jurassic Park came to Paris, the ticket lines ran around the block. At the same time, high-budget French films like Queen Margot were only moderately successful at home...French couch potatoes tune in Baywatch and Santa Barbara and tune out French programs (Sr. Jacques Toubon, Ministro francês da Cultura, em 1993).³²⁰
French children now only recognize police cars and ambulances with American-sounding sirens (Sr. Philippe Douste-Blazy, Ministro francês da Cultura, em 1995).³²¹

A preocupação demonstrada pelos Ministros franceses da cultura, de 1993 e 1995, com a falta de interesse da população francesa pela cultura local se justificativa. A invasão de produção norte-americana, tal qual no período posterior à Segunda Guerra Mundial, no final dos anos 80, a prevalência da produção norte-americana na TV europeia se fazia sentir em função dos baixos preços dos programas norte-americanos. Como exemplifica Bruner, em 1986, “custava US\$ 4 milhões para produzir um drama de 1 hora de duração na Europa, enquanto o custo de produção de tal programa nos EUA era de apenas US\$ 350,000” (nossa tradução). Ainda segundo o autor, “o mesmo programa norte-americano podia ser exibido nas TVs europeias por apenas US\$ 12,000”.³²² (nossa tradução)

Mas, para os norte-americanos, qualquer tentativa de preservação cultural seria um protecionismo comercial disfarçado. Temiam, também, que a noção de cultura pudesse servir de pretexto para medidas restritivas nos mais variados setores da economia.³²³ Já para os europeus, os serviços audiovisuais são serviços culturais e, portanto, merecem ser tratados de forma diferente dos demais serviços. A não assunção de obrigações relativas a serviços audiovisuais justifica-se para a proteção da cultura e dos valores nacionais.

³¹⁹ CHAO, Tina. Op.cit. p. 1131.

³²⁰ Loc. cit., cfr. Paul Klebnikov, Minister Toubon, Meet General Gamelin, Forbes, May 22, 1995, at 292.

O trecho correspondente na tradução é: “quando de Jurassic Park, de Steven Spielberg, estreitou em Paris, a fila circundava o quarteirão. Ao mesmo tempo, filmes franceses altamente custosos, como A Rainha Margot, tinham sucesso apenas moderado na França... os franceses do sofá assistiam à Baywatch e não assistiam às produções francesas”.

³²¹ Loc. Cit. cfr. Stephen Bates, Hollywood to Coach EU Young Guns, Guardian, Dec. 28, 1995, at 8.

O trecho correspondente na tradução é: “As crianças francesas apenas reconhecem os carros de polícia e ambulâncias com sirenes norte-americanas”.

³²² BRUNER, Christopher. **Culture, sovereignty, and Hollywood**: Unesco and the future of trade in cultural products. New York University, International Law and Politics, vol. 40:351, 2008, p. 391.

Os textos em língua estrangeira são: “(...) by 1986, it cost \$4 million to produce an hour-long drama in Europe, while the cost to produce such a program in the United States was just \$ 350,000”. “(..) the same American program could be broadcast by a European media company for just \$ 12,000”.

³²³ DEHOUSSE, Franklin; HAVELANGE, Françoise. Op. cit. p. 119.

A posição norte-americana era – e continua sendo - bastante lógica, já que possui a indústria cinematográfica mais poderosa e influente comercialmente. Mas lógica há, também, no posicionamento francês/europeu, já que, além da defesa dos padrões culturais europeus, e sobretudo franceses, a França representava à época – e ainda o é - a maior indústria audiovisual europeia, e não queria ter de concorrer com os preços infinitamente inferiores praticados pelos produtores de programas norte-americanos.

Diante desse cenário, não é difícil compreender porque a UE sempre defendeu o enfoque cultural nas negociações sobre serviços e produtos audiovisuais. Nesse contexto, como já mencionado, a argumentação europeia para a exclusão dos serviços audiovisuais do âmbito do GATS passou a ser conhecida como “exceção cultural”, tendo na França sua maior defensora até hoje.

O discurso da exceção cultural visava criar uma exclusão da obrigação de liberalização comercial intrínseca ao GATS. Vale assinalar que, em 5 de outubro de 1993, os Ministros da Cultura da Comunidade Europeia definiram a exceção cultural como:

la formule la plus appropriée pour permettre la poursuite et la mise en oeuvre des politiques de la Communauté et des Etats Membres visant à préserver et promouvoir les identités culturelles communautaires, subnationales et nationales³²⁴ (grifo nosso).

Com efeito, conforme esclarece Anna Harold, pesquisadora do *European University Institute*, de Florença,

The European Community (EC) **from the very beginning of its existence has been attempting to safeguard the cultural industries of its Member States, with a particular emphasis on audiovisuals, from what was seen as a growing external threat posed by trade liberalization to national cultures.** It has played a pivotal role in the trade and culture debate and has used its considerable global trade negotiation power to limit the impact of free trade on the cultural sector³²⁵ (grifo nosso).

Apesar dos esforços europeus para a defesa da exclusão dos serviços audiovisuais das negociações, a tese da exceção cultural, como pontua Harold, é problemática no sentido de que

³²⁴ Ibid, p. 91.

O texto em língua estrangeira é: “a fórmula mais apropriada para permitir a busca e a implementação de políticas da Comunidade e dos Estados-membros que visam preservar e promover as identidades culturais comunitárias, subnacionais e nacionais”.

³²⁵ WITTE, B. Trade in culture: International legal regimes and EU Constitutional Values. In: BURCA, G; SCOTT, J. (eds). The EU and the WTO. Legal and Constitutional Issues. Oxford: Hart Publishing, 2001, p. 237-255 *apud* HAROLD, Anna. **EU External Policy in the Audiovisual Field: from “cultural exception” to “cultural diversity”**. ERA Forum: scripta iuris europaei, issue 1, 2005, p.95.

O trecho correspondente na tradução é: “A Comunidade Europeia (EC), desde o início de sua existência, tentou salvaguardar as indústrias culturais de seus Estados-membros, em particular as do audiovisual, daquilo que era tido como ameaça externa crescente da liberalização comercial às culturas nacionais. Desempenhou papel fundamental no debate sobre comércio e cultura e usou seu considerável poder de negociação global para limitar o impacto do comércio livre sobre o setor cultural”.

exceções aos princípios e disciplinas do comércio internacional, tais como aquelas previstas no artigo XX GATT, devem ser definidas de modo restrito.³²⁶ Apesar de a autora sugerir que uma exceção à cultura pudesse ser inserida nas exceções ao artigo XIV do GATS, entendemos que tal medida parece bastante improvável tendo em vista a pressão norte-americana para que o setor audiovisual não seja tratado de modo diverso dos demais. De fato, conforme ensina Cottier,

“the **general ‘exemption’** of the audiovisual sector from the GATS **might become increasingly difficult to uphold in a long-term perspective in view of American export interests (...)**”³²⁷ (grifo nosso).

No contexto de defesa do tratamento diferenciado aos serviços audiovisuais, o grande adversário político europeu eram os EUA. Nesse sentido, vale mencionar, a título ilustrativo, que por ocasião da negociação para a entrada dos 3 (três) Estados bálticos – Letônia, Estônia e Lituânia – na UE, os comissários europeus Srs. Brittan e Van der Broeck escreveram à então Secretária de Estado Norte-Americana, Sra. Madeleine Albright, que “a insistência americana sobre a assunção compromissos de liberalização no audiovisual coloca em risco a capacidade dos Estados bálticos de entrar para a União Europeia”³²⁸ (nossa tradução). A preocupação com esses Estados, que se tornaram parte da UE em maio de 2004, deu-se em função das pressões norte-americanas para que os mesmos liberalizassem os serviços audiovisuais na OMC.³²⁹ Nesse sentido, por exemplo, leia-se a observação feita pelo então Presidente da Comissão Europeia, em 1998, Sr. Jacques Santer, ao Presidente Clinton:

Les trois Etats baltes entendent rejoindre l’Union européenne aussitôt que possible. Dans cette perspective, ils devront appliquer pleinement la législation européenne. Ils ne peuvent donc faire aucun engagement qui trait au-delà de ce que l’Union européenne a accepté à l’OMC et qui est le résultat des négociations de l’Uruguay Round.³³⁰

³²⁶ HAROLD, Anna. **European Public Film Support within the WTO Framework**; Iris Plus Legal Observations Strasbourg, 2003, p. 48. Disponível em: < <http://www.obs.coe.int> >. Acesso em 10 de março de 2010.

³²⁷ COTTIER, T. **Die völkerrechtlichen Rahmenbedingungen der Filmförderung in der neuen Welthandelsorganisation WTO-GATT**, Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht Sonderheft (1994), 749 apud HAROLD, Anna. Loc.cit.

O trecho correspondente na tradução é: “a ‘exceção’ geral do setor audiovisual do GATS se torna cada vez mais difícil de se garantir a longo prazo tendo em vista os interesses exportadores da América”.

³²⁸ BAER, Jean-Michel. Op. cit. p.17.

O texto em língua estrangeira é: l’insistance américaine pour des engagements de libéralisation sur l’audiovisuel met en cause la capacité des Etats baltes de participer à la stratégie d’accession à l’Union européenne”.

³²⁹ Cfr. <http://pt.wikipedia.org/wiki/Estados-membros_da_Uni%C3%A3o_Europeia>. Acesso em 14 de outubro de 2010.

³³⁰ BAER, Jean-Michel. Loc. cit.

O trecho correspondente na tradução é: “os três Estados bálticos pretendem se unir à União Europeia o mais rápido possível. Nessa perspectiva, eles deverão aplicar a legislação europeia em sua integralidade. Logo, eles não podem ir além do que a União Europeia aceitou na OMC como fruto dos resultados da Rodada Uruguai de negociação”.

Mas, para Dehousse e Havelange, os europeus – talvez à exceção dos franceses - nunca pretenderam uma real exclusão dos serviços audiovisuais do âmbito de cobertura setorial do GATS, já que isso poderia implicar na pretensão de exceção de outros setores.³³¹

De fato, em outubro de 1999, por ocasião da 3ª Conferência Ministerial de Seattle, a tese da “exceção cultural” foi suplantada pela da “diversidade cultural”.³³² De fato, como esclarece Harold, a evolução da tese da “exceção cultural” para a da “diversidade cultural” espelha o desenvolvimento da própria política interna europeia para o audiovisual. Vejamos:

The semantic move from ‘exception’ to ‘diversity’ in external trade jargon is undepinned by concrete internal policy experience. **The notion of ‘diversity’, at the heart of the EU internal model, as opposed to that of ‘exception’, appears also to be increasingly useful to present the rationale of the European audiovisual policies to the outside world as it does not contradict the free market and economic law logic.**³³³ (grifo nosso)

Segundo proposta europeia, o artigo XIX do GATS deveria ser modificado de modo a permitir que os Membros resistissem às tentativas de liberalização progressiva do setor. Do mesmo modo, deveriam ser modificados o artigo XV do GATS, que trata de subsídios, e o artigo II (Cláusula NMF) de forma a incorporar mudanças que garantissem a resistência às pressões daqueles que enxergam o setor audiovisual como outro qualquer.³³⁴

Embora a proposta acerca do tratamento da diversidade cultural no GATS não tenha sido bem sucedida, a ideia não se perdeu. Mais de uma década depois, os Membros da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura - UNESCO aprovaram Convenção para tratar da proteção e promoção da diversidade das expressões culturais, que será examinada adiante.

Vale lembra, também, que ainda que os europeus não tenham conseguido inserir no texto do GATS o conceito de exceção cultural na produção audiovisual, os distintos interesses de norte-americanos e europeus quanto aos serviços audiovisuais durante a Rodada Uruguai causaram a impossibilidade de um acordo final sobre tais serviços. Assim sendo, esses Membros “concordaram em discordar” na questão, a fim de preservar o restante das negociações.³³⁵ De

³³¹ DEHOUSSE, Franklin; HAVELANGE, Françoise. Op.cit. p.117.

³³² REGOURD, Serge. Op.cit. p.91.

³³³ HAROLD, Anna. **EU External Policy** ...p.94.

O trecho correspondente na tradução é: “A mudança semática de ‘exceção’ para ‘diversidade’ no jargão do comércio exterior é baseada na experiência concreta da política interna. A noção de ‘diversidade’, no centro do modelo europeu, em oposição à ‘exceção’, aparece também como cada vez mais presente no racional das políticas externas europeias para o audiovisual, já que não contradiz a lógica do mercado livre e da lei econômica”.

³³⁴ _____. **European Public Film**...Op. cit. p.91.

³³⁵ CHAO, Tina. Op. cit. p.1129.

acordo com declaração do ex-presidente norte-americano Bill Clinton sobre a retirada do comércio audiovisual das negociações do GATT,

it was certainly better than leaving a weak agreement in or catering the whole round over it, because there's just too much aggregate economic benefit to the United States from the overall tariff reductions to not try to keep the round intact.³³⁶

Apesar de “acordar em discordar” ser coerente do ponto de vista negocial e diplomático, parece-nos que esta foi uma primeira vitória daqueles que não entendem pertinente a liberalização dos serviços audiovisuais nos termos propostos pelos EUA, qual seja, a de que tais serviços não diferem em nada dos demais serviços englobados pelo GATS.

A falta de acordo gerou entusiásticas reações francesas. Vejamos:

(...) this is a great and beautiful victory for Europe and for French culture” (Sr. Alain Carignon, Ministro francês das Comunicações, em 1995).³³⁷
It's a victory for art and artists over the commercialization of culture” (Sr. Jack Lang, Ministro francês da Cultura, entre 1981 e 1986).³³⁸

Vale mencionar que apesar da tese da preservação cultural não ser vista com bons olhos pelos norte-americanos, há regulação de conteúdo nos EUA, embora o propósito não seja preservar a cultura norte-americana. De fato, apesar de fugir da chamada “exceção cultural”, por não discriminar em função da nacionalidade de filmes e programação, nos EUA há legislação que regula determinados conteúdos por serem considerados impróprios (regulação do tipo *content restrict*), como veremos no item 4.1 do próximo Capítulo.

É bem verdade, frise-se, desde já, que não haveria necessidade de impor limites quanto à nacionalidade do conteúdo nos EUA, já que o país tem a mais bem-sucedida indústria audiovisual do mundo e, tal como a grande maioria dos cidadãos ocidentais, os norte-americanos consomem, sobretudo, conteúdo audiovisual norte-americano. Assim, os EUA lutam pela necessidade de liberalização comercial nos serviços audiovisuais na OMC pelo fato de tais serviços representarem importante item de sua balança comercial. Do contrário, é possível que pouco se importassem com o assunto ou adotassem uma postura não liberalizante, caso vislumbrassem

³³⁶ Ibid, p. 1127, cfr. Int'l Trade Daily (BNA). Clinton **Says Emerging Uruguay Round Pact Is in U.S Interest Despite Shortcomings**, Dec. 16, 1993, available in LEXIS, News Library, BNAITD File.

O trecho correspondente na tradução é: “foi certamente melhor do que um acordo fraco ou a perda da rodada, já que há muito em jogo em termos de benefício econômico para os Estados Unidos no que se refere à redução das tarifas para não preservar a rodada”.

³³⁷ Ibid, p. 1129, cfr. RIDING, Alan. **Months of Risk, Moments of Isolation, Now Boasts of Triumph**, N.Y. Times, Dec. 15, 1993, at D19.

Os trechos correspondentes na tradução são: “(...) esta é uma grande e bela vitória da Europa e da cultura francesa”; “ É a vitória da arte e dos artistas sobre a comercialização da cultura”.

³³⁸ CHAO, Tina. Loc.cit.

ameaça a seus valores nacionais. Ou seja, poderiam respaldar os interesses de europeus e outros defensores da chamada exceção cultural, por exemplo.

De qualquer forma, vale lembrar que a liberalização dos serviços no setor audiovisual, depende da vontade de cada Membro da OMC. Somente se esse setor estiver inserido na lista de compromissos específicos de um determinado Membro é que este poderá ser demandado na OMC, em caso de conflito comercial. Como mencionado no item 2.1 do Capítulo 2, não são muitos os compromissos assumidos nesse sentido. Muito pelo contrário, aliás, diversos Membros invocaram isenções à cláusula da NMF para os serviços audiovisuais e não assumiram compromissos para este setor em suas Listas Nacionais.³³⁹

Dada à falta de acordo quanto ao comércio audiovisual, por exemplo, manteve-se o artigo IV do GATT 1947 - objeto de preocupação à época das primeiras negociações para liberalização comercial do pós-guerra – para continuar permitindo que os Membros definam cotas de tela para a exibição de percentual mínimo de filmes cinematográficos de origem nacional. Embora tal dispositivo contenha previsão sobre futura negociação quanto à limitação, liberalização ou eliminação das cotas de tela, o mesmo ainda não sofreu alterações. Isso demonstra a importância da questão e a dificuldade em negociá-la. Por isso, persiste, até hoje, a dupla interpretação acerca do alcance do artigo IV do GATT 47: o artigo deve se limitar a filmes cinematográficos ou se estende a outros conteúdos audiovisuais?

De acordo com Harold, por exemplo, pode haver duas interpretações sobre os efeitos do artigo IV do GATT 47. Segundo ela,

(...) on the one hand, Article IV provides important evidence that the WTO framework acknowledges a certain ‘specificity’ of culture. It can be considered as granting a political mandate to reconsider the issue of media within the WTO and a basis for subsequent transatlantic negotiations in the field of audiovisual services. **On the other hand, Article IV acquires relevance in a negative sense because it limits the kind of exceptions from free trade of films:** the only quantitatively restrictive instrument that the GATT tolerates is the screen quota. **Because Article XI GATT 1947, which stipulates exemptions from the general obligation to eliminate quantitative restrictions, makes no specific reference to audiovisual products, it can be concluded that all other quantitative restrictions are prohibited.** The national film support instruments seem therefore to be permitted, albeit not in the form of quantitative restrictions.³⁴⁰
(grifo nosso)

³³⁹ ARAÚLO, Leandro. As negociações internacionais e a regulamentação dos serviços audiovisuais. In: CELLI JUNIOR, Umberto. **Comércio de Serviços na OMC**, p. 281.

³⁴⁰ HEROLD, Anna. Op.cit. p. 45.

O trecho correspondente da tradução é: “(...) de um lado, o Artigo IV dispõe de importante evidência de que o quadro legal da OMC reconhece certa ‘especificidade’ da cultura. Pode ser considerada como a concessão de mandato político para reconsiderar a questão da mídia no âmbito da OMC e base para subseqüentes negociações transatlânticas no campo dos serviços audiovisuais. Por outro lado, o artigo IV adquire relevância em sentido negativo porque limita os tipos de exceções para o comércio de filmes: a única limitação quantitativa tolerada pelo GATT é a tela de cota. Como o artigo XI do GATT 1947, que estipula exceções à

Embora deva ser respeitada a interpretação literal de que a única restrição quantitativa autorizada no GATT 47 é a de cotas de tela, - podendo se argumentar que se os negociadores quisessem ter ampliado o alcance do dispositivo tê-lo-iam feito, argumento esse utilizado, inclusive, por aqueles Membros da OMC a quem não interessa uma extensão da “exceção cultural”, - é preciso tecer alguns comentários a respeito.

Primeiramente, em 1947, não se pensou na evolução tecnológica e nos desdobramentos que surgiriam a partir dos filmes realizados para o cinema. Nem se poderia exigir isto dos negociadores. Os filmes atuais são digitais e até mesmo em 3D. Não são mais distribuídos em rolos para exibição mecânica. Dessa forma, é difícil afirmar que a comercialização de filmes deva ser regulada apenas no âmbito do GATT, já que tais filmes não são meras mercadorias que, para serem importadas por outros Membros, deviam atravessar suas fronteiras físicas, tal como se fazia à época da negociação do GATT. Ainda, em 1947, as transmissões de imagem pela TV eram muito incipientes, com as primeiras transmissões de imagem pela TV foram realizadas a partir de meados da década de 30: 1935, na Alemanha e na França; 1936, na Inglaterra; 1938, na Rússia e 1939, nos Estados Unidos.³⁴¹ Por isso, faz sentido os negociadores não terem se preocupado em inserir dispositivo que previsse que as cotas de tela se estenderiam às transmissões pela televisão.

Como se percebe, a convergência tecnológica das indústrias de comunicação, beneficiando-se dos diferentes modos de prestação de serviços e das diversas mídias, criou distintos questionamentos quanto ao escopo e à capacidade de comercialização dos produtos e serviços culturais, inclusive filmes.³⁴²

Ademais, entendemos que a segunda interpretação apresentada pela pesquisadora de Florença perdeu ainda mais força quando da celebração da Convenção para a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO [“Convenção da UNESCO”]³⁴³, aprovada em 20 de outubro de 2005.

obrigação geral de eliminar restrições quantitativas, não faz referência específica aos produtos audiovisuais, pode ser concluído que todas as restrições quantitativas estão proibidas. Os instrumentos de apoio aos filmes nacionais parecem, portanto, permitidos apesar de não na forma de restrições quantitativas”.

³⁴¹ Para maiores detalhes sobre a história da TV, consultar <<http://www.tudosobretv.com.br/histortv/histormundi.htm>>. Acesso em 07 de março de 2010.

³⁴² HEROLD, Anna. Op. cit. p.44.

³⁴³ Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001502/150224por.pdf>>. Acesso em 07 de março de 2010.

3.2.2 Convenção da UNESCO sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

Além de vivermos em um mundo globalizado, com fácil acesso ao que vem de fora graças à internet, o conteúdo audiovisual é facilmente dublado para o idioma local, ampliando o acesso da população ao conteúdo estrangeiro, mesmo as pessoas que, por razões econômicas e de barreira lingüística, ainda não têm acesso ao conteúdo original. Nesse sentido, os povos cujo idioma não é amplamente falado no mundo ou com menor influência cultural saem em desvantagem na corrida pela preservação de suas culturas. Tendo em vista tais preocupações, a 33ª Conferência Geral da ONU aprovou a Convenção da UNESCO sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, como forma de preservar a diversidade e manifestações culturais dos mais variados povos.

Vale lembrar que esta Convenção não foi a primeira vez em que a UNESCO tentou estabelecer regras sobre a relevância da preservação das distintas culturas. Em novembro de 1978, a Conferência Geral da UNESCO aprovou uma Declaração sobre os Princípios Fundamentais para o Fortalecimento da Paz e da Compreensão Internacional para a Proteção dos Direitos Humanos e a Luta contra o Racismo, o Apartheid e o Incitamento à Guerra. Nesse sentido, o artigo sexto da Declaração foi um importante passo institucional para fazer face ao desequilíbrio dos fluxos internacionais de informação, que ficou conhecido como Nomic - Nova Ordem Mundial da Informação e da Comunicação.³⁴⁴ Um dos resultados da Declaração foi a elaboração do Relatório McBride – “Um Mundo e Muitas Vozes”, em 1980, pelo qual o organismo multilateral reconhecia a existência de um grave desequilíbrio no fluxo mundial de informação e comunicações³⁴⁵.

No que se refere especificamente à Convenção da UNESCO, de 2005, até o dia 18 de outubro de 2010, 114 (cento e quatorze) dos 193 (cento e noventa e três) Membros da UNESCO

³⁴⁴ LIMA, Venâncio. **Nova Ordem da Informação**: Idéia é relançada 30 anos depois. Observatório da Imprensa. 21 de agosto de 2008.

³⁴⁵ Ibid.

Em 1984 e 1985, EUA e Inglaterra, respectivamente, desligaram-se da UNESCO, alegando a politização do debate. Os EUA retornaram à UNESCO em 01.10.2003 e à Inglaterra em 01.07.1997, cfr.

<<http://erc.unesco.org/portal/UNESCOMemberStates.asp?language=en>>. Acesso em 28 de setembro de 2010.

ratificaram a Convenção, dentre eles: UE, Canadá, Austrália e Brasil. Note-se que os EUA e Israel votaram contra a Convenção.³⁴⁶ Para os signatários da Convenção, que já depositaram seus instrumentos de ratificação, aceitação, aprovação ou acessão, conforme seus procedimentos constitucionais, junto à UNESCO, a Convenção entrou em vigor em 18 de março de 2007, nos termos da cláusula 29.³⁴⁷ O Congresso Nacional brasileiro aprovou a Convenção por meio do Decreto Legislativo nº 485/2006, de 20 de dezembro, tendo sido promulgada pelo Decreto Presidencial nº 6.177, de 1º de agosto de 2007 e publicada no DOU em 02 de agosto de 2007.³⁴⁸

Os termos da Convenção foram resultado da pressão de alguns países europeus, sobretudo da França, do Canadá³⁴⁹, e até do Brasil, para fazer prevalecer a visão de que os serviços e bens culturais não podem ser comparados aos demais bens e serviços, que têm cunho puramente comercial. Isso porque a diversidade cultural é característica essencial da humanidade, conforme preceitua o preâmbulo da Convenção, e deve ser preservada.

Vale ressaltar, antes de examinarmos os objetivos da Convenção da UNESCO, que a exemplo da preocupação da Europa, e em particular da França, como vimos, também o Canadá teme a dominação de sua cultura pela mídia norte-americana. Se na Europa, a invasão de produtos e serviços culturais norte-americanos é enorme, no Canadá é infinitamente maior. Conforme dados de 2003, por exemplo, estimava-se que 75% da população canadense viviam a 100 milhas da fronteira norte-americana e filmes canadenses era responsáveis por apenas 2,7% das bilheterias.³⁵⁰ Com efeito, a proximidade geográfica das cidades mais povoadas do Canadá

³⁴⁶ VOON, Tania; **UNESCO and the WTO: a clash of cultures?**; Oxford University Press: 55(3) International and Comparative Law, Quarterly 635, July 2006, p. 1.

Note-se que a Austrália se absteve por ocasião da votação, mas acedeu à convenção em 18 de setembro de 2009, conforme consta do site da UNESCO. Disponível em: <<http://portal.unesco.org/la/convention.asp?KO=31038&language=E>>. Acesso em 18 de outubro de 2010.

³⁴⁷ Art. 29 - A presente Convenção entrará em vigor três meses após o depósito do seu trigésimo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, mas unicamente em relação aos estados ou organizações regionais de integração econômica que tenham depositado os seus respectivos instrumentos de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão naquela data ou anteriormente. Para as demais Partes, a Convenção entrará em vigor três meses após a data do depósito de seu instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão.

³⁴⁸ Cfr. <<http://culturaldigital.br/setorialculturaspopulares/2010/02/04/convencao-sobre-a-protecao-e-promocao-da-diversidade-das-expressoes-culturais/>>. Acesso em 01 de março de 2010.

³⁴⁹ O Canadá foi o primeiro membro a depositar a Convenção junto à UNESCO, conforme informações do site da própria agência especializada. Isto explica-se pela importância que se dá no país à preservação da diversidade cultural de suas várias populações, inclusive aborígene. A relevância da proteção da diversidade cultural no Canadá ficará mais clara no item 5.2.1 do Capítulo 5 quando trataremos das cotas de conteúdo nacional. Disponível em:

<<http://portal.unesco.org/la/convention.asp?KO=31038&language=E>>. Acesso em 01 de março de 2010.

³⁵⁰ NATIONAL GEOGRAPHIC SOCIETY CANADA, <http://www3.nationalgeographic.com/places/countries/country_canada.html> e JAMES, Alison. Gaul Wall Won't Stall H'wood Anytime Soon. Variety, Oct. 31-Nov.6, 2005, at. 8 *apud* BRUNER, Christopher. Op. cit. 355.

com os EUA, bem como a facilidade do idioma facilitam bastante a penetração da produção audiovisual norte-americana no Canadá.

Como forma de reagir ao domínio da mídia norte-americana no Canadá, criou-se, por exemplo, o *Canadian Broadcast Corporation* a fim de promover o conteúdo canadense. Ademais, a importância da política cultural para os canadenses está refletida na Carta Canadense de Proteção aos Direitos e Liberdades, parte integrante da Constituição canadense, onde se afirma que “liberdade de pensamento, credo, opinião e expressão (...) devem ser interpretadas de modo consistente com a preservação e o incentivo à herança multicultural dos canadenses”.³⁵¹ Nesse contexto, o *Cultural Industries Sectoral Advisory Group on International Trade (SAGIT)*, grupo de consultoria canadense associado aos *Departments of Cultural Heritage and Foreign Affairs and International Trade*, em relatório de 1999, conclui que para o reconhecimento da diversidade cultural em ambiente de mercado cada vez mais globalizado e liberal,

The best solution (...) would be a **treaty on cultural diversity**, which among other things would **permit countries to implement and maintain domestic legal structures promoting cultural and linguistic diversity** and to clarify which types of protective measures would be permitted without raising the specter of retaliation.³⁵² (grifo nosso)

Como se percebe, razões não faltam para que tanto o Canadá, como a França, pelos motivos examinados anteriormente, se mostrassem dentre os principais apoiadores de um tratado sobre a diversidade cultural.³⁵³

Isso posto, passamos a analisar alguns dos objetivos da Convenção, elencados em seu art. 1º. De fato, certos dispositivos são de particular relevância para a demonstração de que os interesses culturais dos Estados podem ser determinantes na adoção de políticas comerciais para serviços e bens audiovisuais, e não devem ser entendidos como barreiras ao comércio. Senão vejamos:

Art. 1º - Os objetivos da presente Convenção são:

(...)

(f) **reafirmar a importância do vínculo entre cultura e desenvolvimento para todos os países**, especialmente para os países em desenvolvimento, e encorajar as ações empreendidas no plano nacional e internacional para que se reconheça o autêntico valor desse vínculo;

(g) reconhecer **natureza específica das atividades, bens e serviços culturais** enquanto portadores de identidades, valores e significados;

³⁵¹ BRUNER, Christopher. Op. cit. p. 385.

Segundo dispositivo contido no *Canadian Charter of Rights and Freedom, Part I of the Constitution Act 1982, being Schedule B to the Canada Act 1982, ch. 11*.

³⁵² O trecho correspondente na tradução é: “a melhor solução (...) seria um tratado sobre diversidade cultural, que entre outras coisas permitisse aos países implementar e manter estruturas jurídicas domésticas para a promoção cultural e lingüística da diversidade e para esclarecer quais os tipos de medidas protetivas seriam permitidas sem implicar em retaliações”.

³⁵³ Ibid. p.384.

(h) reafirmar o **direito soberano dos Estados de conservar, adotar e implementar as políticas e medidas que considerem apropriadas para a proteção e promoção da diversidade das expressões culturais em seu território;** (grifo nosso)

Diante de tais objetivos, tem-se a impressão de que os propósitos da Convenção da UNESCO se confrontam com as regras da OMC, e em particular do GATS, quando se trata dos serviços audiovisuais. De fato, as regras do GATS propagam a liberalização comercial dos serviços como um todo, enquanto a Convenção da UNESCO estabelece expressamente que as atividades, bens e serviços culturais têm natureza específica.

Nesse sentido, vale destacar que a Convenção define, no inciso 6) do artigo 3º, o que deve se entender por políticas e medidas culturais. Com efeito, tal conceito é relevante dado os possíveis impactos na interpretação de outros acordos internacionais. Vejamos:

6. “Políticas e medidas culturais” **refere-se às políticas e medidas relacionadas à cultura**, seja no plano local, regional, nacional ou internacional, que tenham como foco a cultura como tal, ou cuja finalidade seja exercer efeito direto sobre as expressões culturais de indivíduos, grupos ou sociedades, **incluindo a criação, produção, difusão e distribuição de atividades, bens e serviços culturais, e o acesso aos membros.**(grifo nosso)

Os atos de criar, produzir, difundir e distribuir atividades e serviços culturais podem perfeitamente estar incluídos no rol das 6 (seis) categorias de serviços audiovisuais do GATS examinadas no item 2.1.2 do Capítulo 1. Por isso, a Convenção da UNESCO e sua aplicabilidade são de especial preocupação para os membros da OMC que têm pretensões na liberalização dos serviços audiovisuais. Parece-nos que essa preocupação não é um exagero da parte daqueles que interpretam a Convenção como uma brecha para a não observância das regras da OMC.

De fato, a alínea (b) do artigo 20 da Convenção da UNESCO, que trata sobre a relação desta com outros instrumentos internacionais, estabelece que “ao interpretarem e aplicarem os outros tratados dos quais são parte ou ao assumirem novas obrigações internacionais, as Partes levarão em conta as disposições relevantes da presente Convenção”. Nosso entendimento acerca do dispositivo é no sentido de que, quando houver pedidos de liberalização comercial dos serviços audiovisuais na OMC, o Membro não disposto a liberalizar seu mercado – e que ainda não tiver compromissos consolidados no subsetor de audiovisual – pode, perfeitamente, usar como base para a recusa a própria obrigação assumida na Convenção da UNESCO no sentido de que deve proteger sua diversidade cultural e que os bens e serviços culturais têm natureza específica. Essa possibilidade, no entanto, vale apenas para os Membros que ainda não assumiram compromissos em serviços audiovisuais.

A idéia da importância que se deve dar à dimensão cultural dos serviços audiovisuais foi inserida na Convenção por meio do reconhecimento expresso no Preâmbulo de que:

as atividades, bens e **serviços culturais possuem dupla natureza, tanto econômica quanto cultural**, uma vez que são portadores de identidades, valores e significados, **não devendo, portanto, ser tratados como se tivessem valor meramente comercial**. (grifo nosso)

A Convenção constata ainda, em seu preâmbulo, que:

os processos de globalização, facilitado pela rápida evolução das tecnologias de comunicação e informação, apesar de proporcionarem condições inéditas para que se intensifique a interação entre culturas, **constituem também um desafio para a diversidade cultural**, especialmente no que diz respeito aos riscos de desequilíbrios entre países ricos e pobres. (grifo nosso)

Embora não explicitamente declarada no texto da Convenção, pode-se dizer que a idéia dos negociadores foi a de garantir que as diferentes culturas sejam preservadas face ao “poder econômico” da indústria de Hollywood, que impõe uma padronização dos hábitos culturais em todo o mundo.

Outro dispositivo de relevância é o inciso 2) do artigo 4º que define conteúdo cultural como aquilo “que se refere ao caráter simbólico, dimensão artística e valores culturais que expressam ou se originam de identidades culturais”. Essa definição permite abarcar uma série ilimitada de bens e serviços, dentre eles, jogos de computador, objetos de designer, serviços de arquitetura, serviços médicos, serviços de turismo³⁵⁴, e certamente os próprios serviços audiovisuais.

Entendemos que os dispositivos da Convenção da UNESCO anteriormente citados – preâmbulo; artigo 1º (f), (g), (h); artigo 3º, inciso 6; artigo 4º, inciso 2); artigo 20 (b), dentre outros - permitem que seus signatários tenham flexibilidade na adoção de políticas culturais destinadas a proteger e promover a diversidade das expressões culturais em seu território. Por isso, nos termos do inciso 2) do artigo 6º da Convenção, não podem ser consideradas protecionistas medidas, tais como:

- (a) medidas **regulatórias que visem à proteção e promoção da diversidade das expressões culturais**;
- (b) medidas que, de maneira apropriada, criem oportunidades às atividades, bens e serviços nacionais - entre o conjunto das atividades, bens e serviços culturais disponíveis no seu território -, para a sua criação, produção, difusão, distribuição e fruição, **incluindo disposições relacionadas à língua utilizada nessas atividades, bens e serviços**;

³⁵⁴ VOON, Tania. Op. cit. p. 5.

- (c) medidas destinadas a fornecer às **indústrias culturais nacionais independentes** e às atividades no setor informal, **acesso efetivo aos meios de produção, difusão e distribuição das atividades, bens e serviços culturais**;
- (d) medidas voltadas para a **concessão de apoio financeiro público**;
- (e) medidas com o propósito de encorajar organizações de fins não-lucrativos, e também instituições públicas e privadas, artísticas e outros profissionais de cultura, e a estimular tanto a criatividade quanto o espírito empreendedor de suas atividades;
- (f) medidas com vistas a estabelecer e apoiar, de forma adequada, as instituições pertinentes de serviço público;
- (g) medidas para encorajar e apoiar os artistas e todos aqueles envolvidos na criação de expressões culturais;
- (h) medidas objetivando **promover a diversidade da mídia**, inclusive mediante serviços públicos de radiodifusão. (grifo nosso)

Note-se que a lista de medidas da Convenção é exemplificativa, e não taxativa. Por isso, a critério dos signatários, outras medidas que visem à proteção da diversidade cultural podem ser adotadas, sem que sejam consideradas como medidas protecionistas. Percebe-se, assim, que a Convenção da UNESCO permite afirmar que os interesses culturais devem prevalecer sobre os interesses comerciais.

Vistos alguns dos artigos da Convenção, nota-se que o embate entre a prevalência de interesses culturais sobre comerciais promete interessantes discussões quando o assunto for liberalização comercial de serviços audiovisuais.

Ainda não houve uma disputa comercial no âmbito da OMC que tenha envolvido a Convenção da UNESCO. Por isso, é difícil imaginar como a Convenção poderá ser utilizada em defesa dos Membros da OMC que clamam pela prevalência dos interesses culturais sobre os interesses comerciais. No entanto, fato é que a Convenção gera condições para proteção e promoção da diversidade das expressões culturais dos signatários em seus respectivos territórios, e por isso, a não ser que determinado Membro da OMC já tenha assumido obrigações específicas no setor do audiovisual para a liberalização de determinado serviço em acesso a mercados e/ou em tratamento nacional, este Membro ganha mais força para negar negociações da abertura de seu mercado de serviços audiovisuais. Essa é também a opinião de especialistas no assunto, que afirmam que um Membro da OMC que também seja Estado-Membro da Convenção da UNESCO pode deixar de apresentar ofertas nas negociações do GATS³⁵⁵ e até especulam que a Convenção pode ter sido elaborada para aumentar o poder de barganha de seus Membros nas negociações da OMC.³⁵⁶ Nesse sentido, indicam a possibilidade de Membros pleitearem:

³⁵⁵ VOON, Tania. Op.cit. p. 8.

³⁵⁶ ACHESON, Keith; MAULE, Christopher. **Convention on Cultural Diversity** (2004) 28 Journal of Cultural Economics 243, 251 *apud* VOON, Tania. Op. cit. p.9.

(..) the need to promote the principles of the UNESCO Convention, under Article 21, as a multilateral basis for negotiating stance, as well as the recognition under the GATS of the legitimacy of 'national policy objectives' under Article XIX(2).³⁵⁷

Isso posto, pode-se defender que a Convenção possui o condão, ainda que não explicitamente, de retirar do âmbito da OMC as negociações referentes a serviços³⁵⁸ culturais (aí incluídos os audiovisuais) que ultrapassam interesses comerciais. Essa, pelo menos, é a visão daqueles que defendem a supremacia dos interesses culturais sobre os interesses comerciais. É a opinião, por exemplo, de nosso atual Ministro da Cultura, Sr. João Luiz Silva Ferreira, que entende que “a Convenção traz pela primeira vez, no plano da pactuação internacional, a necessidade de combinar o desenvolvimento econômico com a preservação do patrimônio cultural dos povos, das comunidades e das culturas”.³⁵⁹

Com efeito, algumas medidas destinadas à proteção da diversidade cultural e da própria cultura nacional já vêm sendo adotadas pelos signatários, e foram (ou serão) legitimadas pela Convenção. Um exemplo desse fato é a imposição de cotas de conteúdo nacional e para produção independente amplamente utilizada em vários países, e, em discussão em outros, tal como o Brasil. Dada a importância da medida, teceremos maiores comentários nos itens 4.1 do Capítulo 4, no que se refere à experiência estrangeira, e no item 5.2 do Capítulo 5, no que respeita a iniciativa brasileira. Se a imposição de cotas de conteúdo nacional, por um lado, encontra respaldo no artigo 6º, inciso 2, alínea (b) da Convenção da UNESCO, anteriormente mencionada, ela é, por outro lado, contrária ao princípio basilar da OMC, qual seja, a do tratamento nacional.

Como se vê, a Convenção da UNESCO deu posição de destaque à preservação da diversidade e identidade cultural dos povos no cenário dos direitos e obrigações internacionais. Nesse sentido, o grupo de Membros da OMC que defendem a supremacia dos interesses culturais, ou seja, a prevalência da exceção cultural na OMC sobre os interesses comerciais, obteve conquista importante. Não se pode negar, entretanto, que por de trás do viés de preservação cultural, pode-se esconder o desejo meramente protecionista de restrição de conteúdo

³⁵⁷ VOON, Tania. Op. cit. p. 9.

A tradução correspondente no original é: “(...) a necessidade de promover os princípios da Convenção da UNESCO, nos termos do artigo 21, como base multilateral de negociação, bem como o reconhecimento pelo GATS da legitimidade dos ‘objetivos de política nacional’ previstos no artigo XIX (2)”.

³⁵⁸ Não nos referimos aos bens culturais, já que este trabalho não objetiva analisar o GATT ou qualquer outro acordo da OMC, além do GATS e mais especificamente o setor de comunicação.

³⁵⁹ MINISTÉRIO DA CULTURA **Convenção Internacional**: ministro da Cultura, Gilberto Gil, empenhou-se pessoalmente para a aprovação do acordo. Fundação Cultural Palmares. Disponível em: <http://www.palmares.gov.br/003/00301009.jsp?ttCD_CHAVE=504>. Acesso em 03 de março de 2010.

estrangeiro por meio de imposição de cotas de conteúdo nacional, por exemplo. Ademais, não se pode negar que a exceção cultural não está prevista nem no artigo XX do GATT 94 nem no artigo XIV do GATS, que tratam das possíveis exceções à liberalização comercial.

Como se percebe, defender que a Convenção da UNESCO deve prevalecer sobre as pressões por maior liberalização comercial nos serviços audiovisuais e em todos os serviços que tenham cunho cultural não será tarefa simples, pois contará com a força contrária dos EUA que não assinaram a Convenção da UNESCO e com o argumento de que não é um instrumento integrante do GATS/OMC.

Contudo, embora não faça parte dos acordos da OMC, entendemos que nas futuras negociações sobre o setor de comunicação, e em particular dos serviços audiovisuais, a Convenção da UNESCO será levada à mesa de negociações para respaldar a argumentação daqueles que não querem se ver obrigados a assumir compromissos de liberalização comercial nesse setor. De fato, acreditamos que por conferir uma importância muito grande à diversidade cultural dos povos, será muito difícil excluí-la por completo das discussões sobre liberalização comercial envolvendo conteúdo audiovisual. Pode ser até que, formalmente, não seja referenciada nos documentos oficiais resultantes das negociações entre Membros, mas os seus fundamentos nortearão o pleito daqueles que defendem a necessidade de preservação da diversidade e identidade cultural dos povos.

Com efeito, não há como negar que os Membros da UNESCO que subscreveram a Convenção³⁶⁰ terão legitimidade em querer usar as regras ali acordadas. De fato, parece-nos que qualquer negociação comercial que vá de encontro aos termos da Convenção da UNESCO será de difícil aprovação no âmbito do Conselho de Comércio em Serviços da OMC, notadamente em função da posição de Membros – tanto da UNESCO quanto da OMC, tais como a UE e o Canadá, defendem a prevalência dos interesses culturais sobre os interesses comerciais. Note-se, também, que essa mesma Convenção já foi citada recentemente em contencioso na OMC envolvendo China e EUA. A receptividade da tese apresentada ao OSC será examinada no item 4.4 do Capítulo 4.

³⁶⁰ Dos 193 (cento e noventa e três) Estados Membros e 7 (sete) Membros Associados da UNESCO, apenas 114 (cento e quatorze) ratificaram a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais. Disponível em: <<http://erc.unesco.org/portal/UNESCOMemberStates.asp?language=en>>. Acesso em 12 de outubro de 2010.

4. ATUAL CENÁRIO SOBRE CONTEÚDO AUDIOVISUAL NO GATS

A continuidade das negociações em serviços não está condicionada ao término de uma rodada de negociações, como vimos no Capítulo 1. Na OMC, no entanto, o ritmo de liberalização comercial em uma área está intimamente ligado ao que se negocia e se obtém em outra área. Sendo assim, a inexistência de previsão real para o término da Rodada Doha implica a postergação da assunção de novas obrigações no setor de serviços, inclusive naqueles que se relacionam ao conteúdo audiovisual.

Apesar disso, alguns elementos já estão à disposição dos analistas e negociadores para a condução das futuras negociações, e a partir deles podemos identificar algumas possíveis consequências. Acreditamos que um desses elementos é a Convenção da UNESCO que foi analisada no final do Capítulo anterior. Isso posto, examinaremos neste Capítulo outros 4 (quatro) elementos intrínsecos ao atual cenário do GATS que, segundo nosso entendimento, poderão contribuir no processo negociador que se relaciona com o conteúdo audiovisual.

Desse modo, analisaremos, na sequência, os marcos regulatórios norte-americano e europeu sobre audiovisual; as principais propostas apresentadas no setor de comunicação do GATS, que podem gerar impacto para a regulação do conteúdo audiovisual; os compromissos e isenções à cláusula da NMF relacionadas ao conteúdo audiovisual; e, finalmente, a jurisprudência da OMC que pode importar para a futura interpretação de compromissos relativos ao setor de comunicação, inclusive no que tange ao conteúdo audiovisual.

4.1 Contraposição dos marcos regulatórios norte-americano e europeu

Não é recente o embate de posições entre norte-americanos e europeus no que se refere aos serviços audiovisuais. Com efeito, desde antes do GATT 47, EUA e UE se pautavam por distintos interesses ao tratar da comercialização desses serviços. Essas posições sempre encontraram respaldo em suas próprias legislações. A situação atual não é diferente. Sendo assim, a análise – ainda que não exaustiva – dessas legislações permite que infiramos como tais

Membros conduzirão suas negociações em serviços audiovisuais no futuro e justificarão suas posições sobre os distintos entendimentos acerca da natureza dos serviços audiovisuais.

Na UE, o Tratado de Maastricht, de 1992 (em vigor em 01 de novembro de 1993) incluiu a cultura no âmbito das políticas europeias (artigo 128º - renumerado para artigo 151º com o Tratado de Amsterdã, de 1997, em vigor em 01 de maio, e, agora, renumerado para artigo 167º com o Tratado de Lisboa, em vigor desde 01 de dezembro de 2009). Com efeito, o artigo 167 do Tratado de Lisboa dispõe que:

1. **A União contribuirá para o desenvolvimento das culturas dos Estados-Membros, respeitando a sua diversidade nacional e regional, e pondo simultaneamente em evidência o património cultural comum.**
2. A acção da União tem por objectivo incentivar a cooperação entre Estados-Membros e, se necessário, apoiar e completar a sua acção nos seguintes domínios:
 - melhoria do conhecimento e da divulgação da cultura e da história dos povos europeus,
 - **conservação e salvaguarda do património cultural de importância europeia,**
 - intercâmbios culturais não comerciais,
 - **criação artística e literária, incluindo o sector audiovisual.**
3. A União e os Estados-Membros incentivarão a cooperação com os países terceiros e as organizações internacionais competentes no domínio da cultura, em especial com o Conselho da Europa.
4. **Na sua acção ao abrigo de outras disposições dos Tratados, a União tem em conta os aspectos culturais, a fim de, nomeadamente, respeitar e promover a diversidade das suas culturas.**
5. Para contribuir para a realização dos objectivos a que se refere o presente artigo:
 - O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, e após consulta do Comité das Regiões, adoptam acções de incentivo, com exclusão de qualquer harmonização das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros,
 - O Conselho adopta, sob proposta da Comissão, recomendações. (nossa ênfase)³⁶¹

Como se percebe, a partir de 1993, os interesses culturais dos membros da UE ganham relevância no âmbito da política pública europeia. Assim, a posição europeia nas negociações comerciais na OMC passa a ser reflexo das determinações contidas em seus instrumentos jurídicos, e não apenas de interesses de alguns países que formam a UE, como é o caso da França que tanto defendeu a exceção cultural durante as negociações que deram origem ao GATS.

Note-se que à época das negociações da Rodada Uruguai, vigia na UE a Diretiva conhecida como TV sem Fronteiras, adotada em 1989.³⁶² Segundo a Diretiva, 51% de todos os programas europeus de entretenimento deveriam ter origem europeia, conforme dispõe o artigo 4º:

³⁶¹ Disponível em:

<http://europa.eu/legislation_summaries/economic_and_monetary_affairs/institutional_and_economic_framework/treaties_maastricht_pt.htm>. Acesso em 23 de agosto de 2010.

³⁶² Directiva 89/552/CEE do Conselho, de 3 de outubro de 1989, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao exercício de actividades de radiodifusão televisiva.

Art. 4º –

(1) **Sempre que tal se revele exequível e através dos meios adequados, os Estados-membros velarão por que os organismos de radiodifusão televisiva reservem a obras comunitárias, ..., uma percentagem maioritária do seu tempo de antena, excluindo o tempo consagrado aos noticiários, a manifestação desportivas, jogos, publicidade ou serviços de teletexto.** Essa percentagem, tendo em conta as responsabilidades do organismo de radiodifusão televisiva para com o seu público em matéria de informação, educação, cultura e diversão, deve ser obtida progressivamente com base em critérios adequados.

(2) Sempre que não for possível atingir a percentagem definida no n. 1, o valor a considerar não deve ser inferior à percentagem média registrada em 1988 no Estado-Membro em causa.

Todavia, no que se refere à Grécia e a Portugal, o ano de 1988 é substituído pelo de 1990. (grifo nosso)

O artigo 4º da Diretiva TV sem Fronteiras mencionava que a exigência deve ser cumprida “sempre que se revele exequível”, o que significa que cada Estado-Membro poderia decidir acerca do cumprimento deste percentual mínimo exigido.

Após uma revisão em 1997, ainda sob o nome de Diretiva TV sem Fronteiras, em 2007 foi publicada a Diretiva Serviços de Comunicação Social Audiovisual, que, por sua vez, foi consolidada em 10 de março de 2010³⁶³ [Diretiva AVMSD-2010 ou Diretiva], já que a de 2007 não contemplava os dispositivos da Diretiva TV sem Fronteiras ainda em vigor. Segundo Viviane Reading, atual vice-presidente da Comissão Europeia, e comissária europeia para a sociedade da informação e da mídia, a não atualização da Diretiva TV sem Fronteiras agravaria as injustificadas diferenças de tratamento regulatório entre diversas formas de distribuição do mesmo conteúdo. Verifiquemos trecho pertinente do discurso da comissária em Bruxelas, em 2006, na conferência *Regulating the New Media Landscape*, antes da aprovação da Diretiva que atualizou a Diretiva TV sem Fronteiras:

(...) ‘traditional’ television broadcasting services would remain regulated on the basis of the regulatory approach of the 1980’s and 1990’s. With the current rules, non-linear services [on demand] have to comply with different – often diverging – national rules applying to the new services. This bears the risk of closing markets for on-demand audiovisual services and creating and reinforcing monopolies (...)

The Commission’s proposal aims to create **a single market framework for all types of television and television like services irrespective of the technology used to transmit or receive them.**³⁶⁴ (grifo nosso)

³⁶³ Directiva 2010/13/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 10 de Março de 2010, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros respeitantes à oferta de serviços de comunicação social audiovisual (Directiva “Serviços de Comunicação Social Audiovisual”). Disponível em: http://ec.europa.eu/avpolicy/reg/tvwf/index_en.htm. Acesso em 23 de agosto de 2010.

³⁶⁴ READING, Viviane. **The Audiovisual Media Services Directive**: the right instrument to provide legal certainty for Europe’s media businesses in the next decade. Conferência organizada pela *Academy of European Law* (ERA) em cooperação com a Representação Bávara para a UE e o suporte acadêmico do *Institute for European Media Law*, Bruxelas, 07 de junho de 2006. O trecho corresponde na tradução é: “(...) os serviços ‘tradicionais’ de radiodifusão permaneceriam regulados nos termos do enfoque regulatório das décadas de 1980 e 1990. Com as regras atuais, os serviços não lineares [sob demanda] têm de cumprir com diferentes – e frequentemente divergentes – regras nacionais aplicáveis aos novos serviços. Isso traz o risco de fechar mercado nos serviços audiovisuais sob demanda, bem como criar e reforçar monopólios (...). A proposta da Comissão pretende

Como se percebe, houve necessidade de adaptação da legislação europeia para fazer face à convergência tecnológica que tanto vem impactando o setor da comunicação, e da qual já tratamos no Capítulo 2.

No que se refere às exigências de percentual mínimo de conteúdo europeu, não houve mudanças com relação ao que previa a Diretiva TV sem Fronteiras. Renumerou-se apenas o dispositivo: artigo 16, e não mais 4º. A preocupação continuou a mesma: a preservação da cultura e identidade europeias, possibilitando a unidade dentro da diversidade cultural dos Membros da UE. Examinaremos o dispositivo relevante mais adiante quando tratarmos das cotas de conteúdo ‘nacional/europeu’ na UE. Por ora, analisaremos as definições e esclarecimentos quanto à política europeia para os serviços que envolvem conteúdo audiovisual contidos na Diretiva AVMSD-2010.

O Considerando nº 23 da Diretiva, por exemplo, define o conceito de audiovisual:

imagens em movimento com ou sem som, incluindo, por conseguinte, os filmes mudos, mas não abrangendo a transmissão áudio nem os serviços de rádio. Embora o objectivo principal de um serviço de comunicação social audiovisual consista no **fornecimento de programas**, a definição deste tipo de serviço deverá abranger igualmente os conteúdos em texto que acompanha programas, como os serviços de legendagem e os guias electrónicos de programas.³⁶⁵ (grifo nosso)

O Considerando nº 5, por sua vez, reitera o entendimento de que os serviços audiovisuais exercem duplo papel quando esclarece que:

Os serviços de comunicação social audiovisual são, simultaneamente, serviços culturais e serviços económicos. A importância crescente de que se revestem para as sociedades, a democracia — garantindo designadamente a liberdade de informação, a diversidade de opiniões e o pluralismo dos meios de comunicação social —, a educação e a cultura justificam a aplicação de regras específicas a esses serviços. (grifo nosso)

A Diretiva deixa claro, também, segundo o Considerando nº 12, que a política europeia de regulação do audiovisual deve levar em conta a diversidade cultural, tal como preconizado na Convenção da UNESCO analisada no item 3.2.2 do Capítulo 3,

em 15 de Dezembro de 2003, a Comissão aprovou uma Comunicação sobre o **futuro da política europeia de regulação audiovisual**, na qual sublinhou que **a política de regulação no sector tem de salvaguardar um conjunto de interesses públicos, tais como a diversidade cultural**, o direito à informação, o pluralismo dos meios de comunicação social, a protecção dos menores e a

criar mercado único para todos os tipos de televisão e serviços similares ao de televisão, independentemente da tecnologia usada para transmiti-los ou recebê-los”.

³⁶⁵ Cfr. < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:095:0001:0024:PT:PDF> >. Acesso em 23 de agosto de 2010.

defesa dos consumidores, e reforçar a capacidade crítica do público e a educação para os media, agora e no futuro. (grifo nosso)

Aliás, a Diretiva, no Considerando nº 7, afirma que a mesma respeita os princípios estabelecidos na Convenção da UNESCO, e que o Parlamento Europeu pleiteara a exclusão dos serviços audiovisuais da liberalização comercial pretendida no âmbito da Rodada Doha, embora não tenha sido plenamente bem-sucedido uma vez que o setor de audiovisual foi incluído no GATS. Verifiquemos o referido Considerando:

Em suas resoluções de 1 de Dezembro de 2005 e 4 de Abril de 2006 sobre a Ronda de Doha e as Conferências Ministeriais da OMC, **o Parlamento Europeu apelou a que os serviços públicos essenciais, como os serviços audiovisuais, fossem excluídos da liberalização no quadro da ronda de negociações do Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (GATS).** Na sua Resolução de 27 de Abril de 2006, o Parlamento Europeu manifestou o seu apoio à Convenção da Unesco sobre a Protecção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, que declara nomeadamente que «as actividades, os bens e os serviços culturais têm natureza simultaneamente económica e cultural, porque são portadores de identidades, valores e significados, não devendo, portanto, ser tratados como se tivessem apenas valor comercial». **A Decisão 2006/515/CE do Conselho, de 18 de Maio de 2006, relativa à celebração da Convenção sobre a Protecção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, aprovou a Convenção da Unesco em nome da Comunidade.** A Convenção entrou em vigor em 18 de Março de 2007. **A presente directiva respeita os princípios estabelecidos nessa Convenção.** (grifo nosso)

A Diretiva AVMSD-2010 é, ainda, relevante porque estabelece que tanto os serviços de TV aberta (serviço de radiodifusão sonora e de imagens, de acordo com a legislação brasileira, conforme examinaremos no item 5.1.1.1 do Capítulo 5) quanto o serviço de TV por assinatura (serviços de telecomunicação, de acordo com a legislação brasileira, conforme examinaremos no item 5.1.1.2 do Capítulo 5) estão por ela abrangidos. Como se vê, ao contrário do Brasil, a UE possui legislação única no que tange o conteúdo audiovisual.³⁶⁶

É, nesse sentido, que dispõe o Considerando nº 21 da referida Diretiva:

a definição de serviço de comunicação social audiovisual **deverá abranger tanto os serviços de radiodifusão televisiva como a pedido**³⁶⁷, que sejam meios de comunicação de massas, isto é,

³⁶⁶ Vale notar que, ao contrário dos EUA, e da mesma forma que ocorre no Brasil, a UE possui legislação própria para regular os serviços de telecomunicação (no que respeita o acesso à infraestrutura). Atualmente, o setor de telecomunicação na UE é regido por Diretiva de 2002, mas um acordo sobre a reforma do setor foi obtido pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho de Ministros em 4 de novembro de 2009, tendo entrado em vigor em 18 de dezembro de 2009. Nesse sentido, os 27 (vinte e sete) Estados-Nacionais terão até maio de 2011 para transpor as novas regras em suas legislações nacionais. Curioso notar que, dentre as novas regras, está a criação do Organismo dos Reguladores Europeus das Comunicações Eletrônicas (ORECE ou BERECE, do inglês Body of European Regulators of Electronic Communications) que objetivará a garantir a concorrência e a coerência da regulamentação em toda a Europa. O ORECE é formado pelos presidentes das 27 autoridades reguladoras nacionais (agências reguladoras, no Brasil) das telecomunicações. As decisões do ORECE serão tomadas por maioria, entre os 27 Estados-Membros. Para maiores informações, ver COMISSÃO EUROPEIA. **Novo regulador europeu das telecomunicações entra em funções.** Disponível em: < <http://europa.eu/rapid/pressReleaseActions.do?reference=> >. Acesso em 23 de setembro de 2010. E, também: COMISSÃO EUROPEIA. **The Telecom Reform.** Disponível em: http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/tomorrow/index_en.htm >. Acesso em 23 de setembro de 2010.

³⁶⁷ No Brasil, os serviços de radiodifusão televisiva a pedido são representados pelos serviços de TV por assinatura.

destinados ao público em geral e susceptíveis de ter um impacto claro numa parte significativa desse público. (grifo nosso)

Já nos EUA é o *Telecommunications Act*, de 3 de janeiro de 1996 – que alterou o *Communications Act*, de 1934 - que disciplina os serviços de telecomunicação, de radiodifusão sonora e de imagens, e sonora (lá referidos como *broadcast services*) e TV a cabo (lá referida como *cable services*).³⁶⁸ Ainda mais unificado que na UE, o marco regulatório norte-americano disciplina não só a TV aberta (além de rádio) e fechada, que dizem respeito essencialmente a conteúdo, como também o serviço de telecomunicação que se refere à infraestrutura de acesso que dá suporte a outros serviços, inclusive televisivos.

Compete à *Federal Communications Commission* [FCC], criada pelo *Communications Act*, de 1934, a outorga de licenças para os 3 (três) serviços. Nesse sentido, a FCC estabelece, por exemplo, regras sobre a emissão de sinal, limites de propriedade, acessibilidade (i.e. *closed caption*, audiodescrição), *parental control* (programação infantil) e conteúdo indecente, - regras essas que, aliás, também são encontradas na legislação europeia -, mas não regula o conteúdo de modo a discriminar sua nacionalidade. Ou seja, os EUA não impõem percentuais mínimos de conteúdo nacional, como faz a UE, por exemplo.

De fato, nos EUA, a intervenção do governo na organização das empresas ligadas ao setor deve ser mínima, prevalecendo as regras do mercado. Pode-se dizer, inclusive, que a mínima intervenção justifica-se tanto pela dimensão libertária, ou substantiva, quanto pela democrática, ou instrumental, que são dadas às liberdades de expressão e de imprensa naquele país, e que encontram amparo na Primeira Emenda à Constituição norte-americana.³⁶⁹

³⁶⁸ Cfr. <<http://www.fcc.gov/telecom.html>>. Acesso em 09 de setembro de 2010.

³⁶⁹ A título ilustrativo, seguem algumas observações de Gustavo Binenbojm quanto às liberdades de expressão e de imprensa nos EUA e seus dilemas teóricos:

“O texto da Primeira Emenda à Constituição, de 1791, estabelece que: ‘O Congresso não editará leis estabelecendo uma religião oficial ou proibindo o livre exercício religioso; ou cerceando a liberdade de expressão ou de imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de peticionar ao governo para a reparação de danos’.

Há duas grandes concepções sobre as liberdades de expressão e de imprensa no pensamento norte-americano: (1) a teoria libertária, centrada na figura do autor da mensagem, seja ele um artista, escritor, jornalista ou qualquer outro sujeito que realize atividade expressiva de idéias; tal teoria prega que as garantias da Primeira Emenda visam proteger fundamentalmente a autonomia privada e o direito à expressão do pensamento sem interferências externas. Sob este prisma, a liberdade de expressão ‘é um bem em si, é um aspecto da auto-realização (sic) do homem (self-fulfillment), essencial ao pleno desenvolvimento de sua personalidade’; e (2) a teoria democrática vê a Primeira Emenda, essencialmente, como instrumento de autogoverno, de forma a permitir que os cidadãos sejam livremente informados sobre os assuntos de interesse geral e, desse modo, estejam aptos a formar livremente sua convicção; tal teoria coloca a figura do destinatário da mensagem no centro da gravidade das liberdades de expressão e imprensa”. Por intermédio da livre manifestação do pensamento é mais provável que se chegue à verdade, que se corrijam erros ou, ainda, que se produzam boas políticas.” BINENBOJM, GUSTAVO. **Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa**. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. Revista

Assim, mesmo aqueles setores que pensamos não serem regulados, podem sê-lo. Como ensina Gustavo Binenbojm,

quem lê o texto da Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos com rigor literal se engana. Embora vazada em termos peremptórios, proibindo a edição de qualquer lei pelo Congresso que viesse a cercear as liberdades de expressão e de imprensa dos cidadãos, seu significado ao longo da história americana jamais chegou a ser tão rigoroso. O fato de ser primariamente uma típica garantia liberal do cidadão contra a autoridade constituída não impediu que algum tipo de limitação sempre fosse admitida como forma de proteção do “interesse público”. Nessa linha é que se tornaram comuns e amplamente aceitas as leis penais que protegiam a honra de terceiros contra o exercício abusivo da palavra, bem como outras que proscreviam atividades comunicativas atentatórias à segurança do Estado e da sociedade.³⁷⁰

Sob essa ótica, admite-se a regulação do conteúdo nos EUA, principalmente, sob 3 (três) aspectos: a) indecência, b) publicidade em radiodifusoras não comerciais e c) programação infantil.³⁷¹

Quanto ao primeiro aspecto, merece destaque a diferença entre obscenidade e indecência:

In the United States, the Communications Act of 1934 prohibits the broadcasting of obscenity at any time. Essentially, **obscenity is defined as whether an average person, applying contemporary community standards, finds that a broadcast appeals to the prurient [appealing to unusual desire] interest.** On the other hand, some indecent programming is allowed between the watershed hours (in the United States called the ‘safe harbor’ hours) of 10:00 pm-6:00am. Essentially, **indecenty is defined by the FCC as ‘language that, in context, depicts or describes, in terms patently offensive as measured by contemporary community standards for the broadcast medium, sexual or excretory activities or organs. Again, the barometer of what is considered to be indecent is the marketplace of consumers, which generally has reacted unfavorably towards broadcast media content containing nudity and profanity.’**³⁷² (grifo nosso)

No que se refere à publicidade, tem-se que:

In the United States, non-commercial broadcasters —public, college and university stations and community broadcasters— are strictly prohibited from airing advertisements. However, under strict guidelines, non-commercial broadcasters are allowed to air sponsorships, which are defined by clear boundaries. Some of these guidelines include the prohibition of programming that urges

Eletrônica de Direito Administrativo Eletrônico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 5, fev/mar/abril de 2006, Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 03 de julho de 2010.

³⁷⁰ Loc.cit.

³⁷¹ Mc KENZIE, Robert. **Comparing Media Regulation Between France, the USA, Mexico and Ghana.** (2005) Comparative Media Law Journal, July – December, n. 6, pp. 129-170. Disponível em: <http://www.obs.co.int/oea_publ/iris_plus/iplus10_2009.pdf.en>. Acesso em 03 de julho de 2010.

³⁷² Ibid. p. 137.

O trecho correspondente na tradução é: “Nos Estados Unidos, o Communications Act, de 1934, proíbe obscenidades na radiodifusão a qualquer tempo. Essencialmente, obscenidade é definida como se a média da população, aplicando padrões de comportamentos contemporâneos, entendesse que o radiodifusor apela para interesses fora do comum. Por outro lado, alguns programas indecentes estão permitidos no horário entre 22:00h e 06:00h. Essencialmente, a indecência é definida pela FCC como linguagem que, no contexto, denota ou descreve, termos patentemente ofensivos conforme avaliação dos padrões da comunidade contemporânea no que tange aos meios de radiodifusão, atividades ou órgãos sexuais. Novamente, o barômetro do que pode ser considerado indecente é o mercado de consumidores, que geralmente reage de modo não favorável ao conteúdo midiático que contém nudismo e profanidade”.

the audience to buy anything, or gives a price out for or favorably describes a product or service.³⁷³

Finalmente, quanto à programação infantil, há uma série de requisitos que devem ser cumpridos pelas emissoras de TV, dentre eles, destacam-se:

One requirement is that all stations must provide at least three hours per week of educational/informational programming for children — though it is left to broadcasters to define what educational and informational programming is. A second requirement is that bumpers must be aired between children’s programming and advertising. And a third requirement is that advertising minutage is limited to 10.5 minutes per hour on weekdays and 12 minutes per hour at weekends (this regulation is the only restriction on advertising minutage that broadcasters in the United States are required to follow). In addition, as part of the license renewal process, the FCC evaluates a television station’s overall commitment to children’s programming.³⁷⁴

Um exemplo de legislação sobre proteção infantil é o *Protecting Children from Indecent Programming Act*, de 2007, que altera o *Telecommunications Act*, de 1996 para impor penalidades financeiras aos *broadcasters* que veicularem até mesmo uma única imagem ou palavra que constitua programação indecente.³⁷⁵ O filme franco-belga “Kiriku e a Feiticeira”, de 1998, destinado ao público infantil sofreu restrições quanto à sua exibição nos EUA, provavelmente, em função desta legislação. O filme traz todo o fascínio da tradição africana numa história que celebra a coragem, a curiosidade e a astúcia, baseada em uma lenda da África Ocidental sobre uma comunidade submissa a uma terrível feiticeira³⁷⁶, em que, tal como nas tribos dessa região do planeta, as mulheres não cobriam seus seios. Em função disso, o filme foi classificado para público adulto e só pode ser exibido na TV a cabo e à noite.³⁷⁷ Ou seja, um

³⁷³ Ibid. p. 154.

O trecho correspondente na tradução é: “Nos Estados Unidos, os radiodifusores não-comerciais – public, estações universitárias e radiodifusoras comunitárias – estão estritamente proibidas de veicular publicidade. No entanto, de acordo com regras restritivas, os radiodifusores não-comerciais estão permitidos de veicular patrocínios definidos por regras claras. Algumas dessas orientações incluem a proibição de programação que conchama a audiência a comprar qualquer coisa, precifica coisas ou descreve produtos e serviços de modo positivo.

³⁷⁴ Loc. cit.

O trecho correspondente na tradução é: “Uma primeira exigência é a de que todas as estações devem veicular pelo menos três horas semanais de programação educacional/informativa destinada a crianças – embora esteja a critério da radiodifusora definir quais programas veicular. Uma segunda exigência é a de que notas explicativas devem ser veiculadas entre a programação infantil e a propaganda. Uma terceira exigência é a de que a propaganda esteja limitada a 10 minutos e meio a cada hora durante a semana e a 12 minutos por hora nos finais de semana (essa é a única restrição sobre minutagem de propaganda a que os radiodifusores dos EUA estão submetidos). Ademais, como parte do procedimento de renovação de outorga, a FCC avalia o desempenho geral da estação televisiva no que se refere à programação infantil”.

³⁷⁵ Não há definição no *Act* do que pode ser considerado “programação indecente”. Para maiores informações, consultar <<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c110:h.r.3559>> (Library of Congress), como também o artigo *Supreme Court Finds in Favor of FCC in Profanity Case*. Disponível em: <<http://www.parentstv.org/ptc/news/articles/2009/SCOTUS.asp>>, segundo o qual, em 28 de abril de 2009, a Suprema Corte considerou indecentes certos conteúdos exibidos pela FOX (FCCxFOX) e atribuiu competência ao órgão regulador das comunicações regular acerca da matéria. Acesso em 30 de agosto de 2010.

³⁷⁶ **Revista África e Africanidades** - Ano 2 - n. 8, fev. 2010. Disponível em: <<http://www.africaeaficanidades.com>>. Acesso em 26 de junho de 2010.

³⁷⁷ Para maiores informações, <<http://www.imdb.com/title/tt0181627/usercomments>> Acesso em 26 de junho de 2010.

filme destinado ao público infantil não pode ser assistido pelas crianças norte-americanas em função do controle ao conteúdo exibido.

A preocupação com a regulação de conteúdo infantil demonstra que há certos conteúdos que, independentemente do valor comercial que possam ter, demandam outros cuidados por parte do Estado. A preocupação com o conteúdo dirigido ao público infantil não é apenas dos norte-americanos.³⁷⁸ Para os europeus, por exemplo, além de conteúdo infantil, deve-se preservar o conteúdo que dá sentido aos valores e tradições nacionais. Essa preservação é feita por meio de política de cotas de conteúdo nacional e produção independente, a qual também se verifica no Canadá³⁷⁹, por exemplo, como veremos adiante.

Antes de tratar, em detalhes, de como é a experiência do direito comparado para a política de cotas, vale pontuar algumas características gerais que são relevantes para entender as razões que levaram certos governos estrangeiros a adotá-la.

Na União Europeia, a política de cotas ocorre tanto para a TV aberta quanto para a fechada. É o que estabelece o Considerando 21 da Diretiva AMSD:

(...) a definição de serviço de comunicação social audiovisual **deverá abranger apenas os serviços de comunicação social audiovisual, tanto a radiodifusão televisiva como a pedido, que sejam meios de comunicação de massas, isto é, destinados ao público em geral e susceptíveis de ter um impacto claro numa parte significativa desse público.** O seu âmbito deverá (...) abranger, por conseguinte, **qualquer forma de actividade económica, incluindo a das empresas de serviço público, mas não actividades de carácter essencialmente não económico e que não estejam em concorrência com a radiodifusão televisiva, tais como sítios web privados ou serviços que consistam na oferta ou distribuição de conteúdos audiovisuais produzidos por utilizadores particulares para serem partilhados e trocados no âmbito de grupos com interesses comuns.** (grifo nosso)

³⁷⁸ Na União Europeia, o artigo 3h) da *Audiovisual Media Service Directive*, de 2007, e consolidada em 2010, estabelece que “o conteúdo pode prejudicar gravemente o desenvolvimento das crianças e deve estar disponibilizado apenas se ficar garantido o não acesso pelas crianças ou algum outro tipo de controle, não necessariamente, porém, limitado ao *parental control*. Disponível em: < http://ec.europa.eu/avpolicy/reg/avms/index_en.htm >. Acesso em 30 de agosto de 2010.

No Brasil, além dos dispositivos do Estatuto da Criança e Adolescente [Lei 8069, de 13.07.1999] que exigem que conteúdo audiovisual inadequado ao público infanto-juvenil seja devidamente indicado pelos veículos de comunicação (i.e art. 254 e 255), há alguns de projetos de lei [PLs] em andamento na Câmara dos Deputados que visam a proteção do referido público (i.e PL 4511/2008, que proíbe a exposição da imagem de crianças e adolescentes doentes pelos veículos de comunicação social; e PL 3235/2000, que dispõe sobre a veiculação de programação educativa para crianças, por meio dos canais de radiodifusão de sons e imagens, e estabelece sanções pelo seu descumprimento). Para maiores informações sobre estes projetos de lei, ver < <http://www.camara.gov.br> >. Acesso em 30 de agosto de 2010.

³⁷⁹ Ainda que ao longo do presente trabalho, analisamos apenas as experiência europeia e norte-americana como contraponto à nossa realidade e também para compreender as motivações das negociações no GATS, sobretudo nos serviços audiovisuais, entendemos relevante apontar que não apenas a União Europeia possui uma política de cotas de conteúdo nacional. Nesse sentido, apesar de outros países também adotarem a política de cotas de conteúdo nacional e produção independente, como é o caso da Austrália e da Nova Zelândia, optamos por analisar as cotas canadenses tendo em vista a relevância do país para a aprovação de um tratado sobre diversidade cultural com o objetivo de proteger sua herança multicultural face ao domínio da mídia norte-americana.

Por sua vez, o Considerando 27 da Diretiva AMSD estabelece que as cotas também se aplicam à radiodifusão via internet:

A radiodifusão televisiva inclui actualmente, em particular, a televisão analógica e digital, a transmissão em directo via Internet (live streaming), a teledifusão na web e o quase vídeo a pedido, enquanto que o vídeo a pedido, por exemplo, é um serviço de comunicação social audiovisual a pedido. De um modo geral, relativamente à radiodifusão televisiva ou aos programas televisivos que são também oferecidos como serviços de comunicação social audiovisual a pedido pelo mesmo fornecedor de serviços de comunicação social, os requisitos da presente directiva deverão considerar-se cumpridos mediante o cumprimento dos requisitos aplicáveis à radiodifusão televisiva, isto é, a transmissão linear. (...) (grifo nosso)

Como se percebe pelos dispositivos citados, há forte preocupação com a proteção de culturas locais e regionais, mais do que simplesmente nacionais. Lembre-se que o acesso do europeu, sobretudo os do Norte e da Inglaterra, ao conteúdo norte-americano, no original, é bastante fácil, o que aumenta o risco de não se valorizar tanto produto audiovisual local/regional. Vale ressaltar, também, que muitos países europeus, tais como Inglaterra, França e Itália, cobram taxa pelo uso do aparelho televisivo, que ajudam a financiar a TV pública. Além disso, na Europa, a indústria doméstica do audiovisual é altamente financiada por fundos públicos, sobretudo subsídios.³⁸⁰ De fato, os subsídios à indústria audiovisual local têm, provavelmente, seu maior exemplo na União Europeia³⁸¹.

Na verdade, desde 1991, a UE promove programas para concessão de subsídios financeiros com o intuito de incentivar o setor audiovisual. São os programas denominados de

³⁸⁰ GRABER, Christoph Beat. The Stumbling Block of Trade Liberalization. In: GERADIN, Damien; LUFF, David.(coord) **The WTO and Global Convergence in telecommunications and Audio-Visual Services**. Cambridge University Press, 2004. p. 173.

³⁸¹ Ainda que o escopo do trabalho não seja o de comparar a política europeia de incentivo à indústria audiovisual à legislação brasileira para fomento do audiovisual por meio de recursos incentivados, cabe dizer que a política europeia se baseia fundamentalmente em pesados investimentos financeiros por meio dos Programas MEDIA, enquanto que a brasileira se limita ao não recolhimento de tributos que seriam devidos ao Estado em prol do investimento em produção independente e outras iniciativas culturais.

Os incentivos fiscais tributários ao setor cultural/audiovisual são concedidos no Brasil por meio de renúncia à arrecadação de determinado tributo. A título ilustrativo, aqui, o incentivo fiscal à cultura foi implementado com a Lei Sarney [Lei nº 7505, de 2 de julho de 1986], que concedeu benefícios fiscais, na área do Imposto de Renda, a toda operação de caráter cultural ou artístico. Essa iniciativa estimulou o surgimento da Lei Mendonça no município de São Paulo (Lei nº 10.923, de 30 de dezembro de 1990), que concede aos contribuintes do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) e do Imposto sobre Serviços (ISS) benefícios fiscais nos casos de investimento em projetos culturais pré-aprovados pelo município. Em seguida, o governo federal implementou política de incentivo à cultura, a partir da edição dos seguintes diplomas legais: Lei Rouanet (Lei nº 8313, de 23 de dezembro de 1991, que tem por objetivo fomentar e promover a produção cultural brasileira em suas mais diferentes áreas, tendo como princípio a priorização do produto cultural originário no país), Lei do Audiovisual (Lei nº 8685, de 20 de julho de 1993, nos termos da qual até o exercício fiscal de 2010, os contribuintes poderão deduzir do imposto de renda devido as quantias referentes a investimentos feitos na produção de obras audiovisuais cinematográficas brasileiras de produção independente) e legislações conexas, tais como a Lei nº 7505, de 2 de julho de 1996, que criou o Fundo Nacional de Cultura, para dentre outras coisas, estimular a distribuição regional equitativa dos recursos a serem aplicados na execução de projetos culturais e artísticos. É claro que na condição de país em desenvolvimento, o Brasil tem maiores dificuldades de investir no setor do audiovisual. No entanto, parece-nos que a implementação de uma política de cotas, de forma isolada, não será suficiente para fomentar a produção independente e de conteúdo nacional de qualidade.

CESNIK, Fabio. **Guia do Incentivo à Cultura**. Manole: São Paulo, 2ª edição, revisada e ampliada, 2007, p.1 e 19-28.

Mesures pour encourager le développement de l'industrie audiovisuelle (MEDIA) que, na verdade, foram iniciados como projeto piloto já em 1987.³⁸²

Como mencionado no item 3.2.1 do Capítulo 3, umas das razões do apoio financeiro estatal ao setor é a concorrência de obras não europeias, que chegam às TVs por custo bastante baixo, e desincentivam os europeus a irem aos cinemas, sobretudo para assistir a produções domésticas.³⁸³ Conforme esclarece Pingel-Lannuzze, os resultados positivos obtidos durante o primeiro período do programa (1991-1995), estimularam as autoridades a implementar programas MEDIA de maior longo prazo.³⁸⁴

Nesse sentido, ao MEDIA I (1991-1995), sucederam MEDIA II (1996-2000) e MEDIA Plus (2001- 2006). Atualmente, vige o Programa MEDIA 2007, que foi estabelecido para o período de 1º de janeiro de 2007 a 31 de dezembro de 2013, e dispõe de dotação financeira de cerca de 755 milhões de euros para o período de 2007-2013.³⁸⁵

De acordo com o site do Instituto de Cinema e Audiovisual [ICA], de Portugal, os objetivos gerais do Programa MEDIA 2007 são os seguintes:

i) preservar e valorizar a diversidade cultural e linguística europeia e o património cinematográfico e audiovisual europeus, garantir o seu acesso ao público e fomentar o diálogo intercultural; ii) fomentar a circulação e o visionamento de obras audiovisuais europeias dentro e fora da União Europeia; iii) reforçar a competitividade do sector audiovisual europeu no quadro de um mercado aberto e competitivo favorável ao emprego. Para realizar estes objectivos, o Programa MEDIA 2007 intervém nos seguintes domínios: i) aquisição e aperfeiçoamento de competências e criação de obras audiovisuais europeias (fases de pré-produção); ii) distribuição e promoção de obras audiovisuais europeias (fases de pós-produção); iii) apoio a projectos-piloto que se destinam a assegurar a adaptação do programa à evolução do mercado³⁸⁶.

Ainda, segundo o ICA,

no que se refere aos domínios de intervenção, o programa assenta nas prioridades seguintes: i) incentivar o processo criativo no sector audiovisual europeu, bem como o conhecimento e a divulgação do património cinematográfico e audiovisual europeu; ii) reforçar a estrutura do sector audiovisual europeu, em especial das pequenas e médias empresas (PME); iii) reduzir os desequilíbrios existentes no mercado audiovisual europeu entre países com grande capacidade de produção audiovisual e países ou regiões com fraca capacidade de produção audiovisual e/ou de área geográfica e linguística restrita. Esta prioridade vem dar resposta à necessidade de preservar e reforçar a diversidade cultural e o diálogo intercultural a nível europeu; iv) acompanhar a evolução do mercado em matéria de utilização da tecnologia digital.

³⁸² PINGEL-LENUZZA, Isabelle. **Audiovisuel** – Communautés européennes. Éditions du Juris Classeur – 9, Fasc. 1220, 1999. p. 23.

³⁸³ Cfr. <http://ec.europa.eu/culture/media/programme/overview/2007/consultation/index_en.htm>. Acesso em 04 de outubro de 2010.

³⁸⁴ PINGEL-LENUZZA. Loc.cit.

³⁸⁵ Cfr. <http://ec.europa.eu/culture/media/programme/overview/2007/consultation/index_en.htm>. Acesso em 04 de outubro de 2010.

³⁸⁶ Cfr. <<http://www.ica-ip.pt/pagina.aspx?pagina=276>>. Acesso em 04 de outubro de 2010.

Note-se, ainda, que está em consulta pública, desde 24 de setembro de 2010, o futuro Programa MEDIA da UE. A mesma estender-se-á até 30 de novembro de 2010 e tem como um dos objetivos a adaptação das necessidades da indústria audiovisual às novas tecnologias.

No âmbito dos programas europeus de ajuda estatal à indústria audiovisual, mencione-se que a França é o país que concede as maiores somas de subsídios para a indústria de filmes nacionais, sendo seguida pela Alemanha e pelo Reino Unido³⁸⁷, sendo que os maiores apoios financeiros estatais são dados à produção de filmes de origem nacional.³⁸⁸ Na UE, dado o robusto investimento dos Estados, via subsídios, justificam-se cotas que garantem que a produção seja efetivamente de origem europeia. Ademais, não se pode esquecer das motivações históricas europeias para a proteção de seu conteúdo audiovisual *vis à vis* a invasão de conteúdo norte-americano no pós-guerra, conforme verificamos no item 3.2 do Capítulo 3.

Depois da Europa, o Canadá³⁸⁹ é quem mais subsidia a indústria do audiovisual. O Estado canadense apóia a radiodifusão pública com mais de C\$1 bilhão ao ano.³⁹⁰ No que se refere à TV, há o Fundo da TV Canadense que apóia a produção de filmes nacionais para a tv com a soma anual aproximada de C\$200 milhões. Ademais, no Canadá, há preocupação com a preservação da cultura aborígine, fazendo que as cotas tenham por objetivo assegurar a veiculação de programação de caráter étnico. Além disso, a imposição de cotas de conteúdo nacional no Canadá também se justifica pelo fácil acesso da população às obras norte-americanas, no original, tanto na TV aberta quanto na TV fechada (paga).

Nos EUA, embora não haja apoio governamental à produção de filmes, há subsídios estatais indiretos ao setor de radiodifusão desde 1998, como parte da política antidrogas norte-americana. O governo norte-americano veicula comerciais antidrogas nas tvs cuja programação esteja em conformidade com a política antidrogas oficial do governo, logo, indiretamente o Estado auxilia financeiramente as radiodifusoras a arcar com seus custos.³⁹¹

Vale notar que nos Estados Unidos, a FCC editou, em 1970, o *Financial Interest and Syndication Rules* [FinSyn] para impor limite de 30% ao total de produção própria veiculado

³⁸⁷ PINGEL-LENUZZA. Loc.cit.

³⁸⁸ Op. cit. p. 176.

³⁸⁹ Loc. cit.

³⁹⁰ Todas as informações relacionadas ao Canadá foram obtidas no site <

http://www.media-awareness.ca/english/issues/cultural_policies/canadian_content_rules.cfm>. Acesso em 23 de agosto de 2010.

³⁹¹ GRABER, Christopher. Audiovisual Media and the Law of the WTO. In: GRABER, Christopher; et. al. **Free Trade versus cultural diversity**: WTO negotiations in the field of audiovisual services. Zurich: Schulthess, 2004, p. 15-64. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1611814>>. Acesso em 20 de agosto de 2009.

pelas emissoras de TV (aberta e fechada), sendo que o *prime time* deveria ser preenchido necessariamente por conteúdo independente, visando estimular sua produção. A política de cotas foi, portanto, fundamental para a indústria do cinema norte-americano, já que a cota de 70% de independentes foi preenchida por produtores que, hoje, são os grandes estúdios de Hollywood.³⁹²

As regras do FinSyn foram revogadas em 1995, desde quando não há mais imposição de percentuais mínimos de produção independente nas TVs. Note-se que não havia preocupação com cotas de conteúdo nacional, até porque a maior preocupação dos Estados que adotam suas políticas de cotas é a de se proteger do conteúdo audiovisual norte-americano.

Feito um rápido panorama das jurisdições que adotam (ou já adotaram, como no caso do EUA na década de 70) a política de cotas de conteúdo audiovisual, vejamos as particularidades da UE (notadamente, a França e a Inglaterra), bem como do Canadá pela grande preocupação com a preservação de sua herança multicultural e para termos um contraponto de política de cotas nas Américas³⁹³, tanto no que concerne às cotas de conteúdo nacional como às cotas de produtor independente. A experiência internacional pode servir para auxiliar o legislador brasileiro a entender em que medida a realidade estrangeira da política de cotas deve ser replicada no ordenamento jurídico interno.

Na União Europeia, os artigos 4º e 5º da Diretiva AMSD, desde 2007, estabelecem que, sempre que possível, a maioria das obras exibidas devem ser europeias, excluindo-se da contagem o tempo consagrado aos noticiários, a manifestações desportivas, jogos, publicidade e serviços de teletexto e televenda.³⁹⁴ O artigo 5º estabelece ainda que no mínimo 10% (dez por

³⁹² Evento **A Revolução da Convergência**, palestra de Manoel Rangel sobre Desafios para uma regulamentação convergente, organizado pela Associação Brasileira de TV por Assinatura - ABTA 2010, São Paulo, 11 de agosto de 2010.

³⁹³ Vale ressaltar que, no âmbito das Américas, o Presidente uruguaio, Sr. Tabaré Vasques, enviou ao Congresso um projeto de lei para regular o conteúdo dos canais de TV, rádios e cinema do país. Pelo projeto, os canais de TV aberta e de cabo deverão respeitar um percentual mínimo de 50% de produção nacional (para canais estatais seria de 70%). No caso dos rádios, o projeto exige 1/3 de música local. Na Argentina, aprovou-se a Lei de Serviços Audiovisuais, em 17 de setembro de 2009, que estabelece cotas de conteúdo nacional e produção independente. A lei argentina impõe à TV aberta obrigação de transmitir 51 % de produção nacional na programação diária, sendo que no mínimo 18% devem ser de produção própria e à TV fechada impõe a obrigação de ter na grade de programação no mínimo 35% de sinal de origem nacional, excluídos do cômputo os sinais da tv aberta. Cfr. O GLOBO. **Uruguai**: projeto do governo propõe que canais de TV tenham 50% de programação nacional, 26 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.oglobo.globo.com/mundo/mat/2009/11/26/uruguai-projeto-do-governo-propoe-que-canais-de-tv-tenham-50-de-programacao-nacional-914946365.asp>>. Acesso em 20 de agosto de 2010.

³⁹⁴ Art. 4º da Diretiva

(1) Sempre que tal se revele exequível e através dos meios adequados, os Estados-membros velarão por que os organismos de radiodifusão televisiva reservem a obras comunitárias, ..., uma percentagem maioritária do seu tempo de antena, excluindo o tempo consagrado aos noticiários, a manifestação desportivas, jogos, publicidade ou serviços de teletexto. Essa percentagem, tendo em conta as responsabilidades do organismo de radiodifusão televisiva para com o seu público em matéria de informação, educação, cultura e diversão, deve ser obtida progressivamente com base em critérios adequados.

cento) das obras exibidas devem ser produzidas por produtores independentes. Vale ainda ressaltar que o art. 1º, 2, item n) da Diretiva AMSD indica que por “obras europeias” se deve entender, essencialmente, aquelas produzidas pelos Estados-membros³⁹⁵.

No entanto, as questões culturais dos Estados-membros da UE não são de responsabilidade exclusiva da UE, aplicando-se o princípio da subsidiariedade.³⁹⁶ Por isso, o

(2) Sempre que não for possível atingir a percentagem definida no n. 1, o valor a considerar não deve ser inferior à percentagem média registrada em 1988 no Estado-Membro em causa. Todavia, no que se refere à Grécia e a Portugal, o ano de 1988 é substituído pelo de 1990. (grifo nosso)

Art. 5º da Diretiva:

Sempre que tal se revele exequível, e através dos meios adequados, os Estados-membros velarão por que os organismos de radiodifusão televisiva reservem pelo menos 10% do seu tempo de antena, com exclusão do tempo consagrado aos noticiários, manifestações desportivas, jogos, publicidade, serviços de teletexto ou televidas ou em alternativa, à escolha do Estado-membro, pelo menos 10% do seu orçamento de programação a obras europeias provenientes de produtores independentes dos organismos de radiodifusão televisiva. Essa percentagem, tendo em conta as responsabilidades dos organismos de radiodifusão televisiva para com o seu público em matéria de informação, educação, cultura e diversão, deve ser obtida progressivamente com base em critérios apropriados; **essa percentagem deve ser atingida reservando-se uma percentagem adequada a obras recentes, isto é, a obras difundidas num lapso de tempo de cinco anos após a sua produção**”. (grifo nosso).

Art. 6º da Diretiva:

“Os Estados-Membros devem assegurar, através dos meios adequados, que os serviços de comunicação social audiovisual prestados por fornecedores de serviços de comunicação social sob a sua jurisdição não contenham qualquer incitamento ao ódio com base na raça, no sexo, na religião ou na nacionalidade”. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?mode=dbl&lang=en&ihmlang=en&lng1=en.pt&lng2=bg,cs,da,de,el,en,es,et,fi,fr,hu,it,lt,lv,mt,nl,pl,pt,ro,sk,sl,sv.&val=511297:cs&page>> Acesso em 14 de agosto de 2010.

³⁹⁵ Artigo 1º. 1) “n”:

“i) as obras originárias de Estados-Membros,

ii) as obras originárias de Estados terceiros europeus que sejam parte na Convenção Europeia sobre a Televisão Transfronteiras do Conselho da Europa e satisfaçam as condições do n.º 3,

iii) as obras co-produzidas no âmbito de acordos referentes ao sector audiovisual celebrados entre a União e países terceiros e que cumpram as condições estabelecidas em cada um desses acordos.

2. O disposto nas subalíneas ii) e iii) da alínea n) do n.º 1 só se aplica caso as obras originárias de Estados-Membros não estejam sujeitas a medidas discriminatórias nos países terceiros em questão.

3. As obras referidas nas subalíneas i) e ii) da alínea n) do n.º 1 são as obras que, realizadas essencialmente com a participação de autores e trabalhadores residentes em um ou mais dos Estados a que se referem essas disposições, satisfaçam uma das três condições seguintes:

i) serem realizadas por um ou mais produtores estabelecidos em um ou vários desses Estados,

ii) a produção dessas obras ser supervisionada e efectivamente controlada por um ou mais produtores estabelecidos em um ou vários desses Estados,

iii) a contribuição dos co-produtores desses Estados para o custo total da co-produção ser maioritária e a co-produção não ser controlada por um ou mais produtores estabelecidos fora desses Estados.

4. As obras que não sejam obras europeias na acepção da alínea n) do n.º 1 mas sejam produzidas ao abrigo de acordos bilaterais de co-produção celebrados entre Estados-Membros e países terceiros são consideradas obras europeias sempre que caiba aos co-produtores da União a parte maioritária do custo total da sua produção e esta não seja controlada por um ou mais produtores estabelecidos fora do território dos Estados-Membros. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?mode=dbl&lang=en&ihmlang=en&lng1=en.pt&lng2=bg,cs,da,de,el,en,es,et,fi,fr,hu,it,lt,lv,mt,nl,pl,pt,ro,sk,sl,sv.&val=511297:cs&page>> Acesso em 14 de agosto de 2010.

³⁹⁶ O princípio de subsidiariedade pretende assegurar uma tomada de decisões tão próxima quanto possível do cidadão, mediante a verificação constante de que a acção a empreender a nível comunitário se justifica relativamente às possibilidades oferecidas pelo nível nacional, regional ou local. Concretamente, trata-se de um princípio segundo o qual a União só deve actuar quando a sua acção seja mais eficaz do que uma acção desenvolvida a nível nacional, regional ou local - excepto quando se trate de domínios da sua competência exclusiva. Este princípio está intimamente relacionado com os princípios da proporcionalidade e da necessidade, que supõem que a acção da União não deve exceder aquilo que seja necessário para alcançar os objectivos do Tratado. O referido princípio está previsto no artigo 5.3 do tratado da União Europeia, conhecido como Tratado de Maastricht. Disponível em: <http://europa.eu/scadplus/glossary/subsidiarity_pt.htm>. Acesso em 11 de setembro de 2010.

artigo 3º da Diretiva permite que os Estados-membros apliquem medidas mais restritivas (inclusive quanto aos percentuais de cotas) em relação à conteúdo de origem de fora da UE, quando entenderem que as mesmas são necessárias por razões nacionais e culturais, mas desde que não firam os princípios do direito da UE. Assim, os percentuais mínimos elencados na Diretiva europeia podem ser aumentados pelas legislações nacionais.³⁹⁷

Nesse sentido, verifiquemos o que dispõe a legislação de 2 (dois) Estados-Membros: Inglaterra³⁹⁸ e da França. Optamos pela análise dos referidos países, uma vez que o primeiro é de língua inglesa – e poderia facilmente assimilar as produções norte-americanas - e o segundo é país referência na Europa na tentativa de implementação da exceção cultural no GATS. Ambos, portanto, têm preocupação com a preservação do conteúdo nacional e, inclusive, como veremos, adotam percentual mínimo europeu ainda maior do que aquele exigido pela Diretiva.

Na Inglaterra³⁹⁹, o capítulo 4 do *Communications Act*, de 2003, estabelece obrigações de provimento de conteúdo nacional e remete a condições que a *Independent regulator and competition authority for the United Kingdom communications industries* [OFCOM] considere apropriadas para assegurar: a) que o tempo destinado anualmente para a transmissão de produções originais por radiodifusora não seja inferior ao que lhes parece ser uma proporção apropriada de tempo total destinado à transmissão de todos os programas veiculados pela emissora; b) que o tempo destinado à transmissão de produções originais seja dividido, de modo que lhes pareça apropriado, entre os horários de pico de audiência e outros horários.

A OFCOM estabelece também, a seu critério, cota de até 65% de conteúdo original (gerado no Reino Unido). As regras não são iguais para todas as radiodifusoras, variando em função, inclusive, de se localizarem em grandes centros urbanos ou não, bem como da distância de Londres. No que se refere a conteúdo de produção independente, os radiodifusores devem cumprir cotas na ordem de 25% das horas de programação qualificada.

³⁹⁷ CONSELHO DE COMUNICAÇÃO SOCIAL. Palestra de [?], professor de negócios de TV e Filmes da FGV-Rio, sobre **Espaço para a Produção Audiovisual Brasileira Independente na TV**, março de 2004. O autor também mostra algumas cotas de conteúdo nacional produção independente em alguns países europeus: a) Itália: 20% de produção independente para a tv aberta pública; b) Holanda: 25% para a televisão aberta pública; e c) cotas mínimas para a veiculação de programação em língua local (percentual varia de 25 a 50% para Espanha, Portugal, Holanda, Grécia, França, Noruega, Reino Unido e Comunidade Francesa Belga).

³⁹⁸ Na verdade, a política de cotas da Inglaterra é a mesma dos demais países que compõem o Reino Unido.

³⁹⁹ Informações obtidas no site <<http://www.ofcom.org.uk/>> e <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/21/contents>>. Acesso em 14 de agosto de 2009.

Por programação qualificada, entendem-se as produções originais, excluídas reprises, programas prontos (e.g. filmes) e noticiários, correspondendo a, aproximadamente, 50% das horas de programação. Não há exigências específicas quanto ao conteúdo desses programas. Para ser considerado independente, o produtor deve ser empresa não controlada direta ou indiretamente por emissora de televisão (aberta e fechada, repise-se) que detenha mais de 25% de seu capital, ou acima de 50% em caso de duas emissoras; não tenham empregados comuns ou contratos de longa duração; e sem obrigação contratual imposta pela emissora de televisão para que sejam utilizados os funcionários ou equipamentos da emissora.

Há também cotas de programação local e regional. Cada emissora de radiodifusão tem de observar exigências de oferta mínima de conteúdo local (notícias, atualidades e outros conteúdos relacionados). A OFCOM estabelece um percentual mínimo de conteúdo regional a ser veiculado entre 09:25h e meia-noite e meia, que varia de acordo com a licença.

Para ser considerado regional, pelo menos 90% deste conteúdo deve ser produzido na região e contar com talento local, 70% do orçamento da produção deve ser gasto na região e 50% do talento empregado na produção devem ser contratados na região.

Há ainda cotas para *current affairs programming* (atualidades ou assuntos correntes) e *news programming* (noticiário). Normalmente, o *current affairs programming* cobre os temas política, vida social (i.e. *Royal family life*), economia/negócios e notícias pontuais (*topical news* – i.e. *Newsnight*)⁴⁰⁰. De acordo com o relatório *Current Affairs Audit 2005* da OFCOM, de dezembro de 2005, a definição de *current affairs* é:

a programme which contains explanation and analysis of current events and ideas, including material dealing with political or industrial controversy or with public policy. Also included are investigative programmes with contemporary significance⁴⁰¹.

⁴⁰⁰ Seguem abaixo alguns dados dos percentuais referentes a cada um dos sub-tópicos do *current affairs programming*: a) The audit revealed that around one third of the current affairs output from 1 July 2005 to 31 December 2005 tackled ‘social affairs’. This included programmes on a wide range of issues including: the London Bombings, Bird Flu, ASBOs and the changes to the licensing laws. Programmes on social issues featured a number of institutions including: the NHS, the Post Office, schools, the Church of England and the Royal Family; b) 31% of the output was dedicated politics programming. The majority of this was made up of long running out of peak strands such as: The Daily Politics, Sunday AM and The Sunday Programme; c) 5% of programming was a combination of politics and social affairs; d) only a very small amount of the output during this period (3%) was dedicated economics/business current affairs. This included a series of The Money Programme (BBC Two) and programmes in some of the flagship current affairs strands e.g. Brown’s Miracle Economy (Panorama, BBC One) and Gordon Brown’s Missing Billions (Dispatches, Channel 4).

⁴⁰¹ O trecho correspondente na tradução é: “um programa que contém explicação e análise sobre eventos e ideias atuais, incluindo material que trata de controvérsias políticas e industriais ou de política pública. Também estão incluídos os programas investigativos de significado contemporâneo”.

Vale mencionar que embora não tenhamos encontrado referência expressa, acreditamos que as cotas correspondentes ao *news and current affairs programming* não estejam incluídas na contagem das cotas de conteúdo nacional e de produtor independente, pois elas são calculadas em função da programação total veiculada durante o ano pela emissora.

Já a França⁴⁰² exige que um percentual mínimo de 60% de todos os programas transmitidos pelas televisões seja de origem europeia e 40% de origem francesa. Tais proporções devem ser respeitadas durante toda a programação diária, e também no horário nobre, cuja determinação varia de acordo com a obra. No caso de obras cinematográficas, o horário nobre é compreendido entre 20:30h e 22:20h para os canais cuja programação de obras cinematográficas não seja o conteúdo principal. No que se refere aos canais de cinema e de TV a cabo, o horário nobre se estende das 18:00h às 02:00h, e de 14h às 23h às terças-feiras.⁴⁰³ No caso de obras audiovisuais, o horário nobre a ser respeitado é o das 18h às 23h nos canais abertos tradicionais (TF1, France 2, France 3, Canal + e M6). Os canais da rede TNT, bem como os de TV a cabo e de DTH, podem negociar o horário nobre e o percentual mínimo de obras europeias e francesas em função da montagem da grade e do compromisso de que investirão em produção independente francesa. De toda forma, devem respeitar o percentual mínimo de 60% de exibição de obras europeias, já que este é o percentual mínimo obrigatório estabelecido pela Diretiva AMSD. Por fim, vale mencionar que aos sábados, durante todo o dia, e aos domingos, até às 20:30h, bem como nas noites de terças e sextas-feiras, está proibida a exibição de programação cinematográfica, a exceção dos filmes de arte que podem ser exibidos após às 22:30h.⁴⁰⁴ Tal restrição favorece não só aos cinemas, que devem atrair maior público nesses dias, como também aumenta a quantidade de obras cinematográficas europeias e francesas a serem exibidas durante os demais dias e horários da semana.

Já quanto às cotas de produção independente, a França adota o percentual mínimo estabelecido na Diretiva europeia.

⁴⁰² As informações sobre cotas na França foram obtidas no site do órgão regulador do audiovisual francês, o *Conseil Supérieur de l'Audiovisuel* [CSA, em < http://www.csa.fr/infos/controle/television_quotas_diffusion.php>]. Acesso em 26 de agosto de 2010.

⁴⁰³ A preocupação do Estado com as terças-feiras justifica-se no fato de que os cinemas estréiam suas programações semanais nesse dia na França.

⁴⁰⁴ Há ainda, na França, obrigações de produção e aquisição mínima de obras europeias e francesas pelos canais. Não trataremos disso no presente trabalho, já que o PLC nº 116, de 2010 – projeto de lei originado na Câmara que implementa as cotas de conteúdo nacional e de produção independente no Brasil – não as prevê.

No que se refere à política de cotas europeia, em 2006, a Comissão Europeia para a Sociedade da Informação e Mídia, Sra. Viviane Reading, mostrou-se feliz em constatar que a grande veiculação de obras europeias na televisão e disse que isso ocorria em função da alta qualidade do conteúdo audiovisual europeu e da viabilidade da indústria audiovisual europeia baseada na diversidade cultural do continente.⁴⁰⁵ No entanto, especialistas em diversidade cultural, como Nenova, por exemplo, entendem que o aumento das produções europeias não significa aumento (ou mesmo existência) de diversidade de expressões culturais.⁴⁰⁶ Ao citar Graber, Nenova afirma que “a definição do que qualifica uma ‘obra europeia’ não está baseada na originalidade nem exige uma expressão particular de assuntos nacionais ou europeus”.⁴⁰⁷

E, vai além ao esclarecer que:

It is based merely on the construct that a majority of its authors and workers reside in one or more Member States and comply with one of the three conditions: a) the work is made by one or more producers established in a Member State or States party of the CTT [Convention on Transfrontier Television]; b) the production is supervised and controlled by producer(s) established in one or more of those States; or c) the contribution of co-producers of those States to the total co-production costs is preponderant and the co-production is not controlled by producer(s) established outside those States⁴⁰⁸.

Na verdade, Nenova entende que, da forma como está estabelecida a política de cotas europeia, a mesma pode ser compreendida como forma disfarçada de protecionismo com o objetivo de garantir certo espaço de tempo para as obras europeias na televisão.⁴⁰⁹ Ademais, Nenova afirma que o estudo realizado sobre as mudanças a serem propostas à Diretiva TV sem Fronteiras, não foi capaz de provar que o déficit comercial com os EUA teria sido maior se a política de cotas não tivesse sido implementada.⁴¹⁰ Outra crítica de Nenova é no sentido de que, em ambiente de convergência tecnológica, onde novas formas de acesso e criação de conteúdo

⁴⁰⁵ NENOVA, Mira. **The Reform of the ECA Audiovisual Media Regulation**: Television without Cultural Diversity. Swiss National Centre of Competence in Research, working paper 2007/06, p. 15.

⁴⁰⁶ Loc.cit.

⁴⁰⁷ Loc.cit.

O texto correspondente no original é: “The definition of what qualifies as “European work” is neither based on originality and quality criteria nor does it require a particular expression of national and European themes”.

⁴⁰⁸ Ibid. p. 15-16.

O trecho correspondente na tradução é: “Está meramente baseado no fato de que a maioria dos autores ou trabalhadores reside em um ou outro Estado-Membro e cumpre com uma das três condições: a) o trabalho é feito por um ou mais produtores estabelecidos em Estado-Membro ou Estados parte da CTT; b) a produção é supervisionada e controlada por produtores estabelecidos em um ou mais dos Estados; ou c) a contribuição de coprodutores desses Estados para a totalidade dos custos de coprodução é preponderante e a coprodução não é controlada por produtor(es) estabelecidos fora desses Estados.

No que se refere ao CTT, a convenção garante uma série de regras mínimas no tocante à programação, proteção de certos direitos individuais e propaganda. Ela exige que os Membros que transmitem programas de TV cumpram com tais compromissos para, desse modo, terem a garantia de recepção dos referidos programas nos outros Membros da Convenção.

⁴⁰⁹ Ibid. p.16.

⁴¹⁰ Loc cit

pelo consumidor surgem a todo o momento, não se justificaria obrigar o consumidor a assistir obras europeias⁴¹¹. Até porque, constatou-se que:

There is a great appetite for US programming among European audiences than for programmes produced in other Member States [...] [because] US programme storylines have broad appeal, whereas European production has a national appeal which does not travel well.⁴¹²

Seja como for e sem nos posicionarmos acerca dos méritos ou deméritos da política de cotas de conteúdo nacional e produção independente da EU, acreditamos que, de fato, em eventual contencioso envolvendo a política de cotas europeia pode-se avaliar, inclusive por meio de testes de necessidade, a real contribuição dessa política para a manifestação das diversas expressões culturais, nacionais e europeias como um todo. As condições para que isso ocorra, no entanto, são no mínimo: i) que a UE efetivamente assuma compromissos no setor audiovisual e ii) que as disciplinas sobre subsídios no GATS sejam regulamentadas de forma contrária aos interesses europeus. Ambas as condições parecem, no momento, difíceis de ocorrer.

No que respeita ao Canadá, a autoridade reguladora de radiodifusão e telecomunicações [*Canadian Radio-television and Telecommunications Commission ou CRTC*] estabeleceu um sistema de cotas para regular a veiculação de programas de conteúdo canadense, conhecido como *Canadian Content Rules* ou *Cancon Rules*. As cotas de conteúdo nacional são destinadas às TVs abertas comerciais, TVs étnicas, TV fechadas (cabo e DTH), programas de rádio e teatro.

A CRTC exige que as tvs comerciais abertas e as tvs étnicas cumpram anualmente com um conteúdo local mínimo [*Canadian programmes*] de 60% durante a programação diária total e de 50% durante a programação noturna que se estende das 18:00hs à meia-noite.

Ademais, os programas canadenses devem obter certificados para serem considerados de origem canadense. Para tanto, é preciso que: a) o produtor seja canadense; b) o editor-chefe e outros membros-chaves da equipe de criação devem ser canadenses, de modo a alcançar um número mínimo de pontos (6 pontos); c) 75% dos custos de serviços e de pós-produção sejam pagos a canadenses; 75% dos gastos em serviços de produção devem ser pagos a canadenses e 75% das despesas de laboratório e de pós-produção devem ser gastos no Canadá.

⁴¹¹ Loc.cit.

⁴¹² DAVID GRAHAM & ASSOCIATES. Impact Study Of Measures (Community and National) Concerning the promoting of Distribution and Production of TV Programmes Provided for under 25 (a) of the TV without Frontiers Directive, Final Report Prepared for the Audiovisual, Media and Internet Unit of DG Information Society, 24 May 2005, at p. 18 apud NENOVA, Mira. Op. cit. p. 15

O trecho correspondente na tradução é: “Há maior apetite por programação norte-americana entre a audiência europeia do que por programas produzidos em outros Estados-Membros [...] [porque] os enredos dos programas norte-americanos têm amplo apelo, enquanto a produção europeia tem apelo nacional e não transita bem”.

Pelo sistema de pontos, a cada programa são conferidos 2 (dois) pontos por diretor e roteirista de cidadania canadense, 1 (um) ponto por cada ator mais bem pago, segundo mais bem pago, chefe de departamento de arte, diretor de fotografia, compositor de música e editor de fotografia que seja canadense. Assim, para serem considerados canadenses os programas devem ter pelo menos 6 (seis) pontos. Para pleitear financiamento, precisam alcançar 10 (dez) pontos.

No entanto, alguns programas são usualmente reconhecidos como canadenses e não necessitam de certificação, dentre eles estão os noticiários produzidos por canadenses.⁴¹³ Logo, entram na contagem das cotas de *Canadian programs*.

No que tange à produção independente, o artigo 3.1 (i) (v) do *Canadian Broadcast Act* estipula que “a programação feita pelo sistema de radiodifusão canadense deve incluir significativa contribuição do setor de produção independente canadense”.

Importa ressaltar que no Canadá há cota de 75% de programação independente no *prime time*.⁴¹⁴ Esse percentual ficou decidido por ocasião da renovação das licenças de dois radiodifusores (CVT e Global) em 2001. Assim, apenas 25% do conteúdo canadense em *prime time* nessas radiodifusoras poderiam vir de produtoras afiliadas.⁴¹⁵ No que se refere às televisões a cabo e aos serviços de DTH, os canais recebidos pelos assinantes devem ser, em sua maioria (mais de 50%), compostos por programação canadense. As demais modalidades de TV por assinatura do mercado brasileiro não encontram equivalência no Canadá.

Analisadas as legislações que justificam a posição europeia e norte-americana⁴¹⁶ sobre serviços audiovisuais, podendo impactar diretamente nas negociações para futura liberalização

⁴¹³ Incluem-se nessa lista: a) *public affairs programs produced solely by licensees*, b) *programs produced solely by licensees which meet the criteria and for which the drama credit is not being requested*, c) *productions which have received certification from the Canadian Audio-Visual Certification Office (CAVCO) of Canadian Heritage and for which the drama credit is not being requested*, d) *music video clips of 5 minutes or less, which meet the criteria*, e) *federal and provincial government productions*, f) *public service announcements and interstitials of less than 5 minutes in duration that meet the criteria for certification applicable to longer programs*.

⁴¹⁴ Equivale ao nosso horário nobre. Note-se que pelo *Schedule 1* do *Television Broadcasting Regulations*, de 1987, alguns programas são considerados “*priority programs*” para os horários de pico. Dentre eles estão: a) *Canadian drama programs (Category 7)*; b) *Canadian music and dance, and variety programs (Categories 8 & 9)*; c) *Canadian long-form documentary programs*; d) *Canadian regionally produced programs in all categories other than News and information (Categories 1, 2 and 3) and Sports (Category 6)*; f) *Canadian entertainment magazine programs*. O noticiário e programas esportivos não estão incluídos dentre os “*priority programs*” porque a Comissão os considera lucrativos e de grande audiência, conforme trecho abaixo:

“*The Commission is confident that broadcasters will continue to provide Canadian news and sports programs in peak hours without regulatory requirements because such programs are either profitable, or at least break even for most private broadcasters and are in high demand by Canadian audience*”.

⁴¹⁵ A CRTC definiu que o percentual para caracterizar a afiliação é de 30%.

⁴¹⁶ Nos itens subsequentes do trabalho não faremos menção à posição canadense, já que nosso objetivo é analisar o contraponto entre a posição europeia e norte-americana no que se refere às negociações que envolvem conteúdo audiovisual para depois compará-las à posição brasileira.

destes serviços, na medida em que provavelmente se farão refletir nas posições defendidas por esses Membros no Conselho de Comércio de Serviços da OMC, verificaremos quais as principais propostas apresentadas na mesa de negociação no que se refere a conteúdo audiovisual.⁴¹⁷

4.2 Propostas e demandas apresentadas na Rodada Doha

Observe-se que embora o nome comumente dado pelos Membros aos documentos apresentados em mesa de negociação seja “comunicação” [*communication*, no inglês; *communication*, no francês, e *comunicación*, no espanhol], denominaremos as mesmas de “propostas”, pois retratam o entendimento dos Membros acerca de determinado assunto e propõem alterações, ainda que apenas conceituais, na condução das negociações e compromissos a assumir.

Nesse sentido, a partir da Rodada Doha, os Membros da OMC apresentaram algumas propostas para uma mais ampla e efetiva liberalização comercial nos subsectores da comunicação.

No que se refere aos serviços de telecomunicação, à exceção das propostas norte-americana e a suíça que clamaram por um maior número de compromissos nos serviços que podem ser entregues eletronicamente - ou seja, pela internet, impactando em maior liberalização dos serviços em Modo 1 (serviços transfronteiriços), inclusive no que diz respeito a conteúdo audiovisual -, as propostas apresentadas não contribuem diretamente para fins da liberalização do conteúdo audiovisual, já que tratam da liberalização da infraestrutura, e não do conteúdo.⁴¹⁸

⁴¹⁷Tais propostas não constituem obrigações para os Membros proponentes. A proposta mais recente datada de 2005.

⁴¹⁸ Foram apresentadas as seguintes propostas para o setor de telecomunicação: a) Council for Trade in Services - Special Session - Communication from Australia, Canada, the European Communities, Japan, Hong Kong China, Korea, Norway, Singapore, the Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen and Matsu, and the United States – Liberalization of Telecommunications (TN/S/W/50, de 1 de julho de 2005); b) Council for Trade in Services - Committee on Specific Commitments - Special Session - Communication from the United States - Classification in the Telecommunications Sector under the WTO-GATS Framework (TN/S/W/35, S/CSC/W/45, de 22 de fevereiro de 2005); c) Council for Trade in Services - Special Session - Communication from Cuba - Negotiating Proposal on Telecommunications Services (TN/S/W/2, de 30 de maio de 2002); d) Council for Trade in Services - Special Session - Communication from Colombia - Telecommunications Services (S/CSS/W/119, de 27 de novembro de 2001); e) Council for Trade in Services - Special Session - Communication from the Republic of Korea - Negotiating Proposal for Telecommunication Services (S/CSS/W/83, de 11 de maio de 2001); f) Council for Trade in Services - Special Session - Communication from Switzerland - GATS 2000: Telecommunications (S/CSS/W/72, de 4 de maio de 2001); g) Council for Trade in Services - Special Session - Communication from Canada - Initial Negotiating Proposal on Telecommunication Services (S/CSS/W/53, de 14 de março de 2001); h) **Council for Trade in Services - Special Session - Communication from the European Communities and their Member States - GATS 2000: Telecommunications** (S/CSS/W/72, de 4 de maio de 2001); i) Council for Trade in Services - Special Session - Communication from the United States

De fato, as propostas apresentadas para os serviços de telecomunicação dizem respeito a características técnicas do setor, tais como necessidade de independência e criação de órgão regulador para o setor pelos Membros que ainda não o possuem, fim do monopólio, uso do espectro, regras sobre concorrência, obrigatoriedade da interconexão, maior adesão ao *Reference Paper*. Ou seja, denotam preocupação em fomentar a liberalização da infraestrutura, do uso da estrada (das vias de acesso), como se diz no jargão do setor, e não do que nela transita, que é o conteúdo, a informação.

Outras propostas, como a da União Europeia, se preocuparam em apontar a urgência de se atualizar a Lista de Classificação usada no setor de telecomunicação, uma vez que os conceitos de indústria utilizados na W/120 não são mais condizentes com a realidade atual. Segundo os europeus, isso leva à incerteza jurídica baseada, sobretudo, no fato de que a classificação em vigor diferencia as categorias de serviços do setor de acordo com o que se transmite (i.e voz, imagem, dados, etc.), ou seja, de acordo com a plataforma pela qual determinado serviço é transmitido.⁴¹⁹ Nesse sentido, a UE propôs definição para os serviços de telecomunicação, conforme a linguagem do Anexo de Telecomunicações [AT], de modo a permitir, segundo eles, maior cobertura do setor, qual seja: “transmissão e recepção de sinais por meios eletromagnéticos”.⁴²⁰ Com isso, evitar-se-ia listar compromissos quanto à mesma atividade em dois setores da Lista. A título exemplificativo, *radio and television transmission services* se enquadrariam na definição de telecomunicação porque são serviços de transmissão e recepção de informação, enquanto que *online database processing* – que não estão abrangidos dentro do conceito de transmissão, mas sim processamento – se enquadrariam do setor de serviços relacionados à computação.⁴²¹ A definição proposta, no entanto, não incluiria qualquer serviço relacionado à prestação de conteúdo, que requeira prestação de serviços de telecomunicação para seu transporte.⁴²²

- Market Access in Telecommunications and Complementary Services: the WTO's Role in Accelerating the Development of a Globally Networked Economy (S/CSS/W/30, de 18 de dezembro de 2000); j) Council for Trade in Services - Special Session - Communication from Australia - Negotiating Proposals on Telecommunication Services (S/CSS/W/17, 5 de dezembro de 2000) (grifo nosso).

Todas as propostas estão disponíveis em: < http://docsonline.wto.org/imrd/GEN_searchResult.asp>. Acesso em 23 de agosto de 2010.

⁴¹⁹ PENG, Shi-yi. **Trade in Telecommunications Services**: Doha and Beyond. Kluwer Law International, Journal of World Trade 41(2): 293-317, 2007. p. 302

⁴²⁰ Loc.cit.

⁴²¹ Loc.cit.

⁴²²

Vale notar que os EUA se manifestaram contrariamente à proposta da EU, pois acreditam que esse enfoque pode levar à reduzida liberalização no setor durante as negociações da Rodada Doha, pois pode criar grandes incertezas quanto aos serviços de valor adicionado que, segundo os europeus, também estariam incluídos na definição proposta. Para que a inclusão dos serviços adicionados ficasse clara, os EUA sugerem que à definição europeia seja acrescentada a expressão “(...) *alone or in combination with enhancing, storing, forwarding, retrieving or processing functions added to the transmission and reception of signals*”.⁴²³

No entanto, o *Telecom Friends* – grupo informal de discussão composto por Membros da OMC interessados no setor – manifestou-se de modo contrário às duas propostas, já que aceitar qualquer das definições poderia implicar a assunção automática de compromissos em novos serviços, que alvez nem sejam conhecidos atualmente.⁴²⁴

Apesar da reação negativa dos *Telecom Friends* quanto às propostas de reclassificação dos serviços, tanto essas propostas quanto àquelas sobre liberalização da infraestrutura fazem sentido, já que, como se viu no item 2.1 do Capítulo 2, se for realizada uma análise restritiva dos compromissos assumidos no setor, não há dentre as 15 (quinze) categorias dos serviços de telecomunicação, nos termos da Lista de Classificação, uma categoria que possa, nos termos atuais, tratar de serviços de telecomunicação como meio de transmissão de conteúdo audiovisual. O problema, certamente, é os Membros da OMC optarem por uma definição que pode levá-los a assumir mais compromissos do que desejariam e, pior, sem terem certeza quanto aos novos serviços que podem surgir no futuro, mas aos quais, desde já, estariam se comprometendo.

Na atual classificação, a única exceção de categoria não defasada, ou tecnologicamente neutra, é a categoria o, qual seja, “Other”. De fato, nela podem ser englobados serviços não previstos na época para o setor, mas que agora podem ser realizados no âmbito dos serviços de telecomunicação, tais como prestadoras de serviço de telefonia (infraestrutura) que hoje prestam também serviço de tv por assinatura (conteúdo). No que se refere a essa categoria, vale ressaltar que os EUA nela assumiram obrigações de liberalização de certos serviços de radiodifusão. Nesse contexto, o conteúdo audiovisual está incluído. Essa opção norte-americana explica-se por dois motivos: i) nos EUA, os serviços de telecomunicação e radiodifusão são regulados pelo

⁴²³ Ibid. p. 3

O trecho correspondente na tradução é: “ (...) sozinhos ou em combinação com funções agregadas de transmissão e recepção de sinais como armazenamento, redirecionamento, salvamento ou processamento”

⁴²⁴ Ibid. p. 4.

mesmo instrumento legal, o *Telecommunications Act*; ii) o conteúdo audiovisual norte-americano é o maior produto de exportação do país, logo, não há razão para temer as consequências da liberalização do serviço.

Pelas razões acima expostas, não examinaremos as propostas sobre serviços de telecomunicação, mas tão somente as propostas para os serviços audiovisuais.

Como mencionado, a proposta mais recente para serviços audiovisuais data de 2005. A falta de novas propostas reflete a dificuldade de se conseguir avançar na liberalização deste serviço. Mesmo as propostas apresentadas – e sobre as quais trataremos – não representaram aumento da liberalização dos serviços que envolvem conteúdo audiovisual porque na prática as alterações e discussões sugeridas não foram efetivadas. Ainda assim, em futuras negociações sobre o setor, os Membros poderão utilizar essas propostas como parâmetro e/ou ponto de partida para novas discussões. Nesse sentido, verificaremos as propostas apresentadas por EUA, Suíça e Brasil, nessa ordem, para o setor de audiovisual. Todas tratam do conteúdo audiovisual.

Os EUA apresentaram, em 18 de dezembro de 2001, uma proposta (S/CSS/W/21) para estabelecer quadro regulatório para futuro trabalho da OMC que contribua no sentido do contínuo crescimento do setor por meio da garantia de ambiente aberto e previsível, reconhecendo preocupação pública acerca da preservação e promoção dos valores e identidades culturais.⁴²⁵

A comunicação norte-americana esclarece, primeiramente, que o setor do audiovisual de 2001 é bastante diferente daquele negociado na Rodada Uruguai, quando as discussões focaram na produção e distribuição de filmes e na transmissão televisiva de conteúdo audiovisual. Em 2001, e muito mais ainda em 2010, as novas tecnologias transformaram a prestação dos serviços audiovisuais.

Note-se que a proposta norte-americana reconhece a preocupação de preservação e promoção dos valores e identidades culturais. Esse reconhecimento, ainda que de modo superficial, deu-se, em nossa opinião, mais como demonstração de boa vontade para com os

⁴²⁵ WTO. S/CSS/W/21 - Council for Trade in Services, **Communication from the United States** – Audiovisual and Related Services, (18 December 2000), parágrafo 1. Disponível em: http://docsonline.wto.org/GEN_viewerwindow.asp?http://docsonline.wto.org:80/DDFDocuments/t/S/CSS/W21.doc Acesso em 19/07/2007>. Acesso em 23 de agosto de 2010.

O texto em língua estrangeira é: “outros setores também têm características únicas para o propósito de preencher importantes objetivos de política social e o GATS mostrou flexibilidade para acomodar tais preocupações específicas. Por exemplo, no Anexo de Serviços Financeiros, aos reguladores foram concedidas poderes excepcionais para adotar medidas para garantir, entre outros, a integridade de seus sistemas financeiros. De modo semelhante, no *Reference Paper*, os reguladores insistiram que o objetivo vital da prestação do serviço universal não poderia ser sacrificado em nome da liberalização comercial”.

Membros que entendem que os serviços audiovisuais devem respeitar os interesses culturais e, assim, não inviabilizar o debate, do que por entendimento próprio de que valores e identidade culturais devam ser preservados.

Na realidade, na referida proposta, a delegação norte-americana afirma que ao tratar o audiovisual como um “jogo de tudo ou nada”, em que interesses comerciais não teriam vez, negligencia-se que:

other sectors also have unique characteristics for the purpose of fulfilling important social policy objectives and that the GATS has shown the flexibility to accommodate such specific concerns”. For example, in the Annex on Financial Services, regulators were given exceptional discretion to take prudential measures to ensure, inter alia, the integrity of their financial system. Similarly, in the basic telecommunications Reference Paper, regulators insisted that the vital goal of providing universal service could not be sacrificed in the name of trade liberalization.⁴²⁶

Segundo os EUA, o enfoque ‘tudo ou nada’ para o setor audiovisual demonstra que, de alguma forma, as regras comerciais são muito rígidas para considerar as características culturais particulares do setor.⁴²⁷ Esse entendimento não parece estar correto, já que existem dispositivos no GATT - artigos IV e XX(a) -, no GATS - XIV(a) - e nas Listas Nacionais, conforme anteriormente analisado, que permitem excepcionar certas obrigações.

Nesse sentido, a proposta norte-americana apontava para a necessidade de (i) adoção de compromissos para o setor que estabeleçam regras claras e previsíveis, (ii) desenvolver o entendimento sobre subsídios relacionados ao audiovisual, o que permitiria aos Membros preocupados com a produção de filmes locais, por exemplo, conceder apoio governamental; e (iii) atualizar a classificação dos serviços audiovisuais dada a evolução tecnológica.

No que se refere ao escopo do presente trabalho, apenas o último item releva. É interessante notar que a delegação norte-americana, à época, apontou para a necessidade de respeito ao princípio da neutralidade tecnológica (ou neutralidade de rede) quando da reclassificação dos serviços, a fim de evitar que a reclassificação acabasse com compromissos outrora assumidos. Esse princípio, como mencionado no item 2.4 do Capítulo 2, visa garantir que a rede deve ser neutra em relação à tecnologia dos conteúdos que por ela transitam.

De fato, pelo princípio da neutralidade de rede se pretende impedir que as operadoras de telecomunicação e as prestadoras dos serviços de acesso banda larga adotem condutas ou políticas comerciais anti-isonômicas e prejudiciais à concorrência no mercado de provimento de

⁴²⁶ Ibid. Parágrafo 7.

⁴²⁷ Loc. cit.

conexão à internet. Desse modo, se vêem obrigadas a darem o mesmo tratamento a todo o tráfego de internet que passa por suas redes, independentemente de quem seja o dono do conteúdo que trafega pela rede e do “peso” do conteúdo que trafega na rede (serem ou não “heavy users”, como são conhecidos aqueles que trafegam muito conteúdo na rede).

Assim, se em 2001, os EUA defenderam a aplicação do princípio da neutralidade tecnológica às obrigações assumidas no setor audiovisual (e de comunicação, de modo geral), não é possível dizer qual será o atual posicionamento norte-americano quanto à aplicabilidade do princípio, já que, por ora, apenas se trata de princípio e não obrigação definida em lei, como analisado no referido item 2.4 do Capítulo 2.⁴²⁸

A proposta Suíça (S/CSS/W/74)⁴²⁹, apresentada em 4 de maio de 2001, por sua vez, também apontou as mudanças do setor audiovisual decorridas em função da evolução tecnológica, mencionando inclusive que a convergência estreitou os limites entre os serviços audiovisuais e os de telecomunicação. A exemplo dos EUA, a Suíça sugeriu a alteração da classificação dos serviços para fazer frente à nova realidade tecnológica, já que a revolução digital trouxe novos canais de distribuição baseados no uso da internet⁴³⁰, e indicou a possibilidade de estabelecer uma via de meio entre interesses culturais e comerciais.

Para a Suíça,

the audio-visual sector represents both an important field of commercial activity as well as a vector of cultural identity. The challenge for the trade policy consists therefore in reconciling these two views within a balanced solution that satisfies both sensibilities.⁴³¹

Para tanto, o país entendeu necessária a discussão de temas, tais como salvaguardas para diversidade cultural, subsídios, conteúdo ilícito, concorrência, acesso a mercado e restrições ao tratamento nacional.

No que se refere às salvaguardas para diversidade cultural, lembre-se que à época da proposta suíça a Convenção da UNESCO sobre o tema não havia sido aprovada. Mas, o

⁴²⁸ Recorde-se que, até meados de outubro de 2010, as consultas públicas lançadas pela FCC que visam colher contribuições sobre o tema ainda estavam em aberto.

⁴²⁹ WTO, S/CSS/W/74 - Council for Trade in Services, **Communication from Switzerland** – Audiovisual services (4 May 2001). Disponível em: <http://docsonline.wto.org/GEN_viewerwindow.asp?http://docsonline.wto.org:80/DDFDocuments/t/S/CSS/W74.doc> Acesso em 19 de julho de 2007.

⁴³⁰ Ibid. Parágrafo 3.

⁴³¹ Ibid. Parágrafo 7.

O texto correspondente na tradução é: “o setor audiovisual representa tanto um importante campo de atividade comercial quanto um vetor de identidade cultural. O desafio para a política comercial consiste, portanto, em reconciliar essas duas visões dentro de uma solução balanceada que satisfaça a ambas as sensibilidades”.

entendimento suíço já era no sentido de que o conceito importa para o futuro das negociações no setor. Examinemos o entendimento suíço:

When facing the ambition of achieving a significant level of commitments in the audio-visual sector under the GATS, **Members will need to consider how to ensure that the notion of cultural diversity is sufficiently taken into account.** This can be done implicitly by targeting the instruments put in place by Governments **to preserve cultural diversity and ensuring that their implementation remains possible, subject to certain disciplines to be developed. This can alternatively, or in addition, be done explicitly through the introduction of a general enabling clause to that same effect.**⁴³² (grifo nosso)

Ademais, por ser a Suíça um país plurilinguista, a coesão e a integração nacionais se fazem relevantes e podem ser fomentadas pelos serviços audiovisuais que contribuem para a integração e a identidade da sociedade e também para a educação e o funcionamento da democracia.⁴³³

Dentre os outros assuntos abordados chama atenção a preocupação com conteúdo ilícito. A Suíça afirma que:

it may seem useful to discuss whether any regulatory concern regarding public moral, **such as the protection of minors, would be sufficiently covered by that provision [art. XIV (a) GATS] and whether any other regulatory concern related to content exists, that would not be covered by that same provision.**⁴³⁴ (grifo nosso)

Nesse sentido, note-se que tanto a UE, quanto os EUA – além de outros Estados, como o Brasil – têm grande preocupação com a regulação de conteúdo ilícito, sobretudo para a proteção de menores. Por essa razão, este pode ser um tema de grande repercussão nas negociações futuras, de modo a justificar isenções no que se refere às obrigações de liberalização no serviço audiovisual.

⁴³² Ibid. Parágrafo 11.

O trecho correspondente na tradução é: “Ao enfrentar a ambição de obter significativo nível de compromissos audiovisuais no GATS, os Membros terão de pensar em como garantir que a noção de diversidade cultural seja suficientemente considerada. Isso pode ser feito implicitamente ao se basear em instrumentos governamentais para preservar a diversidade cultural e garantir que sua implementação permaneça possível graças a certas disciplinas a serem desenvolvidas. Isso pode, de modo alternativo, ou de modo complementar, ser realizado explicitamente por meio de inserção de cláusula que permita tal ação”.

⁴³³ Ibid. Parágrafo 13.

O trecho correspondente na tradução é: “pode ser útil discutir se preocupações regulatórias relativas à moral pública, tal como proteção de menores, ou ao conteúdo, se existir, estariam suficientemente cobertas por aquele dispositivo [art. XIV (a) do GATS]”.

⁴³⁴ Ibid. Parágrafo 14.

O trecho correspondente na tradução é: “Parece que ambas as posições perdem o foco. De um lado, o argumento da ‘exceção cultural’, além de não ter apoio em qualquer disciplina do GATS, não parece levar em consideração o fato de produtos e serviços culturais serem parte de indústria de clara importância econômica e comercial, já que o setor audiovisual é o setor mais dinâmico e um dos de maior interesse exportador para alguns países em desenvolvimento. Por outro lado, não se pode negar que os serviços audiovisuais desempenham importante papel na transmissão e difusão de valores e ideias culturais, o que é de relevada importância para a política nacional de muitos países”.

A proposta brasileira (WT/S/CSS/W/99) foi apresentada em 9 de julho de 2001. A exemplo dos outros 2 (dois) Membros, o Brasil também lembrou a polêmica entre posições conflitantes no que respeita aos serviços audiovisuais. Segundo o Brasil:

It would seem that both positions miss the point. On the one hand, the “cultural exception” argument, apart from lacking any basis in the disciplines of the GATS, does not seem to take into account the fact that cultural products and services are part of an industry of clear economic and commercial importance, the audiovisual sector being its most dynamic segment and one of export interest to some developing countries. On the other hand, it cannot be denied that audiovisual services play a relevant role in the transmission and diffusion of cultural values and ideas, which is a paramount national policy objective for many countries.⁴³⁵ (grifo nosso)

De pronto, percebe-se que o Brasil se posicionou de modo contrário à tese da exceção cultural. Esse posicionamento justifica-se uma vez que nosso país também tem interesses exportadores no que respeita aos conteúdos audiovisuais. As telenovelas brasileiras, sobretudo da Rede Globo, são um produto audiovisual de exportação já bastante conhecido no mercado mundial.

Curioso notar, no entanto, que, para o produto audiovisual tenha atratividade comercial não basta que o conteúdo audiovisual seja dublado para o idioma local, é preciso adaptá-lo à cultura e aos padrões locais. Por exemplo, a venda da exploração dos direitos autorais da novela *O Clone* para o canal de língua espanhola Telemundo dos EUA inclui assessoria na pré-produção e adaptação da obra aos gostos dos hispânicos que lá vivem.⁴³⁶ Com atores latinos e adaptada aos interesses do público local, a novela da tv brasileira tenta conquistar novos mercados e é um exemplo do potencial exportador brasileiro no que se refere aos serviços audiovisuais. Outro exemplo recente é a aquisição, em 2010, pelo canal húngaro Ozone Network de série de documentários sobre temas ligados à vida selvagem desenvolvida pela *Globo TV International* exclusivamente para o mercado internacional.⁴³⁷ Como se percebe, a valorização de cultura e identidades locais são de extrema relevância para os serviços audiovisuais.

⁴³⁵ WTO. S/CSS/W/99 - Council for Trade in Services, **Communication from Brazil** – Audiovisual services - (9 July 2001). Disponível em: <http://docsonline.wto.org/GEN_viewerwindow.asp?http://docsonline.wto.org/80/DDFDdocuments/t/S/CSS/W99.doc>. Acesso em 19 de julho de 2007.

⁴³⁶ A venda de direitos sobre uma novela envolve não apenas questões ligadas ao conteúdo audiovisual produzido, mas também a direitos autorais e deslocamento de mão de obra para prestar assessoria na produção, por exemplo. Para maiores informações sobre a estréia desta novela no mercado norte-americano, ver UOL. **"Telemundo" estreia sua versão de o "O Clone" nos EUA**, 09 de fevereiro de 2010, disponível em: <<http://diversao.terra.com.br/tv/noticias/0,,OI4255507-EI12993,00-Telemundo+estreia+sua+versao+de+o+O+Clone+nos+EUA.html>>. Acesso em 19 de julho de 2007.

⁴³⁷ TELAVIVA. **Canal húngaro adquire documentários da Globo**. Disponível em: <<http://www.telaviva.com.br/News.asp?ID=188277>>. Acesso em 29 de junho de 2010.

Embora tendo se posicionado contra a exceção cultural, a proposta brasileira indica a preocupação quanto à difusão dos valores culturais. Tal como alguns Membros da OMC, o Brasil também teme as influências da americanização em nossa cultura. De todo modo, a barreira da língua portuguesa e o traço marcante da cultura brasileira representam uma proteção natural que nos resguarda, ainda que não por completo, das influências diretas da cultura norte-americana.

Em sua proposta, o Brasil esclarece ainda que:

The question that should be considered is, rather, how to promote the progressive liberalization of the sector in a way that creates opportunities of effective market access for exports of developing countries in this sector without affecting the margin of flexibility of governments to achieve their cultural policy objectives as they find appropriate. It is perhaps important at the same time to point out that the consideration of any “special treatment” for the audiovisual sector must take into account possible systemic implications of such treatment vis-à-vis other areas of the WTO.⁴³⁸ (grifo nosso)

Nota-se, dessa forma, uma postura moderada do Brasil, que procura encontrar uma via de equilíbrio entre aqueles que vêm na defesa dos interesses culturais a solução para a questão dos serviços audiovisuais e aqueles que entendem ser este um serviço como outro qualquer.

Além disso, a proposta brasileira afirma que subsídios para o setor audiovisual devem ser considerados na medida em que proporcionem a efetivação de políticas públicas culturais, desde que tenham reduzido efeito distorcivo ao comércio⁴³⁹, e pede o aumento da participação dos PEDs, com especial atenção para os serviços audiovisuais nos quais estes países têm maior potencial exportador, como os serviços televisivos.⁴⁴⁰ De fato, países como Brasil, Venezuela, Colômbia e Argentina são conhecidos como grandes exportadores de telenovelas, por exemplo.⁴⁴¹

Por fim, vale mencionar a declaração conjunta apresentada em 30 de junho de 2005 por Hong Kong (China), Japão, México, Estados Unidos e os territórios de Taiwan, Penghu, Kinmen e Matsu, embora não tenha acrescentado muito à discussão. Como partidários da tese de que a não há razão para que os serviços audiovisuais sejam tratados de modo especial, os referidos

⁴³⁸ WTO. S/CSS/W/99. Op. cit. Parágrafo 7.

O trecho correspondente na tradução é: “A questão que deve ser considerada é, na verdade, como promover a liberalização progressiva do setor de modo a criar oportunidades de efetivo acesso a mercados para as exportações dos países em desenvolvimento sem afetar a margem de flexibilidade dos governos de alcançar objetivos de política cultural, conforme lhes parecer apropriado. Ao mesmo tempo, talvez seja importante considerar que qualquer ‘tratamento especial’ para o setor audiovisual deve levar em conta possíveis implicações sistêmicas desse tratamento vis à vis outras áreas da OMC.

⁴³⁹ Ibid. Parágrafo 9.

⁴⁴⁰ Ibid. Parágrafo 12.

⁴⁴¹ Não incluímos o México dentre os exemplos apontados, uma vez que o país se coaduna com os interesses norte-americanos no que respeita aos serviços audiovisuais, muito provavelmente em função de ser parte do NAFTA [North American Free Agreement Trade].

Membros subscreveram proposta que aponta para uma grande preocupação quanto aos esforços de alguns participantes-chave na negociação para excluir *a priori* esse importante setor.⁴⁴²

Como se percebe, nenhuma das propostas contém elementos que permitem inferir como, na prática, as mesmas podem ser implementadas. São propostas conceituais sobre o tema, servindo apenas para deixar registradas as ponderações destes Membros para as próximas negociações sobre serviços audiovisuais.

A UE não apresentou propostas sobre os serviços audiovisuais. A razão para isso parece estar vinculada ao fato de não ter assumido qualquer compromisso no setor, como se verá mais adiante, já que é de grande sensibilidade para alguns Estados europeus, como, por exemplo, a França.

Além dos atores europeus, não se pode esquecer dos emblemáticos casos de Bollywood na Índia, e Nollywood, na Nigéria. Com efeito, a UNESCO afirmou em 2009 que Nollywood é agora a segunda maior indústria de filmes do mundo em termos de produção (sob forma de vídeos), seguida de Bollywood.⁴⁴³ Conforme Nota do *Council for Trade in Service* preparado em 12 de janeiro de 2010 [S/C/W/310],

Nigeria's approach differs significantly from the European or American models of production and distribution: **producers rely on video rather than film; production costs are much more limited; the videos are not viewed in cinema theatres; the production is typically domestically-owned; and the videos are distributed informally** (hard copies sold or rented and private screenings in small- and medium-size businesses), including outside the country, even though piracy is important.

India trails the United States, with the value of its film production 24-times lower.⁴⁴⁴ (grifo nosso)

Hollywood tem, no entanto, ainda o maior faturamento. De fato, alguns dados, ainda que desatualizados, demonstram o poderio dessa indústria:

⁴⁴² WTO. TN/S/W/49 - Council for Trade in Services, **Communication from Hong Kong China, Japan, México, The Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen and Matsu, and United States** – Joint Statement on the Negotiations on Audiovisual Services (30 June 2005). Disponível em:

<http://docsonline.wto.org/GEN_viewerwindow.asp?http://docsonline.wto.org:80/DDFDocuments/t/tn/s/W49.doc>. Acesso em 19 de junho de 2007.

⁴⁴³ CLAYTON, Jonathan. **Nollywood Success puts Nigeria's film industry in regional spotlight**, The Times, 3 April 2010. Disponível em: <<http://www.timesonline.co.uk/tol/news/world/africa/article7086248.ece>>. Acesso em 26 de junho de 2010.

⁴⁴⁴ WTO, S/C/W/310 – Note Council for Trade in Services – **Audiovisual Services**. Paragraph 29. Disponível em: <<http://docsonline.wto.org/>>. Acesso em 29 de junho de 2010.

O trecho correspondente na tradução é: “O enfoque nigeriano difere significativamente dos modelos europeu e norte-americano de produção e distribuição: os produtores focam no vídeo e não no filme; os custos de produção são muito mais limitados; os vídeos não são vistos em cinemas; a produção é tipicamente de propriedade doméstica; os vídeos são distribuídos de modo informal (cópias rígidas são vendidas ou alugadas e exibidas em pequenos e médios estabelecimentos), inclusive fora do país, embora a pirataria seja considerável. O valor da produção indiana é 24 vezes menor que a produção norte-americana.

Whereas one percent of films shown in the United States are foreign, 85% of tickets Sales globally are for Hollywood productions, which grossed \$9,2 billion in 2004 alone – an 80% increase over the prior decade.⁴⁴⁵

(...) U.S. films are shown in more than 150 countries worldwide and [...] U.S. film industry provides the majority of home entertainment products seen in millions of homes throughout the world⁴⁴⁶.

Examinadas as propostas que dizem respeito à liberalização do conteúdo audiovisual, passemos a tratar das demandas que foram realizadas pelos Membros da OMC quanto à matéria. Com efeito, como mencionado no item 3.1 do Capítulo 3, a partir da Conferência Ministerial de Hong Kong, de 2005, os Membros da OMC passaram a apresentar pedidos plurilaterais de liberalização de serviços, notadamente nos serviços do setor de comunicação.

Não trataremos das demandas no setor de telecomunicação, pois, tal como no caso das propostas, aquelas também se referiram à liberalização da infraestrutura, e não propriamente a questões que possam ser relacionadas ao conteúdo audiovisual. Isso posto, passemos a analisar diretamente as demandas envolvendo o conteúdo audiovisual.

Segue trecho informativo do site da OMC quanto à natureza dos pedidos plurilaterais em serviços audiovisuais:

The request focuses on services related **to motion pictures and sound recording**. Essentially, it seeks **commitments on Mode 1** (services supplied from one country to another) and **Mode 2** (consumption of a service in another country), **reflecting the level of de facto openness**. For **Mode 3** (a foreign company setting up subsidiaries or branches to provide services in another country), the request seeks commitments that, to the greatest extent possible, **would not provide for a number of limitations, including content quotas, foreign equity restrictions**, limits to the number of suppliers, and discriminatory taxes and requirements. The request also seeks to reduce the scope and content of MFN exemptions in the sector, and indicates that certain flexibilities — for example, subsidies — would be discussed during the negotiations.⁴⁴⁷ (grifo nosso)

⁴⁴⁵ JAMES, Alison. **Gaul Wall Won't Stall H'wood Anytime Soon**. Variety, Oct. 31-Nov.6, 2005, at 8 apud BRUNER, Christopher. Op. cit. p. 354.

O trecho correspondente na tradução é: “Enquanto um por cento dos filmes exibidos nos EUA são estrangeiros, 85% dos ingressos vendidos mundialmente são produções de Hollywood, que engrossaram em \$9,2 bilhões apenas em 2004 – um crescimento de 80% sobre a década anterior”.

⁴⁴⁶ MOTION PICTURE OF AMERICA (MPAA). **About us**. <http://www.mpa.org> apud BRUNER, Christopher. Op. cit. p. 354.

O trecho correspondente na tradução é: “(...) os filmes norte-americanos são exibidos em mais de 150 países em todos o mundo e {...} a indústria de filmes norte-americana fornece a maior parte dos produtos de entretenimento doméstico vistos em milhões de lares em todo o mundo.”

⁴⁴⁷ Cfr. <http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/audiovisual_e/audiovisual_e.htm>. Acesso em 03 de julho de 2010.

O trecho correspondente na tradução é: “A solicitação se baseia nos serviços relacionados a cinema e gravação. Essencialmente, busca compromissos em Modo 1 (serviços prestados de um país para outro) e em Modo 2 (consumo do serviço em outro país), refletindo o nível real de abertura. Para o Modo 3 (empresa estrangeira que estabelece subsidiárias ou filiais para a prestação de serviços em outro país), a solicitação busca compromissos que, em grande parte, não seriam concedidos por uma série de limitações, inclusive cotas de conteúdo, restrições à participação estrangeira, limites ao número de prestadores e tributos e exigências discriminatórias. A solicitação também busca reduzir o escopo e abrangência das isenções à cláusula NMF no setor, e indica certas flexibilidades – como por exemplo – a discussão sobre subsídios durante as negociações”.

Os pedidos plurilaterais não são documentos públicos, já que os Membros receiam que a exposição pública prejudique a posição negociadora.⁴⁴⁸ Nesse sentido, as informações ora elencadas sobre as demandas referentes a serviços audiovisuais foram obtidas em sites de organizações não-governamentais especializadas no acompanhamento das discussões sobre comércio internacional, tal como a *Third World Network* [TNW], criada na Malásia, em 1984⁴⁴⁹, e o *International Center for Trade and Sustainable Development* [ICTSD], criado na Suíça, em 1996.⁴⁵⁰

Segundo a TNW, em 2006, a UE participou de pedidos plurilaterais envolvendo 11 (onze) setores⁴⁵¹, - aí incluído o setor de telecomunicação, mas não o audiovisual e o cultural, em função das sensibilidades da França no que tange a questão da exceção cultural⁴⁵², - enquanto os EUA incluíram o audiovisual entre a lista de 12 (doze) setores⁴⁵³ dos quais participaram com pedidos plurilaterais. Já o Brasil, este está entre os Membros que mais receberam pedidos plurilaterais, ao lado de Filipinas, Tailândia, Malásia, Indonésia e China⁴⁵⁴, embora não tenhamos localizado quais setores foram mais demandados.

Em pedido plurilateral realizado pelos Territórios de Taiwan, Penghu, Kinmen and Matsu, Hong Kong, China, Japão, México, Cingapura e EUA, em 14 de março de 2006, estes Membros solicitaram alterações com respeito à cláusula NMF, inclusive a retirada das isenções de NMF das Ofertas realizadas pelos Membros da OMC. De fato, segundo trecho relevante do pedido, obtido no site da *Coalition of Service Industries*⁴⁵⁵, esses Membros demandam, dentre outras coisas, que:

(...) as isenções de cláusula de NMF sejam eliminadas das Listas dos Membros; que quando não possível a retirada imediata das exceções, seja fixado um prazo para a retirada e que sejam promovidas análises regulares para obter a redução das isenções até a sua completa retirada; e sugerem que os Membros que inserem isenções em suas Listas esclareçam a extensão da medida nas categorias conforme a inconsistência com o Artigo II do GATS, os Membros a quem se aplica,

⁴⁴⁸ **Services (GATS) Negotiations Under The World Trade Organisation Doha Development Agenda (DDA)**. Disponível em: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.berr.gov.uk/whatwedo/europeandtrade/key-trade-issues/services-gats/gats_doha_development_round/page28625.html>. Acesso em 17 de julho de 2010.

⁴⁴⁹ Para maiores informações, ver <<http://www.twinside.org.sg/>>. Acesso em 17 de julho de 2010.

⁴⁵⁰ Para maiores informações, ver <<http://ictsd.org/>>. Acesso em 17 de julho de 2010.

⁴⁵¹ KHOR, Martin. Loc. cit.

⁴⁵² **Plurilateral services negotiations set to start on 27 March**, volume 10, number 10, 22nd March 2006. Disponível em: <<http://ictsd.org/i/news/bridgesweekly/6277/>>. Acesso em 03 de julho de 2010.

⁴⁵³ KHOR, Martin. Loc. cit.

⁴⁵⁴ **Services: Plurilateral Requests Taking Shape**, volume 10, number 6, 22nd February 2006. Disponível em <<http://ictsd.org/i/news/bridgesweekly/6264/>>. Acesso em 03 de julho de 2010.

⁴⁵⁵ Trata-se de organização da indústria de serviços norte-americana que acompanha as negociações em serviço e defende os interesses de seus associados. Cfr. <<http://www.uscsi.org/>>. Acesso em 22 de setembro de 2010.

a duração estimada da medida e as razões para a inserção das isenções na Lista. (...) ⁴⁵⁶ (síntese nossa)

Embora os pedidos plurilaterais não tenham sido, até o momento, convertidos em compromissos assumidos pelos Membros demandados, são relevantes na medida em que podem ser utilizados como ponto de partida para novas negociações sobre serviços audiovisuais. De toda forma, sob a ótica dos Membros que não desejam a entrada indiscriminada de conteúdo audiovisual estrangeiro em território nacional, parece-nos que o conceito que está imbutido no pedido plurilateral supramencionado, por exemplo, deve ser combatido nas futuras negociações, já que cria obrigações inexistentes no GATS. Da forma colocada no referido pedido plurilateral, a natureza flexível inerente ao GATS, que confere *policy space* aos Membros na execução de suas políticas nacionais em serviços, aos poucos desapareceria.

Lembre-se que, apesar das legislações nacionais que regulam a produção e a exibição de conteúdo audiovisual dos Estados influenciarem a posição negociadora destes na OMC, do enfoque mais amplo de liberalização comercial dos serviços audiovisuais das propostas apresentadas por alguns Membros, bem como dos pedidos plurilaterais já realizados por alguns Membros, o que vale para fins de controle do OSC da OMC são os compromissos assumidos e consolidados nos setores que abarquem o conteúdo audiovisual.

⁴⁵⁶ Íntegra do trecho resumido na língua estrangeira: "9. Having regard to the objectives in paragraph 1(e) of Annex C to the Hong Kong Ministerial Declaration, the co-sponsors seek to achieve the following objectives in respect of individual MFN exemptions under this request -

(a) To eliminate the MFN exemption from the list of MFN exemptions in offers.

(b) Where immediate removal of the MFN exemption is considered not possible at this juncture - (i) to set down a specific expiry date for the exemption; (ii) to reduce the scope of measures which are inconsistent with Article II and which require the exemption; and/or (iii) to undertake to eliminate the conditions which created the need for the exemption or phase out the measures which require the exemption by a specific timeframe; and/or (iv) to undertake to review the exemption on a regular basis with a view to its reduction and eventual elimination.

(c) To clarify any MFN exemption that remain in the list of MFN exemptions in respect of the following - (i) Description of measures: The column on "Description of measure indicating its inconsistency with Article II" should identify clearly, specifically, precisely and only the measures which are inconsistent with Article II and the specific elements which are inconsistent with Article II. Reference should also be made to any specific legislation or international agreement under which the measures are taken and for which the exemption was inscribed. (ii) Countries to which the measure applies: The column on "Countries to which the measure applies" should identify clearly, specifically and only the names of the countries to which the measures covered by the exemption applies. In particular, the list should refer only to specific names of countries. Where the list refers to countries in international agreements or other arrangements, the names of such countries involved in such agreements or arrangements should be listed. (iii) Intended duration: The column on "Intended duration" should specify a specific timeframe or duration during which the exemption applies and after which the exemption will expire. This is without prejudice to the position of any co-sponsors on the duration of MFN exemptions which, in accordance with the Annex on Article II Exemptions, should not exceed a period of 10 years in principle. (iv) Conditions which created the need for the exemption: The column on "Conditions which created the need for the exemption" should identify clearly and precisely the conditions which necessitated the exemption when the exemption was introduced. The specification should enable the clear determination of whether the conditions which created the need for the exemption still prevail. In particular, the specification should refer, where applicable, to conditions under which the exemption would no longer be needed, or to any reviews by the Member concerned of the exemption for the conditions necessitating it. Disponível em: < <http://www.uscsi.org/publications/papers/collective/MFN> >. Acesso em 03 de julho de 2010.

Nesse sentido, para fins de conhecimento acerca do que pode ser exigido em termos de liberalização comercial no que tange o conteúdo audiovisual, importa conhecer quais os compromissos assumidos que se relacionam ao conteúdo audiovisual no setor de comunicação nos Membros utilizados como referência nesse trabalho.

Em linhas gerais, se os Membros não assumiram obrigações de liberalização dos serviços audiovisuais em suas Listas Nacionais e, ainda, apresentaram Lista de Isenção ao art. II do GATS, eles estão resguardados. Se houver assunção de compromisso, por outro lado, é preciso analisar em quais modos de prestação do serviço foram realizados e se estão consolidados. Há, ainda, que se considerar se há isenções à cláusula da NMF. Tais isenções são de grande importância para compreender as obrigações e, sobretudo, as não obrigações dos Membros no setor audiovisual.

4.3 Compromissos e isenções em NMF

Além de fugirmos da delimitação a que nos propomos em termos das legislações que influenciaram a construção do debate no âmbito dos serviços audiovisuais, quais sejam, norte-americana e europeia, examinar os compromissos assumidos e isenções à cláusula NMF de todos os Membros da OMC seria muito complexo e demandaria a análise das respectivas legislações nacionais. Por isso, restringiremos a análise de compromissos específicos e isenções à Cláusula NMF às Listas de compromissos específicos dos EUA e da UE, bem como suas respectivas Ofertas Iniciais nesses serviços, para, posteriormente, examinar os documentos brasileiros equivalentes.

Esclareça-se, desde já, que os compromissos apresentados pelos Membros nas Ofertas Iniciais (revisadas ou não), ao longo da Rodada Doha, somente são passíveis de serem exigidos perante o OSC da OMC a partir do momento que forem consolidados. Como se verá adiante, os Membros que apresentaram ofertas estão condicionando a consolidação das ofertas à conclusão da Rodada Doha. Isso posto, antes da consolidação desses compromissos, o que vale para fins do OSC são as Listas de Compromissos Específicos (*Schedule of Specific Commitments*, no inglês) apresentadas em 1994 e 1997, conforme o caso.

Passemos às análises dos referidos compromissos no que respeita ao conteúdo audiovisual.

Os EUA, em sua Oferta Inicial, de 9 de abril de 2003 [TN/S/O/USA]⁴⁵⁷, apresentaram na entrada correspondente ao setor de telecomunicação da Lista de Classificação da OMC compromissos de *broadcast* (radiodifusão sonora e de imagens na acepção jurídica brasileira e *radio and television broadcast transmission services* na terminologia norte-americana). Esses serviços foram assumidos, mais precisamente, na categoria *Other Communication Services* do setor de telecomunicação (2C). Não houve qualquer restrição nos Modos 1 (serviços transfronteiriços) e 2 (consumo no exterior) nessa categoria de serviços, seja em acesso a mercados, seja em tratamento nacional. Tampouco houve limitações quanto a tratamento nacional em Modo 3. Já quanto à coluna de acesso a mercados, embora o serviço tenha sido liberalizado em Modo 3 (presença comercial), houve restrição à participação do capital estrangeiro nos meios de comunicação no que se refere à propriedade cruzada⁴⁵⁸:

None, except that a single company or firm is prohibited from owning a combination of newspapers, radio and/or TV broadcast stations serving the same local market. Radio and television broadcast licenses may not be held by: a foreign government; a corporation chartered under the law of a foreign country or of which more than 20 per cent of the capital stock is owned or voted by non-US citizens; a corporation chartered under the laws of the United States that is directly or indirectly controlled by a corporation more than 25 per cent of whose capital stock is

⁴⁵⁷ Cfr.

<http://docsonline.wto.org/imrd/gen_searchResult.asp?RN=0&searchtype=browse&q1=%28+%40meta%5FSymbol+TN%FCS%FCO%FC%2A+and+not+rev%2E1+%29+&language=1>. Acesso em 03 de julho de 2010.

⁴⁵⁸ No que se refere à propriedade cruzada nos meios de comunicação nos EUA, releva apontar que suas regras datam de 1975. Note-se, porém, que o *Telecommunications Act*, de 1996 prevê que a cada 4 (quatro) anos a FCC reveja as regras relativas à propriedade privada (*Section 202(h)*).

Vale ressaltar que, em 2003, a FCC propôs regra de flexibilização da propriedade cruzada que foi revogada pelas Cortes americanas. Ainda no âmbito da competência atribuída pelo *Telecom Act*, em 15 de dezembro de 2007, a FCC editou norma (Order) para modificar a regra de propriedade cruzada entre jornais e *broadcasters*.

As regras são bastante complexas, mas em linha geral, a norma da FCC autoriza os grupos de mídia a serem proprietários, ao mesmo tempo, de jornais e de emissoras de rádio ou TV, nos 20 maiores mercados norte-americanos, cumpridas duas condições: que houvesse pelo menos oito empresas de proprietários diferentes no mercado e que, se a transação envolvesse uma emissora de TV, que não fosse uma das quatro de maior audiência local. Fora dos 20 (vinte) maiores mercados, valeria a regra anterior, isto é, nenhuma empresa jornalística poderia ser proprietária de emissora de rádio ou de TV no mercado (cidade) em que já tenha um jornal e vice-versa. Existe a possibilidade de exceções (*waivers*) desde que o grupo de mídia comprove que a nova situação atende ao "interesse público" e garanta a exibição de pelo menos sete horas semanais de jornalismo local. No entanto, em 2008, houve resolução do Senado (*US Senate Joint Resolution 28*) e da Câmara (*House Joint Resolution 79*) para desaprovar a referida Norma. A Norma foi levada aos tribunais (*Third Circuit Court of Appeals*) e ainda está em discussão. No entanto, em março de 2010, foi deferida espécie de liminar (*lift of the stay*) para manter a Norma de 2007 em vigor até a decisão final da Corte.

Note-se, por fim, que, no âmbito do que dispõe o *Telecommunications Act*, foi lançada Consulta Pública em 25 de maio de 2010 para colher opiniões sobre as atuais regras de propriedade cruzada na mídia. Para maiores informações, LIMA, Venício.

Propriedade cruzada: lá e cá. Observatório da Imprensa, 20 de maio de 2008. Disponível em:

<<http://www.observatoriodaimprensa.com.br/artigos.asp?cod=486IPB001>>. Acesso em 09 de setembro de 2010 e GUENWALD, Juliana. **FCC Defends Media Ownership Rules**. National Journal.com, 21 July 2010. Disponível em:

<<http://techdailydose.nationaljournal.com/2010/07/fcc-defends-media-ownership-ru.php>>. Acesso em 09 de setembro de 2010.

owned by non-US citizens or a foreign government or a corporation of which any officer or more than 25 per cent of the directors are non-US citizens.⁴⁵⁹

Em Modo 4 (presença de pessoas físicas), limitaram-se a assumir compromissos em modo horizontal e válidos para todos os setores – com a inserção da terminologia *unbound, except as indicated in the horizontal section*, tanto na coluna de acesso a mercados quanto na de tratamento nacional - , além de exigirem a cidadania norte-americana para aqueles que pretenderem obter licenças para explorar os serviços de radiodifusão sonora e de imagens no que se refere à coluna de acesso a mercados. Ou seja, tal como nos demais setores, os EUA querem evitar a presença de trabalhadores estrangeiros no mercado nacional, e no caso específico da radiodifusão, por ser serviço de interesse público que releva para o fomento da manifestação do pensamento e da informação, bem como para formação das ideias, há ainda a preocupação de que o serviço seja explorado predominantemente por nacionais. De fato, os estrangeiros podem dar enfoque às informações sob o olhar e a perspectiva de outra cultura.

Embora a Oferta Inicial norte-americana seja de 2003, os compromissos consolidados (Lista de Compromissos específicos para os serviços de telecomunicação e audiovisual) são de 15 de abril de 1994 [GATS/SC/90]⁴⁶⁰, tendo sido suplementada em 11 de abril de 1997 [GATS/SC/90/Suppl.2 – *Schedule of Specific Commitments*]⁴⁶¹ no que se refere aos serviços de telecomunicação de modo a incluir compromissos no *Reference Paper*. Essas listas mais antigas, ao contrário da Oferta Inicial norte-americana, mais recente, fazem exclusão expressa do serviço de radiodifusão digital (DBS⁴⁶²) e do DTH do âmbito dos compromissos assumidos. Note-se, também, que em 1997, os EUA, apresentaram Lista de Isenção ao Artigo II do GATS que continha justamente a referência ao DBS e ao DTH [GATS/SC/90/Suppl.2 – *List of Article II (MNF) Exemptions*].⁴⁶³

Note-se que a justificava para os EUA terem inseridos os compromissos referentes aos serviços de *broadcast* no setor de telecomunicação (seja para excluir os serviços digitais dos compromissos assumidos em 1997, seja para inclui-los na Oferta de 2003) está no fato de,

⁴⁵⁹ O trecho correspondente na tradução é: “Nenhuma, exceto que uma única empresa está proibida de deter a combinação de jornais, emissoras de rádio e/ou TV na mesma área de prestação. As licenças de rádio e televisão não podem ser detidas por: governos estrangeiros ou empresas constituídas de acordo com as leis de outro país ou com participação estrangeira superior a 20%; empresas constituídas de acordo com as leis norte-americanas, que sejam controladas direta ou indiretamente em mais de 25% de seu capital social e empresas em que mais de 25% de seus diretores não sejam americanos”.

⁴⁶⁰ Disponível em: < <http://docsonline.wto.org> >. Acesso em 11 de julho de 2010.

⁴⁶¹ Ibid.

⁴⁶² Do inglês, digital broadcast service.

⁴⁶³ Disponível em: < <http://docsonline.wto.org> >. Acesso em 11 de julho de 2010.

conforme vimos no item 4.1 acima, a legislação norte-americana que disciplina os serviços de *broadcast* ser a mesma daquela que disciplina os serviços de telecomunicação, qual seja, o *Telecommunications Act*, de 1996.

No que se refere aos serviços audiovisuais, na mesma Oferta Inicial, de 2003, os EUA assumiram compromissos em *motion picture, home video entertainment e radio and television production services*, sendo que as únicas restrições referiram-se à liberalização em Modo 4, na coluna acesso a mercados, no sentido de também exigir cidadania norte-americana para aqueles que pretendam explorar os serviços (com o uso da terminologia *unbound, except as indicated in horizontal section*). Não inseriram quaisquer medidas de não conformidade na Lista de Isenções à Cláusula NMF quanto aos serviços audiovisuais. Pode-se dizer que a Lista Nacional ousada norte-americana no que se refere a conteúdo audiovisual justifica-se na medida em que o país é o grande interessado na liberalização do conteúdo na OMC.

Já os compromissos europeus no setor de comunicação que dizem respeito a conteúdo audiovisual estão atualmente na Oferta Revisada Condicional, de 29 de junho de 2005 [TN/S/O/EEC/Rev.1]⁴⁶⁴, a qual, conforme o próprio nome indica, está condicionada a acontecimento futuro: a aceitação pela UE do resultado final das negociações e a obtenção de massa crítica nos setores em que a UE realizou pedidos de liberalização, ou seja, efetiva assunção de compromissos dos Membros a quem a UE pleiteou liberalização no setor. Vejamos:

is conditional on other WTO Members making substantive offers in sectors where the EC [EU] have made requests. The EC reserve the right to modify, extend or, reduce this offer in whole or in part at any time. The EC's readiness to confirm this offer will depend on their overall assessment of the acceptability of the outcome of these negotiations. In this regard the EC note that commitments offered in certain sectors or sub-sectors, which are neither committed nor offered by a majority of other WTO Members, are conditional on a critical mass of commitments being achieved in those sectors or sub-sectors⁴⁶⁵. (grifo nosso)

No que se refere aos serviços de *broadcast* (radiodifusão e TV por assinatura, no sentido da acepção jurídica brasileira), a UE os exclui expressamente na Lista de Compromissos

⁴⁶⁴ Disponível em:

<http://docsonline.wto.org/imrd/gen_searchResult.asp?RN=0&searchtype=browse&q1=%28+%40meta%5FSymbol+TN%FCS%FCO%FC%2A+and+not+rev%2E1+%29+&language=1>. Acesso em 11 de julho de 2010.

⁴⁶⁵ O trecho correspondente na tradução é: “é condicionada a que outros Membros da OMC apresentem ofertas substanciais nos setores em que a EC [UE] tenha realizado solicitações. A EC se reserva o direito de fazer modificações, ampliar ou reduzir esta oferta, em todo ou em parte, a qualquer tempo. A prontidão da EC em confirmar esta oferta dependerá de sua avaliação geral da aceitabilidade dos resultados das negociações. Nesse sentido, a EC informa que os compromissos oferecidos em certos setores ou subsetores, que não são assumidos nem oferecidos pela maioria dos outros Membros da OMC, estão condicionados à obtenção de massa crítica de compromissos em outros setores ou subsetores”.

Específicos para o setor de telecomunicação, apresentada em 11 de abril de 1997 [GATS/SC/31/Suppl.3].⁴⁶⁶ Na oportunidade, a UE definiu serviços de *broadcast* como aqueles que têm “aqueles que transmitem ininterruptamente sinais da tv aberta e fechada, sem cobrir os aspectos relacionados ao acesso à infraestrutura”, já que esses estão abrangidos pelos serviços de telecomunicação propriamente ditos. De fato, a UE esclarecera na Lista de Compromissos que “os compromissos assumidos pela UE se relacionam à infra-estrutura que permite a transmissão do conteúdo, e não ao conteúdo em si mesmo”.

No que tange aos serviços audiovisuais, a UE não assumiu qualquer compromisso. Pelo contrário, incluiu em sua Lista de Isenções ao Artigo II do GATS (Cláusula NMF), apresentada em 15 de abril de 1994 [GATS/EL/31]⁴⁶⁷, medidas de não conformidade relacionadas à distribuição de obras audiovisuais; produção e distribuição de obras audiovisuais por meio da radiodifusão ou outros meios de transmissão ao público; produção e distribuição de obras cinematográficas e programas de televisão. As medidas listadas relacionam-se a acordos de cooperação com países de fora da UE e às cotas de conteúdo nacional previstas na UE, conforme vimos no item 4.1 do Capítulo 4.

Feitas as principais observações sobre as Listas de compromissos e as Ofertas norte-americana e europeia vale ressaltar que ambos tecem esclarecimentos sobre os serviços de radiodifusão (ou *broadcast*, na terminologia desses Membros): os EUA para incluí-los (à exceção daqueles prestados sob a tecnologia digital na década de 90) e a UE para excluí-los expressamente. O destaque para os serviços de radiodifusão é, repise-se, em função do conteúdo audiovisual transmitido via tais serviços.

No que se refere ao Brasil, quando da promulgação em nosso país da Ata Final que incorporou os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT, se aprovou também, na forma de apêndice, a Lista de Compromissos Específicos em matéria de serviços à época apresentada [GATS/SC/13, de 15 de abril de 1994], mas nenhum compromisso fora assumido em serviços de telecomunicação e audiovisual.⁴⁶⁸

Ressalte-se que, como mencionado, no item 2.1.1 do Capítulo 2, o Brasil não ratificou o Quarto Protocolo - documento adicional negociado por certos Membros da OMC que, em 15 de

⁴⁶⁶ Disponível em: < <http://docsonline.wto.org> >. Acesso em 11 de julho de 2010.

⁴⁶⁷ Disponível em: < <http://docsonline.wto.org> >. Acesso em 11 de julho de 2010.

⁴⁶⁸ Essa Lista de Compromissos, de 1994, foi aprovada pelo Congresso Nacional juntamente com os demais resultados da Rodada Uruguai.

fevereiro de 1997, estabeleceu as bases legais para ampliar a liberalização de serviços básicos de telecomunicação.

À época da negociação do Quarto Protocolo vigia no Brasil a Lei n.º 9.295 de 19 de julho de 1996, mais conhecida como Lei Mínima. Tal lei era transitória e tinha como objetivo regulamentar de forma sucinta a organização de determinados serviços de telecomunicações, isto é, serviços de telefonia móvel celular, de transmissão de sinais por satélite e outros serviços limitados.⁴⁶⁹ Note-se, no entanto, que logo após a promulgação da Lei Mínima, o Ministério das Comunicações iniciou os procedimentos para a abertura do mercado para que empresas privadas operassem serviços de telefonia móvel celular.⁴⁷⁰ Em seguida, promulgou-se a Lei Geral de Telecomunicação [LGT], hoje em vigor no Brasil, e sobre a qual trataremos no item 5.1 do Capítulo 5.

Assim, no início de 1997, ocasião em que grande parte dos Membros da OMC - que apresentaram compromissos específicos no setor de telecomunicação - submeteram suas Listas de Compromissos Específicos, a lei transitória brasileira do setor de telecomunicação ainda estava em vigor. Desse modo, a Lista de Compromissos Específicos brasileira [GATS/SC/13/Suppl.2, de 11 Abril 1997] (Anexo C deste trabalho) foi realizada com base na Lei Mínima, apenas liberalizava o mercado brasileiro para o serviço móvel celular [hoje, transformado em serviço móvel pessoal], serviços limitados e satélites a prestadores estrangeiros para serviços de telecomunicações básicas, contendo o compromisso de incluir no texto de sua Oferta, em até um ano após a data de sua aprovação, o disposto na nova lei, qual seja, a LGT. Pelo fato de indicar compromissos com base em lei transitória, o país não assumiu compromissos em *Reference Paper* à época. Ademais, não fazia qualquer menção a serviços que pudessem envolver conteúdo audiovisual.

No entanto, quando o documento foi encaminhado ao Congresso Nacional para a ratificação, a LGT já havia sido promulgada e os compromissos assumidos na Oferta de 1997 já estavam defasados face ao novo marco regulatório. Por isso, o documento não foi ratificado pelo Congresso Nacional brasileiro.

⁴⁶⁹ TELECO. **Tutoriais:** Regulamentação. Disponível em:
<http://www.teleco.com.br/tutoriais/tutorialleg/pagina_1.asp>. Acesso em 18 de outubro de 2010.

⁴⁷⁰ Loc.cit.

Em 2000, o Brasil apresentou Lista Revisada de Compromissos Específicos para o setor de telecomunicação [S/C/W/160, de 13 de julho] (Anexo D deste trabalho). Esse documento pretendeu substituir o Quarto Protocolo de 1997. O Brasil demorou a apresentar esse novo documento porque aguardava a regulamentação do setor a ser definida pós-LGT. Quando o documento foi apresentado na OMC, o texto – por óbvio – era diferente daquele de 1997, já que baseado na LGT e não na Lei Mínima.⁴⁷¹ Segundo Leal, a oferta foi criticada por 7(sete) Membros, em especial pelos Membros do QUAD (Estados Unidos, Japão, Canadá e União Europeia). Devido às críticas, o Brasil optou por retirar a oferta.⁴⁷²

Conforme informações verbais do Sr. Aldo Faleiro, diplomata encarregado pela área de serviços na Missão do Brasil em Genebra, junto à OMC, em 2004, a recusa da oferta brasileira se deu pelo fato de certos Membros da OMC terem se oposto ao parágrafo único do artigo 18 da LGT. Tal dispositivo prevê a possibilidade de o “Poder Executivo, levando em conta os interesses do país no contexto de suas relações internacionais com os demais países, poderá estabelecer limites à participação estrangeira no capital de prestadora de serviços de telecomunicações”.

A título ilustrativo, na versão do Quarto Protocolo apresentada em 2000, o Brasil esclarecia que o documento não fora apresentado antes porque havia a percepção de que a abertura sistêmica do mercado de telecomunicações era bastante ampla e não justificava apenas alguns ajustes na Lista, de 1997.⁴⁷³ De fato, merecia, na verdade, ajustes de maior dimensão estrutural e, por isso, o Brasil não apresentara a revisão em até 1 (um) ano após a aprovação da LGT, como havia se comprometido na Lista de 1997. Essa versão do Quarto Protocolo também continha compromissos em *Reference Paper*, mas com ressalvas no sentido de que as tarifas baseadas no custo (*cost-oriented rates*) seriam aplicáveis somente aos serviços de voz, e que haveria tratamento assimétrico entre os *incumbents* (dententores da infraestrutura) e os novos competidores, a fim de estimular o surgimento e garantir a presença no mercado dos últimos.⁴⁷⁴

Em junho de 2004, o Brasil apresentou Oferta Inicial em vários serviços [TN/S/O/BRA].⁴⁷⁵ Não continha, porém, compromissos no setor de telecomunicação, nem

⁴⁷¹ LEAL, Ana. Loc.cit.

⁴⁷² Loc.cit.

⁴⁷³ WTO. S/C/W/160, 13 July 2000. **Fourth Protocol** – Revised Schedule of Specific Commitments. Paragraph 2.

⁴⁷⁴ Ibid. Paragraph 18.

⁴⁷⁵ Disponível em: <<http://www.wto.org>>. Acesso em 11 de julho de 2010

audiovisual, não havendo, assim, nada que se pudesse referir a conteúdo audiovisual. Somente na Oferta Revisada, apresentada em 10 de junho de 2005 [TN/S/O/BRA/Rev]⁴⁷⁶ (Anexo E deste trabalho) é que são inseridos compromissos no setor de telecomunicação, mas não no tocante ao *Reference Paper*. Os compromissos, na verdade, dizem respeito eminentemente à liberalização da infraestrutura do setor, seja na coluna de acesso a mercados, seja na de tratamento nacional, refletindo, aliás, os dispositivos da Lei Geral de Telecomunicações. Como informa Leal, a estratégia negociadora do país foi a de apresentar compromissos apenas em Modo 3, de modo a guardar a liberalização em Modos 1 e 2, bem como no *Reference Paper*, como capital político para o trade-off durante o andamento das negociações.⁴⁷⁷ Segundo Leal, houve duas razões para essa estratégia, a primeira diz respeito às futuras mudanças a serem provocadas pela convergência tecnológica, e a segunda como forma de não se comprometer com ofertas no fórum multilateral quando internamente o Partido dos Trabalhadores parecia assumir posições contrárias à liberalização de acesso a mercados.⁴⁷⁸

Contudo, note-se que, tanto a Oferta Inicial de 2004, quanto a Revisada de 2005, não foram sequer submetidas à aprovação do Congresso Nacional, e, portanto, não representam compromissos consolidados do Brasil. De fato, a consolidação da Oferta Revisada dependerá do avanço nas demais negociações que interessam ao Brasil, tal como a redução dos subsídios agrícolas dados pelos PDs.

No que se refere especificamente à Oferta Revisada de 2005, esta esclarece na alínea (iii) dos compromissos horizontais que “a Lista não inclui qualquer compromisso relacionado às atividades que tenham seu conteúdo transportado por serviço de telecomunicação”. E mais: “o conteúdo e o tratamento dessas atividades são regulados por seus respectivos setores”. Na verdade, o Brasil já havia inserido essa medida de não conformidade na Lista de Isenção ao Artigo II do GATS para serviços de telecomunicação, apresentada em 11 de abril de 1997 [GATS/EL/13/Suppl.1]⁴⁷⁹ (Anexo F deste trabalho). Lá consta que os “serviços de telecomunicação utilizados para efetuar a distribuição de programação de rádio e TV diretamente para usuários finais” estão excluídos de sua Oferta. O objetivo foi excluir o serviço de transporte de sinal via satélite quando utilizado para a prestação dos serviços de distribuição de sinais por

⁴⁷⁶ Ibid.

⁴⁷⁷ LEAL, Ana. Loc. cit.

⁴⁷⁸ Loc.cit.

⁴⁷⁹ Disponível em: <<http://www.wto.org>>. Acesso em 11 de julho de 2010.

cabo ou para a difusão de programas de rádio e televisão, já que no Brasil não se considerava tais serviços como de telecomunicações básicas.⁴⁸⁰ Ao excluí-los da Oferta brasileira, só poderiam ser prestados, caso a caso, em condições de reciprocidade.

O Brasil tampouco assumiu compromissos em serviços audiovisuais. Indicou, porém, medida de não conformidade em sua Lista de Isenções ao Artigo II GATS [GATS/EL/13], também de 15 de abril de 1994⁴⁸¹: acordos de coprodução para filmes a fim de promover trocas culturais e facilitar acesso a financiamentos (Anexo G deste trabalho).⁴⁸²

A título de informação, destaca-se que, fora do âmbito da OMC, o Brasil fez ofertas de liberalização no setor de comunicação, no que se refere ao conteúdo audiovisual, em virtude do Quinquagésimo Terceiro Protocolo Adicional do Acordo de Complementação Econômica n° 35, que aprova o protocolo sobre comércio de serviços entre o Mercado Comum do Sul [MERCOSUL] e o Chile, promulgado pelo Decreto n° 7064, de 14 de janeiro de 2010, e publicado no DOU em 22 de janeiro de 2010 [ACE n° 35], bem como no âmbito da Sétima Rodada de Negociação de Compromissos Específicos em matéria de Serviços celebrado entre MERCOSUL e UE, em 7 de dezembro de 2009 [MERCOSUL/CMC/DEC. n° 21/09].⁴⁸³

⁴⁸⁰ Conforme informações verbais obtidas de Ana Leal, representante da Anatel à época das negociações da Rodada Uruguai, e da elaboração da Oferta brasileira no setor de telecomunicação, de 2005.

⁴⁸¹ Disponível em: <<http://docsonline.wto.org>>. Acesso em 11 de julho de 2010.

⁴⁸² Na época da elaboração da Lista, o Brasil indicou ter acordos com certos membros da Associação Latino-Americana de Integração [ALADI], China, EUA e certos membros da UE.

⁴⁸³ No que se refere ao ACE, o Brasil inseriu compromisso na categoria de serviços de produção e distribuição de filmes e vídeo tapes (CPC 9611). Mas, a liberalização é restrita ao Modo 4 da coluna de acesso a mercados, e, ainda sim apenas no que se refere aos compromissos horizontais, que não diferem dos compromissos assumidos na OMC. Na coluna de tratamento nacional, há inserção de compromissos nos Modos 1 a 3 no sentido de conferir o mesmo tratamento entre obras brasileiras e chilenas no que se refere à aplicação da CONDECINE – Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional. A vantagem dessa paridade de tratamento é a de que as obras audiovisuais chilenas se beneficiarão das hipóteses de isenção de CONDECINE aplicadas às obras audiovisuais brasileiras (art. 39 da Medida Provisória 2228-1, de 6 de setembro de 2001 ou MP da Ancine). No Modo 4, não há compromisso assumido, à exceção dos compromissos horizontais.

No que se refere à Sétima Rodada de Negociação de Compromissos Específicos entre MERCOSUL e UE, faz-se necessário ressaltar, primeiramente, que o Brasil ainda não submeteu esses compromissos ao Congresso Nacional. Foram assumidos compromissos nas categorias serviços de produção e distribuição de filmes e vídeo tapes (CPC 9611), serviços de projeção de filmes (CPC 9612), serviços de rádio e televisão (CPC 9613), serviços de transmissão de rádio e televisão (CPC 7524), serviços de gravação de sons, serviços multiplex (outros serviços de entretenimento – CPC 96199). Em todas essas categorias, houve compromissos nos Modos 1 a 3 na coluna acesso a mercados, mas limitados aos: “serviços técnicos de cópia e reprodução de matrizes de obras cinematográficas e videofonográficas que se destinem à exploração comercial no mercado brasileiro, quando o número de cópias for superior a 6, deverão ser executados no Brasil. A produção, no Brasil, de obra cinematográfica e videofonográfica estrangeira deverá ser realizada mediante contrato com empresa brasileira, que será a responsável pela produção perante as leis brasileiras. A contratação de programação ou de canais de programação internacional, pelas prestadoras de serviços de comunicação eletrônica de massa por assinatura ou de qualquer outros serviços de comunicação que transmitam sinais eletrônicos de som e imagem, deverá ser feita sempre por empresa brasileira, devendo ser fornecida ao órgão de controle e fiscalização sua programação”. Entendemos que a exigência de submissão de programação para fins de controle e fiscalização é inconstitucional, pois fere os princípios de liberdade de expressão e livre manifestação do pensamento previstos no art. 5° da Constituição Federal. No entanto, não nos aprofundaremos nessa questão, pois extrapola o objetivo da presente nota de rodapé. Trataremos desse aspecto, porém, no item 5.1.2 do Capítulo 5. Quanto ao Modo 4, da coluna de acesso a mercados, há o compromisso está limitado a: “A produção, no Brasil, de obra cinematográfica e videofonográfica estrangeira deverá ser realizada

Vistos os compromissos, isenções de NMF e Ofertas realizadas em relação ao conteúdo audiovisual pelos Membros da OMC, inclusive o Brasil, que adotamos como referência neste trabalho, passemos ao último elemento de análise que pode ser relevante para a condução das futuras negociações para a liberalização comercial do conteúdo audiovisual: a interpretação que o OSC da OMC deu a certos artigos do GATS que podem relevar, também, para a prestação de serviços audiovisuais, e em particular para o conteúdo audiovisual.

4.4 Jurisprudência do GATS aplicável ao setor de comunicação

Antes de tratar dos contenciosos que podem relevar para o futuro das negociações de liberalização dos serviços audiovisuais, cabe esclarecer que não se faz coisa julgada na OMC. Portanto, tecnicamente, não se deveria falar em jurisprudência da OMC. Os *Panels* e o próprio Órgão de Apelação [OA] não são compelidos a se respaldar em decisões anteriores no âmbito do Sistema de Solução de Controvérsias [SSC].

No entanto, na prática, os relatórios dos *Panels* e do OA respaldam-se, na maioria das vezes, em decisões anteriores do SSC. Por isso, a esse conjunto de decisões e interpretações já tomadas se dá o nome, entre os estudiosos e especialistas na matéria, de “jurisprudência”. Assim sendo, utilizamos essa terminologia no presente trabalho.

Além de relevante para se conhecer os futuros rumos das decisões de outros casos, iguais ou semelhantes, a jurisprudência da OMC tem papel relevante na formação das novas regras do organismo multilateral. Isso não ocorre apenas no GATS. Se as negociações multilaterais não

mediante contrato com empresa brasileira, que será a responsável pela produção perante as leis brasileiras”. Já no que se refere à coluna de limitações em tratamento nacional, para a maioria das categorias de serviços assumidos, inseriu-se, em Modo 3, a impossibilidade de empresas produtoras europeias se beneficiarem dos recursos do FUNCINES – Fundos de Financiamento da Indústria Cinematográfica Nacional, e em Modo 4 não houve assunção de compromissos, à exceção dos horizontais. Como se percebe, no que se refere a conteúdo audiovisual, os compromissos específicos brasileiros assumidos no âmbito do acordo entre MERCOSUL e UE são mais abrangentes do que aqueles assumidos no GATS e no próprio ACE. Acreditamos que a diferença no tratamento se justifica pelo fato de o Brasil possuir acordos de coprodução com países da UE. Dos 9 (nove) acordos de coprodução firmados pelo Brasil, 5 (cinco) são com Estados-Membros da UE (Alemanha, França, Portugal, Espanha e Itália). Para informações sobre esses acordos, consultar <<http://www.ancine.gov.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=2355>>. Acesso em 4 de outubro de 2010.

As Listas de Compromissos Específicos aqui referidas estão disponíveis, respectivamente, em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7064.htm> e <<http://www.mercosur.int.rnt/show?contentid+1028>>. Acesso 4 de outubro de 2010.

avançam, a solução é encontrada, ainda que de modo “forçado”, no OSC, já que o sistema não permite apenas que Membros insatisfeitos com (pretensos) descumprimentos de obrigações por parte de outro(s) Membro(s) possam tentar restabelecer as regras do jogo do livre comércio. Acaba por servir, também, que regras não acordadas expressamente pelos Membros sejam criadas. Um dentre esses exemplos são os já mencionados “teste de necessidade”, aplicados pelos *Panels* e/ou AO. Entendemos que a aplicação desses testes fere o espírito que pautou a criação da OMC durante a Rodada Uruguai: regras negociadas em comum acordo entre todos os Membros. Não faz sentido que, ao invés de serem negociadas pelos representantes de cada Membro, as regras sejam resultado de uma disputa entre 2(dois) ou mais Membros a ser decidida pelos *Panels* e/ou o OA, e depois estendidas a outros Membros por ocasião de novos contenciosos.

De qualquer forma, não se pode negar que a jurisprudência que se formou acerca dos acordos da OMC é relevante para o estabelecimento de orientações que poderão ser usadas em futuras disputas envolvendo o setor de comunicação, inclusive no que se refere ao conteúdo audiovisual. Assim sendo, passemos a tratar de 3 (três) contenciosos, cujas interpretações do *Panel* e do OA nos parecem mais relevante para o intuito de verificar a tendência dos órgãos judicantes da OMC quanto a conteúdo audiovisual, ainda que desde a criação da OMC outros contenciosos tenham mencionado violações de certos dispositivos do GATS.⁴⁸⁴

⁴⁸⁴ Vide: China — Measures Affecting Financial Information Services and Foreign Financial Information Suppliers (Complainants: Canada), de 20 de junho de 2008; China — Measures Affecting Financial Information Services and Foreign Financial Information Suppliers (Complainant: United States of America), de 3 de março de 2008; China — Measures Affecting Financial Information Services and Foreign Financial Information Suppliers (Complainant: European Communities), de 3 de março de 2008; China — Value-Added Tax on Integrated Circuits (Complainant: United States of America), de 18 de março de 2004; Turkey — Certain Import Procedures for Fresh Fruit (Complainant: Ecuador), de 31 de agosto de 2001; Nicaragua — Measures Affecting Imports from Honduras and Colombia (Complainant: Honduras), de 6 de junho de 2000; Nicaragua — Measures Affecting Imports from Honduras and Colombia (Complainant: Colombia), de 17 de janeiro de 2000; Ecuador — Provisional Anti-Dumping Measure on Cement from Mexico (Complainant: Mexico), de 5 de outubro de 1999; South Africa — Anti-Dumping Duties on Certain Pharmaceutical Products from India (Complainant: India), de 1 de abril de 1999; Canada — Certain Measures Affecting the Automotive Industry (Complainant: European Communities), de 17 de agosto de 1998; Canada — Certain Measures Affecting the Automotive Industry (Complainant: Japan), de 3 de julho de 1998; Canada — Measures Affecting Film Distribution Services (Complainant: European Communities), de 24 de outubro de 1997; Belgium — Measures Affecting Commercial Telephone Directory Services (Complainant: United States of America), de 2 de maio de 1997; Japan — Measures Affecting Distribution Services (Complainant: United States of America), de 13 de junho de 1996; United States of America — The Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act (Complainant: European Communities), de 3 de maio de 1996; European Communities — Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas (Complainants: Ecuador; Guatemala; Honduras; Mexico; United States of America), de 5 de fevereiro de 1996; European Communities — Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas (Complainants: Guatemala; Honduras; Mexico; United States of America), de 28 de setembro de 1995.

Os relatórios destes casos estão disponíveis em:

<http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_agreements_index_e.htm?id=A8#selected_agreement>. Acesso em 23 de agosto de 2010.

4.4.1 Mexico - Measures Affecting Telecommunications Service (DS 204)

No primeiro contencioso a ser examinado somente violações de regras do GATS foram questionadas e, curiosamente, envolveu o setor de telecomunicação. Limitou-se, porém, aos aspectos técnicos da transmissão do serviço.

Nessa disputa, os EUA pediram estabelecimento de *Panel* contra o México, em 13 de fevereiro de 2002, no qual alegaram que obrigações mexicanas em serviços básicos de telecomunicação e de valor adicionado assumidas no âmbito do GATS não estavam sendo respeitadas.

No que tange à recomendação do *Panel* neste caso, 3 (três) interpretações podem impactar futuras decisões do OSC e, até mesmo, as sucessivas rodadas de negociações no setor de telecomunicação e serviços em geral, já que abordam a regulamentação doméstica.

A primeira versou no sentido da limitação dos poderes regulatórios dos Estados que assumem compromissos na OMC, mesmo que tal limitação não tenha sido incluída de modo expresse em qualquer dispositivo do GATS.

Nesse sentido, vejamos trecho da decisão do *Panel* no referido contencioso:

international commitments made under the GATS **for the purpose of preventing suppliers (...)** from engaging in or continuing anti-competitive practices **are designed to limit the regulatory powers of WTO Members.**⁴⁸⁵ (grifo nosso)

Em linhas gerais, a prática mexicana contestada pelos EUA que resultou na decisão supramencionada, foi o fato de, no México, a interconexão direta com redes de telefonia pública estrangeira somente podia ser realizada por operadores internacionais que deviam aplicar a mesma taxa de compensação uniforme (*uniform settlemente rate*) para toda ligação de longa distância internacional. Segundo a legislação mexicana, essa taxa era definida exclusivamente pela operadora mexicana Telmex, na qualidade de maior provedora (*major supplier*), e devia ser aplicada por todas as demais empresas que terminam no México as chamadas iniciadas nos demais países.

O México argumentou que essa prática estava permitida por sua legislação. Mas o *Panel* acatou a argumentação norte-americana de que a natureza de uma prática anticompetitiva não

⁴⁸⁵ Parágrafo 7.244 de *Panel in Mexico – Telecom Services*.

muda só porque é permitida pela regulamentação doméstica, não se justificando, assim, a permissão dada pela legislação mexicana para a imposição de tarifa única de compensação pela Telmex. Assim, o *Panel* entendeu que o México deixara de cumprir sua obrigação de garantir práticas competitivas (*Section 1.1 do Reference Paper*) ao legalizar práticas anticompetitivas e não garantir a aplicação de medidas em conformidade com os compromissos assumidos no *Reference Paper* [RP].

A segunda interpretação relevante para fins de regulamentação doméstica é a de que “a implementação tem de ser concorrente com a entrada em vigor do compromisso”.⁴⁸⁶ Tal decisão originou-se do entendimento do *Panel* sobre um compromisso inserido pelo México em seu RP na coluna de limitações de acesso a mercados, qual seja:

(...) The Ministry of Communications and Transport (SCT) will not issue permits for the establishment of a commercial agency **until** the corresponding regulations are issued.
(grifo nosso)

Em linhas gerais, o México argumentava que o compromisso de expedir licenças para possibilitar o estabelecimento de agências comerciais estrangeiras para a prestação de certos serviços de telecomunicação somente se concretizaria no momento em que as regulamentações correspondentes fossem expedidas pelo Executivo mexicano. Dessem modo, como ainda não havia regulamentação por parte do governo, este não estaria vinculado às obrigações assumidas no RP nesse sentido.

O *Panel* entendeu que não havia qualquer evidência que indicasse que o México empregara os esforços necessários para implementar, em tempo hábil, a obrigação assumida no RP. Assim, mais uma vez neste contencioso, o *Panel* fez uma interpretação extensiva das obrigações assumidas por um Membro. Claro que tal entendimento pode ser alterado em outro *Panel* ou até mesmo pelo OA, se a ele houver recurso, mas a tendência é que a interpretação seja aplicada na análise de outros contenciosos, e não revista.

Infelizmente, a interpretação do *Panel* reitera a argumentação realizada pelos PDs, que defendem maiores limites na capacidade regulatória dos Membros que subscreveram os compromissos do GATS, seja por meio de *benchmarks*, seja pela criação de um anexo sobre regulamentação doméstica, conforme já cogitado.

⁴⁸⁶ Parágrafo 7.371 de *Panel in Mexico – Telecom Services*.

No entanto, apesar das decisões desfavoráveis ao entendimento de que os Membros continuam com sua capacidade regulatória integralmente preservada, fato é que durante as negociações da Rodada Uruguai não se pretendeu interpretar a assunção de compromissos em GATS como limitação à capacidade regulatória dos Membros. Com efeito, restrições e condições listadas na Lista de um Membro devem prevalecer sobre quaisquer outras obrigações assumidas no GATS, embora possam ser consideradas barreiras em serviços.⁴⁸⁷

A terceira interpretação do *Panel* no mesmo caso diz respeito ao alcance dos modos de prestação. Interessante apontar que, nesse aspecto, o *Panel* se utilizou das próprias palavras do GATS para chegar a sua conclusão. Isso porque o objetivo do *Panel* foi o de analisar se os serviços a serem prestados pelas prestadoras norte-americanas de telecomunicações deveriam ser considerados serviços transfronteiriços, ou seja, em Modo 1, já que seriam entregues diretamente do outro lado da fronteira, como argumentavam os EUA, ou se, ao contrário, as obrigações assumidas pelo México limitavam-se à entrega do serviço das prestadoras estrangeiras na fronteira mexicana, podendo somente ser entregue ao usuário final por um prestador de serviços com presença comercial no México, ou seja, em Modo 3 (presença comercial).

Dessa forma, para resolver a questão, o *Panel* indicou que o artigo I(2)(a) do GATS refere-se a serviço que “atravessa um território”, mas silencia quanto à necessidade de o “prestador do serviço” atravessar a fronteira também. O silêncio sugeriria, segundo o *Panel*, que o local em que o prestador atua seria indiferente para a definição de prestação transfronteiriça de serviços. Essa interpretação é favorável para os defensores da tese de que os serviços entregues eletronicamente, ou seja, pela internet, também já estão incluídos dentre os compromissos assumidos pelos Membros nas Listas Nacionais no Modo 1. Essa interpretação extensiva é bastante perigosa, já que os Membros podem se ver obrigados a assumir compromissos de liberalização comercial em aspectos que não acreditavam ter se obrigado e, provavelmente, não estavam preparados para cumpri-los.

Já, inversamente, como constatou o *Panel* em sua análise, as alíneas (c) e (d) do mesmo artigo I (2) mencionam o termo prestador de serviço (*service supplier*), o que indicaria que à época da negociação do GATS, os Membros da OMC decidiram que a localização do prestador do serviço era irrelevante para o Modo 1, além de tampouco importar para as obrigações em

⁴⁸⁷ GOULD, Ellen; JOY, Clare. “**In whose service?**” The threat posed by the general Agreement on Trade in Services to economic development in the South. December 2000 *apud* PEREIRA, Ana Cristina. Op. cit. p. 31.

Modo 2 (consumo no exterior). Assim, conforme entendimento do *Panel*, para as obrigações assumidas em Modo 1 não importa onde o prestador do serviço está localizado. Construiu-se a interpretação de que não há necessária relação entre as obrigações assumidas em Modo 1 e em Modo 3.

Importa dizer, por fim, que o México não recorreu das recomendações do *Panel*, não dando oportunidade aos juristas que compõem o OA de, talvez, alterar interpretações que, como se percebe, são limitadoras de direitos negociados. Com efeito, a interpretação do *Panel* diminuiu a margem de manobra que o México possui na formulação de suas políticas públicas no setor de telecomunicação.

4.4.2. US - Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services (DS 285)

A importância deste segundo contencioso, que envolveu exclusivamente dispositivos do GATS na análise conduzida pelo OA, foi iniciado por Antigua & Barbuda, e também se relaciona à interpretação de compromissos assumidos no Modo 1 (serviços transfronteiriços). O referido contencioso questiona a proibição de prestadores estrangeiros oferecerem serviços de apostas pela internet a consumidores de certos estados norte-americanos. Como se vê, a internet aparece como plataforma de prestação do serviço, muito embora o GATS – ou qualquer outro acordo da OMC – não trate especificamente da mesma.

É certo que não se pode ignorar o volume cada vez maior de prestação do serviço pela internet, mesmo que questões básicas, tais como a natureza da classificação dos bens e serviços prestados eletronicamente, ainda não estejam definidas na OMC.⁴⁸⁸ Ressalte-se, assim, que o fato de não haver menção direta à internet no GATS não impediu o OSC da OMC de examinar e proferir suas decisões sobre a questão.

⁴⁸⁸ Para maiores detalhes sobre a negociação e a classificação dos e-services no GATS, consultar SAYEG, Fernanda. **A negociação dos e-service segundo o GATS**. In: CELLI, Umberto Jr. Comércio de Serviços na OMC. Editora Juruá, Curitiba, pp. 241-257

O *Panel* que atuou nesse caso concreto foi estabelecido em 21 de julho de 2003, e além da violação de artigos do GATS, Antigua & Barbuda apontavam a violação de compromissos em Modo 1 que os EUA assumiram em sua Lista Nacional nos serviços de apostas (*gambling and betting*, mais precisamente). Note-se que, pela Lista Nacional norte-americana, não havia restrições de acesso a mercado, como cotas de importação ou limitação no número de prestadores de serviços.

Assim, a questão residiu em saber se, por meio de medidas tidas como não-discriminatórias, ou seja, de regulamentação doméstica com o objetivo de proteção da moral pública, nos termos do artigo XIV (a) e (c) do GATS, os EUA podiam banir a prestação do serviço pela internet.⁴⁸⁹

O *Panel* entendeu que as medidas regulatórias que não se equivalem a cotas se enquadram na proibição de restrições de acesso a mercado, já que os EUA assumiram compromissos liberalizantes em Modo 1, sem fazer restrições. E, segundo entendimento do *Panel*:

Members maintain the sovereign right to regulate within the parameters of Article VI of the GATS. Members' regulatory sovereignty is an essential pillar of the progressive liberalization of trade in services, **but this sovereignty ends whenever rights of other Members under the GATS are impaired**".⁴⁹⁰ (grifo nosso)

Como se percebe essa interpretação, embora reafirme o *policy space* dos Membros, o limita de modo evidente, já que a regulamentação doméstica é limitadora de direitos em sua natureza.

O OA, por sua vez, reafirmou a interpretação de que os compromissos assumidos visam limitar a capacidade regulatória dos Membros da OMC, tal como entendeu o *Panel* no contencioso envolvendo México e EUA acima citado.

A princípio, a solução para evitar esta limitação é excepcionar na Lista Nacional tudo o que não pretende ser liberalizado. É certo que, se nem os EUA foram capazes de preparar uma Lista 100% blindada, fica difícil imaginar que algum Membro seja capaz de fazê-lo.

O OA também entendeu que apesar da medida visar à proteção da moral e ordem públicas, nos termos do artigo XIV (a) do GATS, não se justificava como necessária nos termos

⁴⁸⁹ HOECKMAN, Bernard. Op. cit. p. 35.

⁴⁹⁰ Parágrafo 6.136 do *Panel on US Gambling*.

do caput do artigo, já que os EUA deixaram de comprovar que a mesma seria não arbitrária e não discriminatória.⁴⁹¹

Segundo o OA,

in the context of Article XIV(a) of the GATS, the proper means of assessing "necessity" through a process of "weighing and balancing" a number of factors. (...) that the process begins with an assessment of the relative importance of the interests or values furthered by the challenged measure. A panel [or the AB] should then turn to the other factors that are to be weighed and balanced, which will in most cases include: (i) the contribution of the measure to the realization of the ends pursued by it; and (ii) the restrictive effect of the measure on international commerce. Additional factors may be relevant in specific cases. Once a panel [or the AB] has identified the factors to be weighed and balanced, a comparison of the challenged measure and possible alternatives should be undertaken, and the results considered in the light of the importance of the objective pursued.⁴⁹²

Essa interpretação se trata, precisamente, da análise do teste de necessidade que vem sendo realizada nos contenciosos da OMC.

Os testes de necessidade, na verdade, são mecanismos que visam impedir que medidas adotadas pelos Membros da OMC com objetivos de política pública resultem em barreiras desnecessárias ao comércio.⁴⁹³ De fato, o impacto do GATS sobre a regulamentação doméstica irá depender, em larga medida, da natureza do teste de necessidade a ser desenvolvido no contexto das disciplinas do artigo VI(4) do GATS.⁴⁹⁴ Segundo relatório do Secretariado do GATS, no contexto de discussões do *Working Party on Domestic Regulation* [WPDR], em 2003,

these tests reflect the balance in WTO agreements between two important goals: preserving the freedom of Members to set and achieve regulatory objectives through measures of their own choosing, and discouraging Members from adopting or maintaining measures that unduly restrict trade. Necessity tests typically achieve this balance by requiring that measures, which restrict trade

⁴⁹¹ Contenciosos envolvendo o GATT também trazem esclarecimentos acerca do que se deve entender como “necessário”.

No parágrafo 178 do AB Report on *Brazil – Retreaded Tyres*, por exemplo, temos: “(...) a panel must consider the importance of the interests or values at stake, the extent of the contribution made by the measure to the achievement of the relevant objective, and the measure's trade restrictiveness, and that “[i]f this analysis yields a preliminary conclusion that the measure is necessary, this result must be confirmed by comparing the measure with possible alternatives, which may be less trade restrictive while providing an equivalent contribution to the achievement of the objective.”

Vale notar, também, que o parágrafo 162 de *Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef* dá sentido de “making a contribution to” e não “indispensable” à expressão necessidade, esclarecendo ainda que o sentido da palavra pode variar de acordo com o dispositivo em que é utilizado. No entanto, como esclarece Luff, “this is a source of legal uncertainty, since Panels or the Appellate Body have not interpreted all provisions containing this word yet. Secondly, the criteria upon which the meaning of the word “necessary” may vary would be subject to the discretion of future Panels. These criteria are, among other things, the policy goal of the underlying provision. To quote the Appellate Body, “**the more vital or important... common interests or values are, the easier it would be to accept as ‘necessary’ a measure...**”. Thereby, the Panels and the Appellate Body would have the authority to weigh the relative importance of public policy objectives or public values or interests, despite, in principle, the definition of such objectives, values and interests as inherent to the sovereign power of nations”. (grifo nosso). LUFF, David. Op. cit. p. 1065-1066.

⁴⁹² Parágrafos 306-308 de AB on US Gambling

⁴⁹³ HOECKMAN, Bernard. Op. cit. p. 182.

⁴⁹⁴ Ibid. p. 83-184.

in some ways (including by violating obligations of an agreement) are permissible only if they are “necessary” to achieve the Member’s policy objective.⁴⁹⁵

A preocupação de determinar o alcance das exceções gerais possibilitadas pelo sistema normativo da OMC, tanto no comércio de bens (artigo XX do GATT 94), como no de serviços (XIV GATS), tem sido uma constante nos testes de necessidade. No *US Gambling*, por exemplo, o *Panel* referiu-se a casos anteriores para apontar seu entendimento sobre as condições para admissão das exceções.

The chapeau by its express terms addresses, not so much the questioned measure or its specific contents as such, but rather the manner in which that measure is applied.⁽¹⁰²⁷⁾ It is, accordingly, **important to underscore that the purpose and object of the introductory clauses of Article XX is generally the prevention of 'abuse of the exceptions of [what was later to become] Article [XX].'**¹⁰²⁸ This insight drawn from the drafting history of Article XX is a valuable one. The chapeau is animated by the principle that while the exceptions of Article XX may be invoked as a matter of legal right, they should not be so applied as to frustrate or defeat the legal obligations of the holder of the right under the substantive rules of the *General Agreement*. **If those exceptions are not to be abused or misused, in other words, the measures falling within the particular exceptions must be applied reasonably, with due regard both to the legal duties of the party claiming the exception and the legal rights of the other parties concerned.**⁽¹⁰²⁹⁾⁴⁹⁶

No que tange ao referido caso, vale apontar, por fim, que os EUA não modificaram as medidas julgadas incompatíveis pelo OSC, nem após a concessão de Período Razoável de Tempo nos termos do artigo 21.3 (c) do Entendimento de Solução de Controvérsias [ESC]. O prejuízo causado à Antigua & Barbudas foi arbitrado em US\$ 21 milhões; logo, esta pode pedir, por exemplo, autorização para suspender suas obrigações em TRIPs⁴⁹⁷ para com os EUA até o montante arbitrado. Antigua & Barbudas não pediram a autorização ao OSC para a retaliação.

Não cabe aqui tratar das razões pelas quais Antigua & Barbudas não retaliaram os EUA, pois fugiria, e muito, do tema a que nos propomos tratar, mas é válido dizer que o peso da economia norte-americana nas ilhas caribenhas deve ter sido fator determinante para o país

⁴⁹⁵ S/WPDR/W/27. **Necessity tests in the WTO**. 2 December 2003, p. 1.

⁴⁹⁶ Parágrafo 6.574 do *Panel Report on US Gambling*:

1027 (*original footnote*) This was noted in the Panel Report on *United States – Imports of Certain Automotive Spring Assemblies*, BISD 30S/107, para. 56; adopted on 26 May 1983.

1028 (*original footnote*) EPCT/C.11/50, p. 7; quoted in Analytical Index: Guide to GATT Law and Practice, Volume I, p. 564 (1995) 1029 Appellate Body Report on *US – Gasoline*, p. 22.

⁴⁹⁷ Do inglês, Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights.

O pedido de “retaliação” em TRIPs é permitido nos termos do artigo 22. 3 (c) e (f) do ESC. De fato, quando o Membro demandante entender que a “retaliação” no mesmo setor demandado é inviável ou não efetiva, pode-se “retaliar” em outro setor do mesmo acordo em questão ou ainda em outro acordo.

“ganhar, mas não levar” na OMC. Provavelmente, perderiam mais retaliando os EUA do que não o fazendo.⁴⁹⁸

Como característica comum aos dois contenciosos citados, ambos revelam que o impacto entre o entrelaçamento das regras do GATS e os compromissos assumidos nos Modos de prestação pelos Membros não é suficientemente claro para os envolvidos e, assim, acabam sendo resolvidos nas análises do OSC. Assim sendo, é conveniente que na continuidade da Rodada Doha de negociações, a agenda sobre regras do GATS seja cuidadosamente discutida, a fim de que os negociadores identifiquem quais questões ainda necessitam de regras a serem definidas e que sejam eles – os Membros – os responsáveis pelo estabelecimento destas novas regras e não os membros de *Panels* ou do OA que não têm – ou não deveriam ter – legitimidade para tal.

4.4.3 China - Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products (DS 363)

O terceiro contencioso que merece destaque em nossa análise foi iniciado pelos EUA contra China, com o estabelecimento do *Panel* em 27 de novembro de 2007⁴⁹⁹. Houve recurso ao OA e este proferiu seu relatório com recomendações à China em 21 de dezembro de 2009.⁵⁰⁰ Conforme o próprio nome do caso faz transparecer, a discussão refere-se a produtos e não a serviços audiovisuais, mas importantes ilações para a interpretação das obrigações relacionadas ao conteúdo audiovisual podem advir daí.

Ao contrário dos contenciosos anteriormente mencionados, este não diz respeito exclusivamente a violações do GATS, sendo uma disputa em que os limites de entrelaçamento entre as obrigações do GATT e do GATS se misturam. No entanto, a relevância do contencioso não está no fato de se referir ao GATS e de analisar obrigações referentes à regulamentação

⁴⁹⁸ O Brasil, que foi autorizado a retaliar os Estados Unidos, inclusive em TRIPs, em virtude do caso *US – subsidies on upland cotton* (DS 267 ou caso do algodão), tampouco o fez. Como noticiado na imprensa, o país vai esperar até 2012 para retaliar os EUA caso as medidas julgadas incompatíveis com os acordos da OMC – em particular, o acordo de subsídios – não sejam retiradas. Ver OLIVEIRA, Eliane. **Brasil cede e não vai retaliar EUA País adia por 2 anos decisão contra americanos autorizada pela OMC**. O Globo, 18 de junho de 2010.

⁴⁹⁹ Cfr. <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds363_e.htm>. Acesso em 23 de agosto de 2010.

⁵⁰⁰ Ibid.

doméstica. A importância vai além, já que diz respeito ao comércio de serviços e bens audiovisuais.

Nesse caso, os EUA contestaram duas medidas chinesas: de um lado, (a) restrição de direitos comerciais relacionados a filmes importados para projeção em cinema, produtos audiovisuais de entretenimento para uso doméstico (i.e. videocassetes e DVDs), gravações sonoras e publicações em geral (i.e. livros, revistas, jornais e publicações eletrônicas) e de outro, (b) restrição de acesso a mercado aos provedores estrangeiros de serviços de distribuição de publicações e aos provedores estrangeiros de serviços audiovisuais (incluindo os serviços de distribuição) para produtos audiovisuais de entretenimento para uso doméstico.

Segundo os EUA, essas medidas estão em desacordo com os compromissos assumidos pela China em seu Protocolo de Acesso.⁵⁰¹ Em sua análise, o *Panel* verificou se as medidas estavam no âmbito das obrigações assumidas no Protocolo e, se as mesmas se enquadravam nas exceções do artigo XX do GATT. A análise do *Panel* é extremamente longa e detalhada, abordando aspectos que não se relacionam com a regulação de conteúdo. Por isso, limitaremos a esclarecer que a China argumentou que as medidas tomadas estavam relacionadas em seu Protocolo de Acesso e, portanto, tinha direito de pô-las em prática, já que representam seu direito de regular o comércio⁵⁰². O *Panel*, contudo, entendeu que o limite temporal para esta exceção era de 3 anos, conforme disposto no próprio Protocolo⁵⁰³ e, por esse motivo, as medidas contestadas pelos EUA estavam no âmbito das obrigações assumidas pela China em seu Protocolo.⁵⁰⁴ O OA confirmou o entendimento do *Panel* e trouxe novos parâmetros para a interpretação do direito de regular. Podemos apontar como aspectos mais importantes⁵⁰⁵: (i) o direito da China de regular o

⁵⁰¹ Parágrafo 7.227 do *Panel Report in China Audiovisual Products*.

Parágrafo 215 do *AB Report in China Audiovisual Products*:

"The first two sentences of paragraph 5.1 of China's Accession Protocol provide: Without prejudice to China's right to regulate trade in a manner consistent with the WTO Agreement, China shall progressively liberalize the availability and scope of the right to trade, so that, within three years after accession, all enterprises in China shall have the right to trade in all goods throughout the customs territory of China, except for those goods listed in Annex 2A which continue to be subject to state trading in accordance with this Protocol. Such right to trade shall be the right to import and export goods."

⁵⁰² Parágrafo 7.241 do *Panel Report in China Audiovisual Products*.

⁵⁰³ Parágrafo 7.247 do *Panel Report in China Audiovisual Products*.

⁵⁰⁴ Parágrafo 7.248 do *Panel Report in China Audiovisual Products*.

⁵⁰⁵ Segue íntegra dos parágrafos 220 a 224 do *AB Report in China Audiovisual Products*:

"In the abstract, "rights" may encompass both entitlements or powers, and immunities or protected interests. Within the first sentence of paragraph 5.1, the word "right" is used twice. In the introductory clause, China is identified as enjoying a "right" to regulate trade. Subsequently, China is identified as being subject to an obligation to grant the "right" to trade. **The first time the word "right" is used, it seems to us to refer to an authority, or power that China enjoys, whereas the second time the word is used, it refers to a legal entitlement that China is under an obligation to grant to all enterprises in China. The next component of the phrase "China's right to regulate trade" is the verb "regulate". As noted by the Panel, to "regulate" means to "[c]ontrol, govern, or direct by rule or regulations; subject to guidance or restrictions". As for the word**

comércio é uma referência ao poder da China de sujeitar o comércio internacional à regulação; e (ii) o poder da China de sujeitar o comércio internacional à regulação não pode ser prejudicado pela obrigação da China de viabilizar o comércio, desde que a China regule o comércio de modo consistente com o acordo da OMC.

Nas palavras do *Panel*, ratificadas pelo OA,

we see 'the right to regulate', in the abstract, as **an inherent power enjoyed by a Member's government, rather than a right bestowed by international treaties such as the WTO Agreement**. With respect to trade, the WTO Agreement and its Annexes instead operate to, among other things, discipline the exercise of each Member's inherent power to regulate by requiring WTO Members to comply with the obligations that they have assumed thereunder. (grifo nosso)

Essa interpretação do OSC da OMC parece minimizar o direito de regular dos Membros ao pontuar que o direito advém do próprio poder soberano dos Membros, não sendo conferido pelo GATS.

Especificamente no que tange às medidas questionadas, as do item (a) dizem respeito fundamentalmente ao GATT. Embora, a princípio, tais medidas parecem escapar do propósito do presente trabalho, o interesse está no fato de a China ter usado argumentos de cunho cultural para tentar enquadrar as medidas restritivas adotadas em uma das exceções previstas no artigo XX do GATT (e que se assemelham às exceções do artigo XIV do GATS). Em sua argumentação, a China pede ao OA que seja cauteloso na avaliação de contencioso que gira entorno de produtos culturais, dada a natureza específica desses produtos que podem impactar nos valores morais

"trade", it is used as a noun in the phrase "China's right to regulate trade", and seems to refer, generally, to commerce between nations.

Thus, our analysis so far suggests that the phrase "China's right to regulate trade" is a reference to China's power to subject international commerce to regulation. As explained above, this power may not be impaired by China's obligation to grant the right to trade, *provided that* China regulates trade 'in a manner consistent with the WTO Agreement'.

We read the phrase "in a manner consistent with the WTO Agreement" as referring to the *WTO Agreement* as a whole, including its Annexes. We note, in this respect, that we see the "right to regulate", in the abstract, as an inherent power enjoyed by a Member's government, rather than a right bestowed by international treaties such as the *WTO Agreement*. With respect to trade, the *WTO Agreement* and its Annexes instead operate to, among other things, discipline the exercise of each Member's inherent power to regulate by requiring WTO Members to comply with the obligations that they have assumed thereunder. When what is being regulated is trade, then the reference in the introductory clause to "consistent with the WTO Agreement" constrains the exercise of that regulatory power such that China's regulatory measures must be shown to conform to WTO disciplines. We observe, in this regard, that WTO Members' regulatory requirements may be WTO-consistent in one of two ways. First, they may simply not contravene any WTO obligation. Secondly, even if they contravene a WTO obligation, they may be justified under an applicable exception. The reference to "a manner consistent with the WTO Agreement" seems to us to encompass both types of WTO-consistency. Thus, we read the phrase "right to regulate trade in a manner consistent with the WTO Agreement" as a reference to: (i) rights that the covered agreements affirmatively recognize as accruing to WTO Members, namely, the power of Members to take specific types of regulatory measures in respect of trade in goods when those measures satisfy prescribed WTO disciplines and meet specified criteria; and (ii) certain rights to take regulatory action that derogates from obligations under the WTO Agreement—that is, to relevant exceptions". (grifo nosso)

individuais e da sociedade. Verifiquemos a íntegra de parágrafo da recomendação do OA que traz a ponderação chinesa, inclusive no que se refere à existência da Convenção da UNESCO:

China points out that cultural goods and services have a very specific nature "[a]s vectors of identity, values and meaning"(1), in that they do not merely satisfy a commercial need, but also play a crucial role in influencing and defining the features of society. Noting that this specificity of cultural goods has been affirmed by the UNESCO *Universal Declaration on Cultural Diversity* and by the UNESCO *Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*, China requests the Appellate Body to be "mindful"(2) in the present appeal of the specific nature of cultural goods⁵⁰⁶ (...) China emphasized particular characteristics of cultural goods, including the impact they can have on societal and individual morals. It is for this reason, according to China, that it has adopted a regulatory regime under which the importation of reading materials, audiovisual products, and films for theatrical release containing specific types of prohibited content is not permitted. (...) China submitted that, because these import entities play an essential role in the content review process, and because, in the case of imported products, it is critical that content review be carried out at the border, only "approved" and/or "designated" import entities are authorized to import the relevant products.⁵⁰⁷ (grifo nosso)

A China não é uma democracia e o governo chinês é famoso por restringir acesso a conteúdos considerados perigosos para a continuidade do regime. Embora não se possam questionar tais premissas, o aspecto político não foi levado em consideração pelo OSC. Nem poderia. A análise foi eminentemente comercial, a exemplo dos trechos dos relatórios de *Panel* e do OA transcritos ao longo do presente trabalho

No que tange às medidas questionadas no item (b), vale notar também a diferenciação que a China traz entre compromissos assumidos no setor audiovisual e no setor de distribuição. Como se percebe, a interpretação do *Panel* – objeto de recurso – releva para as obrigações de liberalização de conteúdo audiovisual, já que mesmo sem a China ter incluído no campo referente ao setor audiovisual de sua Lista, serviços (audiovisuais) que podem ser prestados por meio de distribuição eletrônica, o *Panel* considerou tais serviços abrangidos no rol de compromissos assumidos pelo Membro. De fato, a China argumenta que se tivesse considerado as particularidades físicas dos produtos culturais, tê-los-ia classificado como serviços de distribuição e não serviços audiovisuais. Se os classificou nos serviços audiovisuais é porque o fez com base na natureza do conteúdo inerente àqueles produtos. Examinemos a ponderação chinesa, que não foi levada em consideração pela recomendação do OA:

⁵⁰⁶ Parágrafo 25 do *AB Report in China Audiovisual Products*:

(1)China's appellant's submission, para. 9.

(2)China's appellant's submission, para. 12.

⁵⁰⁷ Parágrafo 141 do *AB Report in China Audiovisual Products*.

China also considers that the Panel's analysis of the respective coverage of sector 2.D (Audiovisual Services) and sector 4 (Distribution Services) of China's GATS Schedule was flawed and ignored the logic of China's Schedule. **The Panel appeared to take the view that, had China's relevant entries under "Audiovisual Services" been intended to cover exclusively audiovisual products in physical form, they would have been inserted under "Distribution Services", where the distribution of physical goods is generally covered. Yet, as China explained to the Panel, China's GATS Schedule was structured so as to group subclasses of services relating to audiovisual products under sector 2.D because of their audiovisual content, thereby enabling China to include limitations relating to content review for all products under that specific sector.** Indeed, in China's view, the Panel itself seems to have acknowledged this logic when it recognized, with respect to the construction and renovation of cinema theatres, that China had scheduled service activities related to audiovisual services under the heading "Audiovisual Services", even if such activities are typically classified under other sectors in classification systems or in the GATS Schedules of other WTO Members (...) ⁵⁰⁸ (grifo nosso)

Aqui, ou houve uma extensão da interpretação dos compromissos assumidos ou uma interpretação equivocada do Membro acerca da melhor forma de se inserir compromissos na Lista Nacional. O mais grave é que a interpretação abarca serviços distribuídos eletronicamente, uma área sensível e de importância econômica crescente na qual ainda inexistem regras claras definidas pelos Membros a respeito do alcance dos compromissos assumidos.

Ainda, vale ressaltar que para evitar a prevalência de uma possível abordagem cultural das razões que levaram a China a impor medidas restritivas a produtos audiovisuais, os EUA construíram seu pleito de modo a enfatizar que a liberalização pleiteada era no âmbito do GATT e não do GATS, já que as medidas impostas pela China restringiam o comércio de produtos audiovisuais tangíveis (rolos de filmes, por exemplo) e não intangíveis (conteúdo audiovisual que deveria ser monitorado pelo governo chinês). A abordagem norte-americana era a de que o fato de os produtos disporem internamente de conteúdo audiovisual (i.e música no meio físico CD) não mudava a natureza dos mesmos. A China, por outro lado, pleiteou que a regulação restritiva visava monitorar e impedir a entrada no país do conteúdo contido no produto (*service*) e não do produto físico (*good*) em si. A argumentação norte-americana foi no sentido de que a presença de conteúdo intangível em determinado produto não descaracteriza sua natureza de produto. Verifiquemos trecho relevante dessa questão no relatório do OA:

(...) **China argued that films for theatrical release are not goods because they are exploited through a series of services; because the commercial value of films for theatrical release lies in the revenue generated by these services; and because the delivery materials containing the content of films are mere accessories of such services and have no commercial value of their own. In response, the United States contended that all of the relevant products subject to its claims concerning trading rights consist of a hard-copy carrier medium containing content, and that China had not argued that reading materials, finished audiovisual home entertainment ("AVHE") products, or finished sound recordings are not goods. The United States further argued that the**

⁵⁰⁸ Parágrafo 44 do AB Report in China Audiovisual Products.

vast majority of goods are commercially exploited through a series of associated services and that China's argument would transform virtually all goods into services. (...) Moreover, before the Panel, the United States reiterated that its claim related to an integrated product, that is, the content of motion pictures integrated in the hard-copy film reel, and that **the existence of a good could not be negated by the fact that the film reel carried "intangible" content**⁵⁰⁹. (grifo nosso)

Note-se, portanto, que o OA compartilhou do entendimento norte-americano no sentido de que “os argumentos da China estão baseados em uma dicotomia artificial entre filmes como mero conteúdo (os quais a China pleiteia não serem “bens”) e como mero transporte físico de determinado conteúdo (considerado como “bem” pela China)”.⁵¹⁰ De fato, em outro contencioso, o OA já havia decidido acerca da impossibilidade de se distinguir o produto físico do produto intangível nele contido, tendo sido tal caso transcrito pelo OA no relatório do contencioso ora analisado. Veja-se:

a periodical is a good comprised of two components: editorial content and advertising content. Both components can be viewed as having services attributes, but they combine to form a physical product—the periodical itself.⁵¹¹

Com a perda do caso, a China, em 18 de fevereiro de 2010, informou ao OSC que implementará a recomendação do OA, mas que por ter de mudar a regulamentação envolvendo bens culturais, necessitará de Período Razoável de Tempo. Isso implica que, se as partes não chegarem a um acordo quanto ao prazo razoável para a implementação da decisão do OSC, haverá indicação de árbitro, ou do próprio Diretor Geral da OMC, em último caso, que terá por objetivo determinar o prazo que a China terá para adequar suas medidas de forma compatível com os dispositivos da OMC.

Vale ressaltar, por fim, que a China, Membro da Convenção da UNESCO desde 30 de janeiro de 2007⁵¹², não a explorou como justificativa para sua medida restritiva. Apenas mencionou que a especificidade atribuída a bens culturais havia sido destacada pela Convenção, conforme acima mencionado. O OSC, por sua vez, evitou fazer qualquer menção a ela, até porque não constitui fonte formal da OMC.⁵¹³ No futuro, quem sabe, algum Membro tentará

⁵⁰⁹ Parágrafo 174 do *AB Report in China Audiovisual Products*.

⁵¹⁰ Parágrafo 196 do *AB Report in China Audiovisual Products*.

⁵¹¹ Parágrafo 17 do *AB Report in Canada – Periodicals*.

⁵¹² Cfr. <<http://portal.unesco.org/la/convention.asp?KO=31038&language=E&order=alpha>>. Acesso em 14 de outubro de 2010.

⁵¹³ HARELIMANA, Jean Baptiste. **Analyse: Eye on recent trade versus culture WTO decision case, USA-China:** Clash or beautiful friendship between the UNESCO Diversity Convention and international economic law?, Réseau d'analyse et d'information sur l'actualité internationale, 16/08/2009.

explorar os acordos da OMC de modo a encontrar algum respaldo no recurso aos conceitos da Convenção da UNESCO quando da análise de disputas entre Membros que tenham distintas posições quanto aos serviços audiovisuais.

Segundo Voon, é possível que a interpretação do artigo XX(f) do GATT - que inclui medidas tomadas para a proteção dos tesouros nacionais de valor artístico, histórico e arqueológico como exceção à regra geral da aplicação de tratamento nacional e NMF – se faça sob a influência dos termos da Convenção da UNESCO no que respeita o significado da expressão “tesouros nacionais”⁵¹⁴, e, assim, quiçá, a Convenção será utilizada para justificar medidas restritivas na OMC. O próprio artigo XX(a) do GATT, que foi usado pela China para justificar as medidas questionadas pelos norte-americanos, pode vir a ser interpretado sob a ótica dos interesses culturais.⁵¹⁵

No que se refere a contenciosos que, de alguma forma, envolveram a discussão acerca da especificidade de bens culturais, não se pode deixar de mencionar a disputa envolvendo Estados Unidos e Canadá sobre circulação de revista: *Canada – Certain Measures Concerning Periodicals (DS 31)*⁵¹⁶, cujo pedido de estabelecimento de Panel se deu em 26 de maio de 1996. Embora não contenha análises de dispositivos do GATS realizadas pelo *Panel* e/ou OA, o Canadá tentou dar um enfoque cultural à discussão.

Nessa disputa, os EUA buscavam limitar os benefícios fiscais que privilegiavam a indústria nacional canadense de revistas, criados para proteger a indiscriminada entrada de revistas norte-americanas no mercado canadense. As revistas, embora produzidas nos EUA, eram destinadas ao público canadense, já que continham propaganda destinada aos canadenses. A editora norte-americana não distribuía a revista física diretamente, mas sim a versão eletrônica – já com a inserção da publicidade destinada aos canadenses – que era impressa no Canadá. O governo canadense sobretaxou o valor da publicidade anunciada nessas revistas, elevando o valor

Disponível em: < <http://blog.multipol.org/post/2009/08/15/ANALYSE-%3A-Eye-on-recent-trade-versus-culture-WTO-decision-case,-USA-China-%3A-clash-or-beautiful-friendship-between-the-UNESCO-Diversity-Convention-and-international-economic-law> >. Acesso em 10 de junho de 2010.

⁵¹⁴ VOON, Tania. Op. cit. p. 12.

⁵¹⁵ Loc.cit.

⁵¹⁶ Cfr. <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds31_e.htm>. Acesso em 18 de outubro de 2010. O pedido para estabelecimento de Panel foi realizado em 26 de maio de 1996.

cobrado pela revista. Os EUA, por sua vez, decidiram questionar a legitimidade do imposto, pois violava o princípio do tratamento nacional (art. III do GATT).⁵¹⁷

O Canadá, por sua vez, alegou que os serviços de publicidade eram regidos pelo GATS e o país não havia assumido compromissos nesse sentido, além disso a sobretaxa tinha objetivo de preservar a cultura canadense⁵¹⁸. A publicidade para canadenses deveria ser feita por canadenses e não por norte-americanos. O OSC ignorou por completo a interpretação canadense, observando que a sobretaxa era imposta ao produto revista e não ao anúncio. Foi quando da análise desse contencioso, aliás, que o OA criou a interpretação de que a revista é um produto composto por dois elementos: conteúdo editorial e publicitário, não se permitindo a interpretação que distingua o meio físico no meio intangível (no caso, a publicidade), e que foi aplicada no contencioso envolvendo EUA e China tratado acima. A medida canadense foi, portanto, considerada violadora dos direitos norte-americanos. Na ocasião,

Interessante notar que o NAFTA contém regra da exceção cultural e, por isso, os EUA não iniciaram a disputa no âmbito do acordo regional, mas sim no âmbito da OMC⁵¹⁹. Se a discussão fosse tratada no NAFTA, o resultado talvez fosse outro.

Diante desse cenário de muitas incertezas e de soluções por virem, se faz relevante a análise dos desafios da regulação do conteúdo audiovisual no Brasil, a fim de o país estar preparado para assumir compromissos no que se refere ao tema - se assim lhe parecer conveniente -, de modo amadurecido e conhecedor das implicações de suas políticas no jogo de interesses de liberalização comercial do GATS.

⁵¹⁷ BRUNER, Christopher. Op. cit. p. 400.

⁵¹⁸ Loc. cit.

⁵¹⁹ Loc.cit.

5. MARCO REGULATÓRIO SOBRE CONTEÚDO AUDIOVISUAL NO DIREITO BRASILEIRO

A posição brasileira na assunção de obrigações para a liberalização do comércio na OMC, como um todo, inclusive no que se refere a conteúdo audiovisual no GATS, é reflexo das legislações e posicionamentos internos. Por essa razão, devemos analisar as normas que dizem respeito à regulação de conteúdo em nosso país para compreender quais os interesses brasileiros na questão e o que se pode esperar das futuras negociações sobre a matéria.

Não haveria como tratar da regulação do conteúdo sem abordar aspectos de direito constitucional e autoral, que tratam dos direitos patrimoniais de quem produz, detém e exhibe o conteúdo audiovisual. Por isso, mencionaremos ao longo do capítulo alguns aspectos dessas disciplinas que nos parecem relevantes para entender a dinâmica da regulação do conteúdo. Analisá-las em profundidade, porém, extrapolaria o objetivo do presente trabalho, pois teríamos de examinar, dentre outros aspectos, o *Trade Related Aspects of Intellectual Rights* [TRIPS]⁵²⁰, a atual Lei de Direitos Autorais brasileira, bem como o anteprojeto de Lei de Direito Autoral que visa flexibilizar esse direito sob a bandeira da universalização do acesso à cultura e ao conhecimento.⁵²¹

Assim sendo, limitamo-nos a examinar as principais regras do marco regulatório brasileiro das comunicações que, de algum modo, relevam para a regulação de conteúdo audiovisual, bem como as iniciativas que visam adequar o marco vigente ao atual cenário tecnológico. Também, refletiremos sobre os limites à regulação de conteúdo no âmbito dos

⁵²⁰ O TRIPS também foi aprovado na Ata Final que incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT.

⁵²¹ A alteração da dinâmica da proteção conferida aos direitos autorais encontra-se em debate no Brasil no âmbito da consulta pública sobre o anteprojeto da nova lei de direito autoral proposto pelo Ministério da Cultura, em 14 de junho de 2010 e encerrada em 31 de agosto de 2010, que altera a Lei 9.610/98, hoje em vigor. De um lado, estão os defensores do livre acesso ao conteúdo e ao conhecimento; de outro, os detentores e/ou produtores de conteúdo, que esperam ser devidamente remunerados por ele. De fato, embora o discurso do acesso ao conhecimento seja louvável e de difícil crítica, não se pode esquecer que para viabilizar a produção é preciso que haja retorno financeiro, pois esta é a única garantia de que se continuará produzindo conteúdo com qualidade e de que tal indústria sobreviverá. Se não há proteção ao direito autoral, não há fomento à nova produção de conteúdo, e por essa razão, parece-nos, que a proteção deve ser garantida. A partir dos comentários da sociedade, o MINC formulará novo texto de anteprojeto, que será enviado ao Congresso Nacional.

Para maiores detalhes sobre as interpretações em prol e contra a flexibilização de direitos autorais, consultar o site do Ministério da Cultura em <<http://www.minc.gov.br>> para a visão do Governo que pretende ampliar as hipóteses de obras não protegidas pelo direito autoral, e os artigos de BRAGA, Glória. **Anteprojeto de lei autoral – uma reflexão**, Jornal do Brasil, 18 de julho de 2010 e FAHEL, Samule, **O STJ e o Direito de Autor**. O correio brasileiro, 19 de julho de 2010, para a visão dos autores e produtores de obras audiovisuais. Acesso em 01 de setembro de 2010.

princípios constitucionais brasileiros e as tentativas do Estado de aprovar medidas para a regulação de conteúdo, por meio de cotas de conteúdo nacional, cuja inspiração vem do direito comparado.

5.1 As implicações da convergência tecnológica na regulação de conteúdo no Brasil

Como vimos no item 2.1 e seguintes do Capítulo 2, quando se fala em convergência tecnológica, vem-nos à mente a possibilidade de ter acesso a vários serviços (voz, dados, televisão e internet, para mencionar os mais corriqueiros) por meio de uma única plataforma (aparelho celular, aparelho de TV ou computador) e de qualquer lugar. Ou seja, estar conectado todo o momento e em todo o local. O mais relevante nesse processo é que o se busca ter acesso no ambiente convergente. Trata-se de acesso a conteúdo. De fato, para o consumidor, convergência significa ter acesso a determinado conteúdo por meio de diversas plataformas a qualquer hora.

Atualmente, não se distribui nem se acessa conteúdo apenas do modo em que se fazia por ocasião da edição dos instrumentos legais que hoje regulam as atividades do setor de comunicação (tanto aquela que lhes dão suporte quanto as do audiovisual propriamente dito). Se antes, as etapas da cadeia de valor eram bastante definidas, quais sejam, produção, distribuição e exibição⁵²², hoje, atores que tradicionalmente nem operavam nessa cadeia, tal como as operadoras de telefonia fixa e móvel, também são capazes tecnicamente de distribuir conteúdo, e até produzi-lo, dado o seu poder econômico. Isso sem mencionar o fato de o conteúdo audiovisual poder ser livremente produzido e/ou modificado por qualquer um na internet. De fato, a inovação tecnológica afeta sobremaneira a forma com que os prestadores de serviços podem atuar, como já analisado ao longo do trabalho.

No processo de convergência tecnológica, como não poderia deixar de ser, há impactos, também, nas disposições do ordenamento jurídico pátrio no que respeita o conteúdo audiovisual.

⁵²² Importa dizer que estas etapas podem ser desenvolvidas pelo mesmo ator. No Brasil, na maioria das vezes, o produtor de conteúdo é também o exibidor do conteúdo. Esse é o caso, por exemplo, das maiores radiodifusoras brasileiras. Mas, em outras jurisdições pode ocorrer que as emissoras de televisão, por exemplo, apenas exibem conteúdo, sem produzi-lo.

Como a legislação não consegue acompanhar a evolução tecnológica, a viabilidade técnica da prestação de determinados serviços do setor de comunicação, às vezes, não encontra respaldo na legislação do setor por ser relativamente antiga e não prever as várias possibilidades de serviços ora possíveis tecnicamente.

Nesse sentido, faremos um panorama da legislação brasileira no setor de comunicação para entender a que tipo de regulação o conteúdo audiovisual pode estar sujeito no Brasil e, assim, identificar como o tema deve ser tratado pelo país em futuras negociações do GATS.

5.1.1 Marco regulatório para os serviços de telecomunicação e de radiodifusão

A Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995, - que permitiu ao Governo Federal abrir a exploração de todos os serviços de telecomunicação a empresas privadas - deu tratamento distinto aos serviços de telecomunicação e radiodifusão, que antes eram regidos indistintamente pelo Código Brasileiro de Telecomunicações [Lei nº 4117, de 27 de agosto de 1962, aqui denominado de CBT]. Por conseguinte, esses serviços passaram a ser regulados por diferentes órgãos da Administração Pública: os serviços de radiodifusão, pelo Ministério das Comunicações [MINICOM], e os serviços de telecomunicação pela Agência Nacional de Telecomunicações [ANATEL], entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico e vinculada ao MINICOM.

5.1.1.1 A regulação do serviço de radiodifusão

O MINICOM é o órgão do poder Executivo Federal a quem compete a elaboração e o cumprimento das políticas públicas do setor de comunicação, tendo como principais atividades a elaboração da política nacional de telecomunicação e de radiodifusão; a regulamentação e outorga de serviços de radiodifusão, a fiscalização de serviços de telecomunicação e radiodifusão; o controle e administração do uso do espectro de radiofrequência; e os serviços

postais.⁵²³ Note-se que embora o MINICOM seja responsável pela elaboração da política nacional de telecomunicações, não o é para a regulamentação dos serviços de telecomunicação, cuja atribuição é da Agência Nacional de Telecomunicações [ANATEL], conforme se analisará no próximo subitem.

Ainda que criado na década de 60, o CBT continua a disciplinar os serviços de radiodifusão, que são regulamentados pelo Decreto nº 52795, de 31 de outubro de 1963, que, por sua vez, aprovou o Regulamento dos Serviços de Radiodifusão [aqui denominado RSR]. Todos ainda em vigor.

Os serviços de radiodifusão compreendem tanto as transmissões de sons (rádio) como de sons e imagens (televisão aberta), todas destinadas a serem direta e livremente recebidas pelo público em geral (art. 1º RSR). Sua finalidade é educativa e cultural, sendo considerados de interesse nacional, e com exploração comercial permitida apenas na medida em que não prejudique esse interesse e aquela finalidade (art. 3º RSR). A exploração do serviço de radiodifusão é feita mediante concessão concedida pelo Presidente da República, por meio de processo de licitação (art. 5º, item 3 do RSR).

Dada a relevância desse serviço, a Constituição de 1988 previu que a propriedade das concessionárias de radiodifusão fosse restrita a brasileiros natos ou naturalizados, cabendo exclusivamente a eles a administração e orientação intelectual da programação. A Emenda Constitucional nº 36, de 28 de maio de 2002 permitiu, por sua vez, a participação de até 30% de capital estrangeiro nas empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de imagens, permanecendo a gestão das atividades e a responsabilidade editorial em mãos de brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 (dez) anos (art. 222, §§ 1º e 2º CF).⁵²⁴

No que se refere ao conteúdo audiovisual, o CBT traz uma série de obrigações que as concessionárias de radiodifusão devem cumprir. Embora a expressão “conteúdo” não seja usada, mas sim “programação”, resta claro que o CBT e o RSR impõem obrigações mínimas quanto à exibição de conteúdo que o Executivo julgou serem relevantes, dentre as quais se destacam: a) limitar o tempo destinado à publicidade comercial ao máximo de 25% (vinte e cinco por cento) do horário da sua programação diária (artigo 124 CBT; artigo 28, item 12, alínea d), e artigo 67,

⁵²³ Cfr. < <http://www.mc.gov.br/o-ministerio> >. Acesso 01 de setembro de 2010.

⁵²⁴ Note-se que em 20 de dezembro de 2002 foi promulgada a Lei nº 10.610 para regulamentar a participação de capital estrangeiro nas empresas jornalísticas e de radiodifusão, alterando os dispositivos do CBT de modo a adequar a regulamentação do setor de radiodifusão.

item 2, ambos do RSR); b) destinar um mínimo de 5% (cinco por cento) de seu tempo para transmissão de serviço noticioso (artigo: 38, alínea h, CBT; artigo 28, item 12, alínea c, e artigo 67, item 3, ambos do RSR); c) reservar 5 (cinco) horas semanais para a transmissão de programas educacionais (artigo 28, item 12, alínea e, RSR; artigo 16); d) irradiar diariamente os boletins ou avisos do serviço meteorológico (art. 28, item 12 alínea m); e) 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 (artigo 28, item 12, alínea b, RSR); e f) não transmitir espetáculos, trechos musicais cantados, quadros, anedotas ou palavras contrárias à moral familiar e aos bons costumes (artigo 28, item 12, alínea a, e artigo 67, item 1, ambos do RSR).

Há, ainda, obrigações para a transmissão de programação eleitoral, quais sejam: a) nos 90 (noventa) dias anteriores às eleições gerais do país ou da circunscrição eleitoral, onde tiverem sede, reservar diariamente 2 (duas) horas à propaganda partidária gratuita, sendo uma delas durante o dia e outra entre 20 (vinte) e 23 (vinte e três) horas e destinadas, sob critério de rigorosa rotatividade, aos diferentes partidos e com proporcionalidade no tempo de acordo com as respectivas legendas no Congresso Nacional e Assembléias Legislativas (artigo 39, caput, CBT; artigo 70, RSR); e b) proibição de cobrança, na publicidade política, de preços superiores aos em vigor, nos 6 (seis) meses anteriores, para a publicidade comum (artigo 41, CBT; artigo 72, RSR)⁵²⁵.

A justificativa para a imposição dessas obrigações pelo Poder Público aos concessionários de radiodifusão⁵²⁶ está na relevância sócio-cultural do serviço, pois o rádio e a televisão estão entre os maiores meios de informação da população. Além disso, o espectro de radiofrequências - outorgado às radiodifusoras para viabilizar a exploração do serviço – é um bem público limitado⁵²⁷, e, enquanto tal se justifica a necessidade de certo controle do Estado.

⁵²⁵ Deverão, ainda, ser observadas, a cada período eleitoral, as disposições específicas do Tribunal Regional Eleitoral sobre a organização da propaganda eleitoral e político-partidária.

⁵²⁶ Além das obrigações apontadas, as radiodifusoras têm obrigações de outras naturezas, tal como registro e arquivamento da programação, mas essas não relevam para fins de conteúdo, e não serão aqui apontadas.

⁵²⁷ Art. 157 da LGT:

“O espectro de radiofrequências é um recurso limitado, constituindo-se em bem público, administrado pela Agência” [Anatel]. A preocupação com o uso eficiente do espectro existe em todo o mundo. Para melhor compreensão das preocupações e das experiências internacionais, consultar SALOMON, Eve. **Guidelines for Broadcasting Regulation**. Commonwealth Broadcasting Association, 2008, 2nd Edition, 75p. Disponível em: < http://portal.unesco.org/ci/en/ev.php-URL_ID=29290&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html>.

Acesso em 28 de agosto de 2010.

No contexto da evolução tecnológica e da convergência, em 22 de abril de 2008, foi editada a Portaria n°. 178, do MINICOM, que estabelece diretrizes sobre a implementação de Políticas Públicas em Telecomunicações, quais sejam:

I - ampliar a oferta de serviços para o acesso à Internet por meio de banda larga; II - reduzir as barreiras ao acesso e ao uso dos serviços de telecomunicações para as classes de menor renda; III - assegurar a proteção e a defesa dos direitos dos usuários dos serviços de telecomunicações; IV - propiciar a diversificação na oferta de serviços de telecomunicações, com a ampliação do processo de convergência e de disponibilidade de aplicações multimídia; V - ampliar a oferta de todos os serviços de telecomunicações de interesse coletivo, nas diversas regiões do País; VI - ampliar a abrangência e a capacidade das redes de suporte ao acesso de serviços em banda larga; VII - ampliar a oferta de acesso do usuário aos serviços em banda larga por meio de múltiplas redes e serviços; VIII - ampliar o acesso aos serviços de telecomunicações em áreas rurais, assegurando oferta específica para esse segmento de mercado, nas diversas regiões do País; IX - assegurar a competição e a concorrência na exploração de serviços, de modo a proporcionar os benefícios aos usuários em termos de preço e qualidade; X - implantar Plano de Numeração para os serviços de telecomunicações, quando aplicável; XI - criar ambiente favorável ao surgimento e fortalecimento de novos prestadores de serviços de telecomunicações de pequeno e médio porte; XII - estabelecer modelo de competição que favoreça o compartilhamento de redes, entre diferentes serviços e prestadoras, bem como a multiplicidade de opções de acesso para o usuário; e XIII - promover o desenvolvimento e produção de bens e serviços de telecomunicações no país.⁵²⁸

Como se percebe, essas diretrizes são meras orientações, sem haver, no momento, obrigações concretas. A ANATEL, por meio de suas resoluções, deverá estabelecê-los.

Nota-se, ainda, pelas diretrizes acima que o fio condutor da nova política pública para o setor de telecomunicação é a banda larga. Em termos simples, pode-se dizer que a importância da banda larga como política nacional está no fato de que permitirá a inclusão digital de milhões de brasileiros que, por meio da internet, terão acesso à informação. Para o governo federal, o acesso de banda larga é caracterizado pela disponibilização de infraestrutura de telecomunicações que possibilite tráfego de informações contínuo, ininterrupto e com capacidade suficiente para as aplicações de dados, voz e vídeo, tendo como objetivos específicos a redução da desigualdade social e regional, geração de emprego, renda e qualificação dos serviços do governo e competitividade brasileira no cenário internacional.⁵²⁹ A importância que se vem atribuindo à banda larga é tão grande que o governo federal lançou, em 5 de maio de 2010, o Plano Nacional de Banda Larga, cujo objetivo é universalizar a internet rápida no país e que tem como

⁵²⁸ Disponível em:

<<http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalNivelDois.do?acao=&codItemCanal=1489&codigoVisao=5&nomeVisao=Informa%EF%F5es%20T%E9cnicas&nomeCanal=PGR&nomItemCanal=Apresenta%E7%E3o>>. Acesso em 14 de agosto de 2010.

⁵²⁹ ALVAREZ, Cesar. **Plano Nacional de Banda Larga**. Brasília, 05 de maio de 2010. Disponível em:

<<http://www.abinee.org.br/informac/arquivos/pnblcon.pdf>>. Acesso em 10 de agosto de 2010

Cesar Alvarez é chefe de gabinete-adjunto de agenda do Gabinete Pessoal do Presidente da República, e coordenador dos programas de inclusão digital do governo federal.

expectativa o aumento da disponibilização do serviço de 11,9 milhões de domicílios atuais para quase 40 milhões até 2014.⁵³⁰

Por fim, note-se a iniciativa do Executivo de criar a 1ª Conferência Nacional de Comunicação [CONFECOM], nos termos Resolução nº. 1 do MINICOM, de 10 de setembro de 2009.⁵³¹ A mesma ocorreu entre os dias 14 e 17 de dezembro de 2009, mas não obteve realizações concretas, embora tenha aprovado 672 (seiscentas e setenta e duas) propostas na área de comunicação, todas com forte viés de controle sobre a mídia.⁵³² De fato, um de seus eixos temáticos incluiu a produção de conteúdo, que, por sua vez, como temas relacionados listava:

conteúdo nacional, produção independente, produção regional, garantia de distribuição, incentivos, tributação, financiamento, fiscalização, propriedade das entidades produtoras de conteúdo, propriedade intelectual, órgãos reguladores, competição, aspectos federativos e marco legal e regulatório (art. 3º, § 1º).

⁵³⁰ PASSARINHO, Natália. **Governo lança Plano Nacional da Banda Larga**. O GLOBO, 5 de maio de 2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2010/05/governo-lanca-plano-nacional-da-banda-larga.html>>. Acesso em 13 de agosto de 2010

A título exemplificativo, note-se que a Finlândia se tornou o primeiro país do mundo a definir que o acesso a banda larga é um direito básico de seus cidadãos. Por isso, todo o finlandês terá, por lei, assegurado direito de acessar a internet a uma velocidade mínima de 1 MB por segundo, tendo o governo se comprometido a conectar toda a população a uma velocidade de 100MG por segundo até 2015. Mas é preciso ressaltar que aproximadamente 96% da população do país já é conectada. Na Grã-Bretanha, o governo prometeu à população uma conexão de até 2 MG por segundo até 2012, mas o acesso não é garantido por lei. Na Grã-Bretanha, 73% da população já estaria conectada.

Uma pesquisa feita pela BBC no início de 2010 revelou que 1 (uma) a cada 5 (cinco) pessoas do mundo consideram o acesso à internet um direito fundamental. BBC Brasil. **Finlandeses passam a ter acesso a banda larga garantido por lei**. G1, em 01 de julho de 2010. Disponível em: <<http://g1.globo.co/tecnologia/noticia/2010/07/finlandeses-passam-a-ter-acesso-a-banda...>>.

Acesso em 01 de julho de 2010.

Nos EUA, 70% da população têm acesso à banda larga. Em São Paulo, cerca de 35% dos domicílios têm acesso à banda larga. Evento da Associação Brasileira de TV por Assinatura - ABTA 2010, A Revolução da Convergência, KIRJNER, Carlos. **A explosão da banda larga**, São Paulo, 12 de agosto de 2010.

⁵³¹ Publicada no DOU em 14 de setembro de 2009.

⁵³² **Confecom termina aprovando 672 propostas para a área de comunicação**. G1, em 17 de dezembro de 2009. Disponível em <<http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,MUL1419592-5601,00-CONFECOM+TERMINA+APROVANDO+PROPOSTAS+PARA+A+AREA+DE+COMUNICACAO.html>>. Acesso em 14 de agosto de 2010. Dentre as propostas, destacamos algumas que se relacionam com o controle do conteúdo: 1) “**Controle social e participação popular**: a proposta estabelece uma “garantia de mecanismo de fiscalização, com controle social e participação popular” no financiamento das emissoras e nos conteúdos de promoção de cidadania, no cumprimento de “percentuais educativos” e de produções nacionais. 2) **Conselho Federal de Jornalismo e Conselho Nacional de Comunicação**: de acordo com o vice-presidente da Federação Nacional dos Jornalistas (Fenaj), Celso Schröder, é preciso “qualificar” o exercício da profissão; (...) Segundo a presidente da Associação Nacional do Jornalismo (ANJ), Judith Brito, “Essa proposta dos conselhos de jornalismo é uma tentativa de retornar com algo que já foi refutado pela sociedade brasileira. Em 2004, pretendeu-se criar o Conselho Federal de Jornalismo, com o objetivo de “orientar, disciplinar e fiscalizar” o trabalho dos jornalistas. A sociedade reagiu e a idéia foi abandonada. A atividade jornalística pressupõe liberdade de expressão e não tutela. A sociedade e os cidadãos é que são os grandes beneficiários dessa liberdade, que lhes dá o direito de terem acesso a todas as informações de seu interesse, sem controles ou tutelas. Quando se vê os abusos cometidos contra o livre exercício do jornalismo em diversos países latino-americanos, essa idéia de criar conselhos exige da sociedade um grau de alerta ainda maior (...); 3) **Lei de imprensa**: proposta que defende a criação de uma outra lei de imprensa, após a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que a tornou inválida. (...) O deputado Miro Teixeira (PDT-RJ), autor da ação que provocou a derrubada da lei da imprensa no STF, vê com desconfiança a sugestão da conferência. “Não há possibilidade de uma lei de imprensa que não seja restritiva de direitos. Todas as leis de imprensa no Brasil até hoje foram assim e não vejo a menor possibilidade de se extrair esta lei do trilho da história, talvez tenha uma redação sofisticada, mas a restrição permanecerá”.

Como vimos, a competência para regular o conteúdo transmitido pelas radiodifusoras é do MINICOM, mas é a ANATEL - em função de Convênio de Cooperação⁵³³ celebrado com este Ministério, e de próprio Regulamento interno de Fiscalização⁵³⁴ -, quem fiscaliza a correta implementação das obrigações relativas a conteúdo, além de administrar o uso das radiofrequências, conforme estabelecido na LGT.⁵³⁵ Cabe, ainda, à ANATEL a regulação dos serviços de telecomunicação.

5.1.1.2 A regulação dos serviços de telecomunicação

A regulação dos serviços de telecomunicação é de competência da ANATEL, criada pela Lei Geral de Telecomunicações [Lei nº 9472, de 16 de julho de 1997, aqui denominada de LGT].⁵³⁶

Note-se que uma das razões para a criação da ANATEL foi o compromisso assumido pelo Brasil nas negociações do GNTB [Grupo de Negociações em Telecomunicações Básicas] do GATS para por fim ao monopólio estatal no setor de telecomunicação e a criação de agência reguladora independente para o setor a exemplo do que dispunha o *Reference Paper*. Vale

⁵³³Convênio nº 1, assinado em 31 de julho de 2007.

⁵³⁴ Resolução nº 441/2006 da Anatel – Regulamento de Fiscalização:

“Art. 28 - Entre outras obrigações constantes na regulamentação, as prestadoras de serviços de telecomunicações, incluídas as de radiodifusão, devem:

I – submeter-se à fiscalização da Anatel; (nossa ênfase)

⁵³⁵ Art. 158 da LGT:

“Observadas as atribuições de faixas segundo tratados e acordos internacionais, a Agência manterá plano com a atribuição, distribuição, e detalhamento necessário ao uso das radiofrequências associadas aos diversos serviços e atividades de telecomunicações, atendidas suas necessidades específicas e as suas expansões.

§ 1º O plano destinará faixas de radiodifusão para:

(...)

III – serviços de radiodifusão

(...)”

Art. 160 da LGT:

“A Agência regulará a utilização eficiente e adequada do espectro, podendo restringir o emprego de determinadas radiofrequências ou faixas, considerando o interesse público”.

⁵³⁶ Cfr. artigo 8º da LGT:

“Art. 8º Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais”.

ressaltar que a agência para o setor foi criada, em 1997, muito antes de o Brasil ter formalmente apresentado sua Oferta para o setor de telecomunicação, em 2005.⁵³⁷

Além de regular os serviços de telecomunicação, a LGT estabeleceu critérios para a privatização das concessionárias estatais do Sistema Telebrás.⁵³⁸ Igualmente, a LGT criou regras de liberalização e de competição no mercado de telecomunicações, tendo excetuado expressamente os serviços de radiodifusão do âmbito de sua competência (art. 221 LGT).

Dentre as competências da ANATEL destacam-se: (i) expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicação no regime público⁵³⁹; ii) fixar, controlar e acompanhar a estrutura tarifária relativa a cada modalidade de serviço prestado no regime privado⁵⁴⁰; iii) celebrar e gerenciar contratos de concessão; iv) expedir regras sobre a prestação de serviços de telecomunicações no regime privado; v) controlar, prevenir e reprimir as infrações contra a ordem econômica relativamente às telecomunicações, sem prejuízo da competência definitiva do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência [CADE]; vi) administrar o espectro de radiofrequência e utilização de órbitas para satélites; vii) definir as modalidades de serviço em função de sua finalidade, âmbito de prestação, forma, meio de transmissão, tecnologia empregada e de outros atributos; e viii) fiscalizar a prestação dos serviços e aplicar sanções administrativas aos infratores das normas de telecomunicação.⁵⁴¹

A LGT definiu serviço de telecomunicação como:

o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicações (art. 60 LGT), sendo que telecomunicação é definida como a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletrecidade,

⁵³⁷ Como mencionado no item 2.1.1 do Capítulo 2, a oferta brasileira em telecomunicação ainda não foi apresentada à aprovação do Congresso Nacional.

⁵³⁸ Em 1972, a lei nº 5792, de 11 de julho, autorizou a criação de uma sociedade de economia mista denominada Telecomunicações Brasileiras S.A [Telebrás] com a finalidade, entre outras, de promover, através de subsidiárias e associadas, a implantação e exploração de serviços públicos de telecomunicações no Brasil e no exterior. A Telebrás, suas subsidiárias e associadas formavam o Sistema Telebrás, incluindo a Embratel, por aquela incorporada. Ver CENTRO DE ESTUDOS DAS SOCIEDADES DE ADVOGADOS. **Guia legal para o investidor estrangeiro no Brasil**. Parte XVI (Telecomunicações), 2005, p. 8.

O governo federal pretende reativar a Telebrás com o objetivo de fazer a banda larga no país. Cfr. TELETIME. **Presidente Lula confirma reativação da Telebrás**, 19 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.teletime.com.br>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2010.

⁵³⁹ Serviços de telecomunicação prestados em regime público são aqueles cuja existência, universalização e continuidade a União assume como obrigação ou competência própria. O serviço telefônico fixo comutado oferecido comercialmente ao público em geral, ou STFC, é o único serviço de telecomunicações estabelecido pela LGT como obrigação legal da União. O STFC está sujeito à universalização e à continuidade. A competência da União deve ser executada mediante delegação por meio de contrato de concessão. CENTRO DE ESTUDOS DAS SOCIEDADES DE ADVOGADOS. Op. cit. p. 9.

⁵⁴⁰ Serviços de telecomunicação prestados em regime privado são aqueles em que a execução do serviço resulta do exercício do direito de livre iniciativa econômica do setor privado, mediante simples autorização da Anatel e com mera exigência de obrigações de expansão e atendimento. CENTRO DE ESTUDOS DAS SOCIEDADES DE ADVOGADOS. Loc.cit.

⁵⁴¹ Ibid.

meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza (art. 60, §1º LGT).

Pode-se dizer que, de forma inovadora, o conceito do serviço adotado pela LGT foi amplo, neutro e convergente, já que permite a execução de diversas modalidades de serviços e por várias plataformas tecnológicas. De fato, a ANATEL regula, atualmente, mais de uma dezena de modalidades de serviços de telecomunicação.⁵⁴² Cada prestador possui outorga para explorar um serviço de telecomunicação, porém muitos deles possuem outorga para prestar mais de uma modalidade. Note-se que a LGT contém regras e princípios básicos aplicáveis a todos os serviços, mas cada modalidade de serviço possui regulamento específico. Cumpre dizer que a LGT não impõe restrições quanto à tecnologia que pode ser empregada, embora separe a prestação de serviços de TV por assinatura, cuja regulamentação específica é anterior à sua edição, conforme a tecnologia empregada para a exploração.

Percebe na Anatel tendência para a expedição da licença multiserviços (também denominada de licença convergente ou licença única⁵⁴³), a exemplo do que ocorre em outras jurisdições.⁵⁴⁴ De fato, a criação de uma licença única para os serviços de telecomunicação e exploração de redes é uma das ações previstas no Plano Geral de Atualização da Regulamentação das Telecomunicações [PGR], aprovado em 18 de outubro de 2008 pelo Conselho Diretor da ANATEL. O documento apresenta as ações a serem promovidas pela Agência até 2018, com o objetivo de atualizar a regulamentação das telecomunicações no Brasil.⁵⁴⁵

⁵⁴² Item 6 do PARECER/MC/CONJUR/MBH/nº 2059-5.01/2008, de 15 de setembro de 2008, p. 6.

Dentre as modalidades mais importantes, destacamos: 1) serviço de telecomunicação fixo comutado; 2) Serviço de Comunicação Multimídia; 3) Serviço Limitado Privado; 4) Serviço de TV a cabo; 5)) Serviço Especial de Televisão por Assinatura; 5) Serviço Móvel Privado; 6) Serviço Especial de Radiochamada; 7) Serviço de distribuição de televisão e de áudio por assinatura via satélite; e 8) Serviço de distribuição de sinais multiponto multicanal; 9) Serviços especial para fins científicos e experimentais.

⁵⁴³ MAZZA, Mariana. Anatel estabelece metas para atualizar regulamentação do setor. Teletime news, 13 de junho de 2008.

⁵⁴⁴ Segundo José Fernandes Pauletti, “i) na Inglaterra, o concessionário recebe uma licença única e pode operar no que quiser, distribuindo conteúdo, voz ou dados. A partir daí, há marcos regulatórios específicos para cada atividade. Os produtores de conteúdo são sujeitos às leis de proteção do consumidor; os operadores de rede, a parâmetros técnicos; ii) na Malásia, há 4 (quatro) licenças convergentes para a provisão de qualquer serviço: a) infra-estrutura; b) serviços; c) conteúdo; e d) aplicativos; iii) na Índia, introduziu-se a licença geral (Licença Unificada para voz e dados, TV a cabo, DTH e broadcasting), a partir de uma proposta do órgão regulador em julho de 2003; iv) no Peru, aprovou-se Lei de Concessão de Licença Única para o setor de telecomunicações, permitindo que as operadoras ofereçam serviços de telefonia fixa, móvel, TV a cabo e internet. Para maiores detalhes ver, PAULETTI, José. **Licença Única**. Teleco. 28 de abril de 2007. Disponível em:

<<http://www.teleco.com.br/emdebate/josefpauletti01.asp>>. Acesso em 10 de setembro de 2010.

A Teleco é uma empresa de consultoria no setor de telecomunicação.

⁵⁴⁵ FONSECA, João Carlos. **TELEBRASIL faz registro histórico da aprovação, pelo Conselho Diretor da Anatel, do PGR**. Telebrasil, 21 de outubro de 2008. Disponível em: <http://www.telebrasil.org.br/artigos/outros_artigos.asp?m=819>. Acesso em 26 de julho de 2010.

Como base nas diretrizes das Políticas Públicas em Telecomunicações, anteriormente listadas, o PGR estabelece para a Agência ações de curto, médio e longo prazos de implementação, definidos, respectivamente, em dois, cinco e dez anos. Com o objetivo de garantir a atualidade do PGR, também está previsto que o mesmo poderá ser revisto a cada 2 (dois) anos, ou sempre que houver necessidade. Nas palavras do MINICOM, é “uma espécie de planejamento estratégico regulatório”.⁵⁴⁶ Isso posto, é documento de grande relevância para o setor. Dentre as medidas listadas no PGR está a revisão da regulamentação da tv por assinatura.

Na verdade, os serviços de TV por assinatura são importante alvo de debates acerca da adaptação do marco regulatório do setor de telecomunicação face à evolução tecnológica, como veremos mais adiante. Pode-se dizer que a razão da relevância desses serviços está no fato de que, ao contrário dos demais serviços de telecomunicação, a legislação atual lhes permite explorar conteúdo audiovisual. De fato, de pouco vale uma rede ou qualquer outra plataforma tecnológica pela qual não trafega conteúdo. Como já mencionado, o que importa é o conteúdo (audiovisual, dados, etc.) que trafega pela plataforma, e não a plataforma em si. Sendo a distribuição de conteúdo intrínseca à natureza dos serviços de TV por assinatura, passaremos a uma rápida análise dos mesmos.

Hoje, no Brasil, há 4 (quatro) modalidades de serviços de tv por assinatura: i) serviço de tv a cabo, regido pela Lei nº 8977, de 6 de janeiro de 1995 e pelo Decreto nº 2206, de 14 de abril de 1997 [TVC]; ii) serviço de distribuição de televisão e de áudio por assinatura via satélite [DTH], regido pela Norma nº 08, de 1997 aprovada pela Portaria nº 321, de 21 de maio de 1997 do Ministério das Comunicações; iii) serviço de distribuição de sinais multiponto multicanal [MMDS], regido pela Norma nº 2, de 1994 – REV 1997 aprovada pela Portaria nº 254, de 16 de abril de 1997 do Ministério das Comunicações e iv) Serviço Especial de Televisão por Assinatura [TVA], regido pelo Decreto nº 95744, de 23 de fevereiro de 1988 que aprovou o regulamento do serviço.

Note-se que dentre essas modalidades, somente o cabo é regulada por lei específica. A própria LGT ressalva que o serviço de tv a cabo continuará sendo regido pela Lei nº 8977, de 1995 [Lei do Cabo], mas atribui à ANATEL a competência para regulá-los (art. 212 LGT). Além

⁵⁴⁶ ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. PARECER/MC/CONJUR/MBH/nº 2059-5.01/2008, de 15 de setembro de 2008, item 60, p. 17.

disso, o serviço de tv a cabo tem natureza jurídica de concessão *sui generis*, enquanto os demais serviços têm natureza de autorização.⁵⁴⁷

Não param por aí as assimetrias entre as 4 (quatro) modalidades de serviços de TV por assinatura. Além da própria natureza do serviço, que implica em obrigações distintas conforme a modalidade prestada, citam-se os limites à participação de capital estrangeiro, a falta de neutralidade tecnológica⁵⁴⁸ e a diferença em relação às obrigações quanto ao tipo de conteúdo mínimo a ser transportado. Os dois últimos elementos têm maior relevância para nossa análise.

A inexistência de neutralidade tecnológica dá-se pelo fato de que a prestação de cada modalidade do serviço é vinculada a um processo tecnológico distinto, quais sejam, satélite, no Digital to Home [DTH]; microondas, no Serviço de Distribuição Multiponto Multicanal [MMDS]; rede cabeada, na Televisão a Cabo [TVC]; e frequência, na TV Especial por Assinatura [TVA]. Já quanto ao conteúdo mínimo a ser transportado, o TVC é, de longe, a modalidade com maiores obrigações, pois além de ter de “promover a cultura universal e nacional, a diversidade de fontes de informação, o lazer e o entretenimento, a pluralidade política e o desenvolvimento social e econômico do país” [art. 3º da Lei do Cabo], detém a obrigação conhecida no mercado como “must carry”.

O “must carry” refere-se à obrigação disposta no artigo 23 da Lei do Cabo. Ou seja, as prestadoras de serviço de TV a cabo são obrigadas, por lei, a distribuir para seus assinantes os canais básicos de utilização gratuita, dentre eles as geradoras locais de radiodifusão de sons e imagens (TVs abertas da localidade em que o serviço de TV a cabo é explorado) e canal reservado para Câmara dos Deputados e para o Senado Federal.⁵⁴⁹

⁵⁴⁷ Segundo a lei de concessões (Lei nº 9887, de 13.02.95), entende-se por “concessão de serviço público” a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado. Diz-se que o serviço de tv a cabo é uma concessão *sui generis*, já que o serviço tem características de concessão (necessidade de licitação – embora a Anatel diga ultimamente que a licitação não mais se faz necessária), mas a Lei que estabelece o serviço é anterior à própria Lei de Concessões.

Já a autorização é um ato administrativo discricionário, unilateral e precário, “pelo qual o Poder Público torna possível ao pretendente a realização de certa atividade, serviço ou utilização de determinados bens particulares ou públicos, de seu exclusivo ou predominante interesse, que a lei condiciona à aquiescência prévia da Administração”. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 190.

⁵⁴⁸ Vide o conceito no item 2.4 do Capítulo 2.

⁵⁴⁹ Art. 23 do TVC

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

I – Canais básicos de utilização gratuita:

a) canais destinados à distribuição obrigatória, integral e simultânea, sem inserção de qualquer informação, da programação das emissoras geradoras locais de radiodifusão de sons e imagens, em VHF, ou UHF, abertos e não codificados, cujo sinal alcance a área do serviço de TV a Cabo e apresente nível técnico adequado, conforme padrões estabelecidos pelo Poder Executivo;

Como se vê, a regulação do serviço por assinatura baseia-se na tecnologia que permite a exploração do serviço, e não no serviço em si. Em ambiente convergente, além de não fazer sentido esta divisão, já que o serviço é essencialmente o mesmo, qual seja, a distribuição de conteúdo pago a assinantes, não é razoável obrigar que um prestador fique adstrito a explorar determinado serviço em função da tecnologia, já que tecnicamente pode explorá-lo de outra forma. O cuidado que se deve ter é de natureza concorrencial, a fim de impedir que os grandes *players* econômicos dominem todo o mercado e aniquilem a participação dos menores.

Nesse sentido, faz-se necessária atualização das regras do setor. Essa atualização deve ser feita de modo bastante transparente e com respeito às regras e princípios do direito administrativo. Contudo, a ANATEL tem, ultimamente, se absterido de utilizar regras transparentes no que diz respeito à alteração do modelo regulatório do setor de telecomunicação, e em particular no tocante aos serviços de tv a cabo.⁵⁵⁰ A conduta da ANATEL, porém, não será analisada aqui por extrapolar, e muito, nosso propósito, uma vez que se trata de questão política.

No entanto, não poderíamos deixar de ressaltar que um arcabouço jurídico e regulatório transparente, confiável e coerente com as políticas públicas desenvolvidas para o setor é premissa indispensável não só para a segurança jurídica dos investidores, mas também para a correta assunção pelo Estado brasileiro de compromissos de liberalização comercial no setor de

b) um canal legislativo municipal/estadual, reservado para o uso compartilhado entre as Câmaras de Vereadores localizadas nos municípios da área de prestação do serviço e a Assembléia Legislativa do respectivo Estado, sendo o canal voltado para a documentação dos trabalhos parlamentares, especialmente a transmissão ao vivo das sessões;

c) um canal reservado para a Câmara dos Deputados, para a documentação dos seus trabalhos, especialmente a transmissão ao vivo das sessões;

d) um canal reservado para o Senado Federal, para a documentação dos seus trabalhos, especialmente a transmissão ao vivo das sessões;

e) um canal universitário, reservado para o uso compartilhado entre as universidades localizadas no município ou municípios da área de prestação do serviço;

f) um canal educativo-cultural, reservado para utilização pelos órgãos que tratam de educação e cultura no governo federal e nos governos estadual e municipal com jurisdição sobre a área de prestação do serviço;

g) um canal comunitário aberto para utilização livre por entidades não governamentais e sem fins lucrativos;

h) um canal reservado ao Supremo Tribunal Federal, para a divulgação dos atos do Poder Judiciário e dos serviços essenciais à Justiça;

II – Canais destinados à prestação eventual de serviço;

III – Canais destinados à prestação permanente de serviços”.

⁵⁵⁰ Atualmente, há vedação de concessionárias de serviço telefônico fixo comutado, ou seja, operadoras de telefonia fixa (i.e Oi e Telefônica) explorarem o serviço de TV a cabo (art. 15 da Lei do Cabo). Embora a restrição citada não esteja contemplada na LGT, esta dispõe que os dispositivos da Lei de TV a cabo estão em vigor (art. 212 LGT) e dentre os artigos em vigor se encontra o art. 15 da Lei do Cabo. Ademais, os próprios contratos de concessão trazem a vedação de participação no serviço de TV a cabo. No entanto, a Anatel pretende liberar novas licenças do serviço de TV a cabo sem a necessidade de licitação, e sem observar a regra do artigo 15, o que permitirá a entrada das operadoras de telefonia fixa no mercado de tv a cabo. Não cabe aqui tecer detalhes sobre a controvérsia, mas importa ressaltar que, em 4 de agosto de 2010, houve audiência pública no Senado Federal para debater a questão.

Para maiores detalhes, ver VALOR ONLINE. **Anatel é criticada no Senado por liberação de licenças de TV a Cabo**, 4 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.valoronline.com.br>>. Acesso em 4 de agosto de 2010.

telecomunicação no GATS. Se as regras não são claras, mudam a qualquer momento, sem processo transparente e sem respeito ao que foi desenvolvido e pensado em termos de política pública para o setor, um compromisso assumido hoje – que gera obrigações perante os demais Membros, se consolidados - pode perder o sentido amanhã. Nesse contexto, o Brasil, além de precisar alterar os compromissos assumidos – que pode implicar em compensações aos demais Membros, como visto no Capítulo 1 -, pode ser apontado como violador da obrigação da transparência em eventual contencioso, ou ainda, em caso extremo, perder o controle dos compromissos assumidos *vis à vis* das regras internas. Como se vê, grande é a importância da Anatel de se manter fiel aos parâmetros legais e não apenas mudar as regras do jogo em função dos interesses de um ou outro grupo econômico.

Além do Plano Geral de Atualização da regulamentação das Telecomunicações [PGR], há pelo menos duas outras iniciativas do Executivo e uma do Legislativo para atualizar as regras do setor de comunicação e que implicam na tentativa – em maior ou menor escala, ainda que não de forma evidente - de regulação de conteúdo que merecem destaque.

A primeira iniciativa a destacar foi o anteprojeto de lei geral de comunicação eletrônica de massa, de 1995. Durante o governo Fernando Henrique Cardoso, o então Ministro das Comunicações, Sérgio Motta, suscitou o tema da reformulação da legislação do setor com a criação de uma lei de comunicação eletrônica de massa.⁵⁵¹ Note-se que à época não havia a LGT, de 1997, e os setores de telecomunicação e radiodifusão eram regulados pela mesma lei, qual seja, o CBT, de 1962. Na verdade, a minuta do referido anteprojeto não foi divulgada a comentários públicos, como hoje costuma acontecer com anteprojetos de lei, tais como o anteprojeto sobre o marco civil da internet (abordado no item 2.4 do Capítulo 2) e/ou o anteprojeto de lei sobre direitos autorais. Em 1999, vazou a íntegra de um anteprojeto da referida lei, já na sua 5ª versão, com o objetivo de romper com o sigilo em torno da elaboração da lei pelo Ministério das Comunicações.⁵⁵² Mas o anteprojeto não prosseguiu sua tramitação. Os anos passaram-se e, em 2007, notícias asseguravam que, uma comissão interministerial, formada pela Casa Civil, Comunicações, Cultura, Educação e Comunicação Social, iria formular um projeto de

⁵⁵¹SIMIS, Anita. **Dossiê Lei de Comunicação Social Eletrônica**. Estudos de Sociologia, Araraquara, v.13, n.24, p.81-83, 2008. Pelo menos seis pré-projetos de uma Lei Geral de Comunicação Eletrônica de Massa chegaram a circular nos bastidores do governo antes do falecimento do ex-ministro Sergio Motta. Ver LIMA, Venício. **Marco regulatório**: Dezesesseis anos, três decretos e nada muda. Observatório da Imprensa, 24 de julho de 2010. Disponível em <<http://observatoriodaimprensa.com.br/artigos.asp?cod=599JDB015>>. Acesso em 26 de julho de 2010.

⁵⁵² Ibid.

lei de comunicação eletrônica de massa para ser apreciado pelo Congresso Nacional.⁵⁵³ No entanto, até o presente momento não foi formulado projeto de lei específico para tal fim.

Embora a Emenda Constitucional n°. 36, de 2002, tenha incluído ao art. 222 da Carta Magna brasileira o parágrafo 3º, que faz menção à comunicação social eletrônica, a lei específica a que se refere o parágrafo ainda não foi regulamentada. Verifiquemos o referido dispositivo:

os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221⁵⁵⁴, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais,

A falta de regulamentação do parágrafo dificulta entender o que o legislador quis dizer com a expressão “comunicação social eletrônica”. A doutrina, como não poderia deixar de ser, acabou por definir o conceito e associá-lo seja aos meios eletrônicos (rádio, televisão aberta e televisão por assinatura), seja aos meios impressos (jornais, revistas e periódicos) ou ainda aos demais meios resultantes das tecnologias eletrônicas e digitais da informação.

Segundo Luis Roberto Barroso, o termo ‘comunicação social’ pode “designar qualquer forma de transmissão de ideias, opiniões ou sentimentos no âmbito de um determinado grupo, por meio de técnicas diversas como a expressão corporal, a fala, a escrita ou a combinação de sons e imagens”.⁵⁵⁵ O próprio Barroso esclarece a forma pela qual a Constituição utiliza a expressão, qual seja:

mais diretamente associada ao desenvolvimento tecnológico dos meios de veiculação de conteúdo que propiciam uma comunicação coletiva ou *multicast*⁵⁵⁶, atingindo um grande número de destinatários. Tornou-se comum o emprego da expressão como sinônimo de comunicação de

⁵⁵³ Ibid.

⁵⁵⁴ Art. 221 CF

“A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;

II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;

III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;

IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.”

Note-se que, ainda, não há regulamentação quanto aos percentuais a que se refere o inciso III do referido artigo constitucional.

⁵⁵⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Regime Jurídico-Constitucional das atividades de jornalismo na internet**. Parecer jurídico encomendado pela ABERT – Associação Brasileira de Rádio e Televisão, sobre a aplicação dos artigos 221 e 222 da CF 88 aos meios de comunicação social eletrônica que desenvolvem atividade de jornalismo, com destaque para os sites na internet, e especificamente para aqueles identificados como portais, e apresentado na Audiência Pública na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática da Câmara, em 07 de julho de 2010 para debater a questão.

⁵⁵⁶ Tem-se por meios de comunicação *multicast* aqueles que propiciam que a mensagem seja dirigida a um público amplo, de que são exemplos os outdoors, os jornais, os periódicos, o rádio e a televisão. Dependendo da amplitude dos seus destinatários, os meios *multicast* podem vir a se caracterizar como meios de comunicação de massa. Diversamente, os veículos *unicast* propiciam uma comunicação interpessoal, isto é, que se estabelece apenas entre dois ou poucos indivíduos, sendo exemplo típico a telefonia convencional. Ibid. fl.3.

massa – isto é, aquela voltada para um número expressivo de pessoas, que forma um grupo heterogêneo.⁵⁵⁷

No mesmo sentido, José Afonso da Silva ensina que:

é a denominação mais apropriada da chamada ‘comunicação de massa’ mas o sentido permanece como o de comunicação destinada ao público em geral, transmitida por processo ou veículo, dito meio de comunicação social.⁵⁵⁸

A título de referência histórica, vale ressaltar o que da Silva relata em seu Comentário Contextual à Constituição:

o art. 399 do Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos bem definia seu conceito e natureza, ao estatuir que o ‘sistema de comunicação social compreende a imprensa, o rádio e a televisão e será regulado por lei, atendendo a sua função social e ao respeito à verdade, à livre circulação e à difusão universal da informação, à compreensão mútua entre os indivíduos e aos fundamentos éticos da sociedade’.⁵⁵⁹

Como se vê, a definição do termo pelo anteprojeto de lei de comunicação eletrônica de massa teria esclarecido o que o legislador pretendeu salvaguardar sob os princípios constitucionais previstos no capítulo da comunicação social da Constituição.⁵⁶⁰ No entanto, percebe-se que a definição já estaria desatualizada em face da convergência tecnológica vivenciada no presente, a qual não limita os meios de comunicação à imprensa, ao rádio e à televisão. Como decorrência natural da evolução tecnológica, parece apropriado afirmar que a internet, também, é importante meio de comunicação social eletrônica (de massa).

A segunda iniciativa do Executivo para atualizar as regras do setor de comunicação é a edição do recente Decreto S/N (sem número) do Presidente Lula, de 21 de julho de 2010, pelo qual cria a Comissão Interministerial para elaborar estudos e apresentar propostas de revisão do marco regulatório da organização e exploração dos serviços de telecomunicação e de radiodifusão. A referida Comissão é composta pelos titulares da Casa Civil da Presidência da República, do Ministério das Comunicações, do Ministério da Fazenda, da Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República e da Advocacia Geral da União (art. 2º do Decreto), e tem a missão de rever o marco regulatório do setor de comunicação, inclusive no que

⁵⁵⁷ Loc.cit.

⁵⁵⁸ SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros editores, 2005, p. 821.

⁵⁵⁹ Ibid. p. 821. O constitucionalista pondera ainda que “embora essa fórmula não tenha sido adotada expressamente pelo Capítulo sob nossos olhos, a verdade é que esse sentido e essa natureza da comunicação social se extraem das redobras normativas dos dispositivos que o integram”.

⁵⁶⁰ O PLC nº 116, de 2010, que será tratado ainda neste capítulo, e cujos dispositivos principais aqui referidos se encontram no Anexo H deste trabalho, pretende sanar a falta de definição de serviço de comunicação eletrônica de massa.

diz respeito à internet, telecomunicação e radiodifusão.⁵⁶¹ O Decreto ainda estabelece que representantes de órgãos e entidades da administração federal, estadual e municipal, além de entidades privadas, poderão ser convidados a participar das reuniões (parágrafo único do art. 2º).

No que se refere à Comissão, pouco se sabe objetivamente sobre suas intenções, mas em sua primeira reunião, parece ter definido que pretende propor um projeto de lei convergente, que aborde tanto o setor de radiodifusão como o de telecomunicações, e que deve ter como base a LGT.⁵⁶² Parece ter concordado, também, com a fusão, em uma única agência, de todo o segmento da radiodifusão, de conteúdo audiovisual e de telecomunicações, sendo criada, dessa forma, a Agência Nacional de Comunicação [ANACOM].⁵⁶³

Por um lado, de acordo com o ministro-chefe da Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República, Franklin Martins, “é posição de governo que o marco legal de radiodifusão e de telecomunicações está defasado para fazer frente aos desafios da convergência de mídia”.⁵⁶⁴ Por outro lado, afirmou que o governo é totalmente contrário ao controle do conteúdo.⁵⁶⁵ Embora a declaração seja bastante positiva, já que controlar a produção de conteúdo significaria violação aos princípios da liberdade de expressão, acesso à informação e da livre manifestação do pensamento, é difícil saber o que de fato o Ministro-Chefe da Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República pretende dizer com isso. Pode ter pretendido dizer que ficará vedada a censura prévia, mas não o controle *a posteriori*. Mesmo o controle *a posteriori* deve ser muito ponderado, já que pode violar os princípios constitucionais mencionados.

Como se vê, além de a delonga dos procedimentos legislativos impedirem uma rápida definição de temas relevantes, o grande problema parece ser, na verdade, o excesso de projetos para alterar as atuais regras. Se, a princípio, muitos projetos podem fomentar o debate, o fato é

⁵⁶¹ TELESÍNTESE. **Novo marco legal vai tratar de telecom, TV e Internet**, 22 de julho de 2010. Disponível em: <<http://www.telesintese.com.br/index.php/plantao/15374-novo-marco-legal-vai-tratar-de-telecom-tv-e-internet>>. Acesso em 22 de julho de 2010.

Nos termos do artigo 8º do Decreto, revoga-se decreto anterior, de 17 de janeiro de 2006, também assinado pelo presidente Lula há pouco mais de quatro anos. O decreto anterior tinha basicamente a mesma finalidade, qual seja, criar uma Comissão Interministerial para elaborar anteprojeto de lei de regulamentação dos artigos 221 e 222 da Constituição e da organização e exploração dos serviços de comunicação social eletrônica.

⁵⁶² AQUINO, Miriam. **Novo marco unirá radiodifusão e telecomunicações em uma única lei**. Tele Síntese, 19 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.telesintese.com.br/index.php/plantao/15614-novo-marco-unira-radiodifusao-e-telecomunicacoes-em-uma-unica-lei>>. Acesso em 19 de agosto de 2010.

⁵⁶³ _____. **Novo arranjo institucional prevê a criação da Anacom**. Mas a Ancine resiste. São Paulo: Momento Editorial, nº. 260, 24 de setembro de 2005. Disponível em: <<http://www.telesintese.com.br>>. Acesso em 24 de setembro de 2010.

⁵⁶⁴ _____. **Novo marco unirá....** Op. cit.

⁵⁶⁵ Ibid.

que acabam atropelando o processo e as discussões. Além disso, qualquer tentativa de regular os serviços de telecomunicação e radiodifusão, novamente por meio de legislação única, não é viável sem que haja emenda constitucional. E, para tal, seriam necessários 3/5 dos votos da Câmara e outros tantos do Senado, como estabelece o § 2º do artigo 60 da Constituição Federal.⁵⁶⁶

Independentemente de se fazer necessária ou não emenda constitucional – o que vai depender do escopo das alterações que poderão ser sugeridas pelo grupo interministerial - parece não fazer qualquer sentido a criação de comissão destinada a rever o marco regulatório do setor da comunicação, quando está em discussão, desde 2007, iniciativa do Legislativo para alterar substancialmente as regras do mercado de tv por assinatura, e com implicações para todos aqueles que distribuem conteúdo audiovisual no Brasil. Trata-se do Projeto de Lei nº 29, de 5 de fevereiro de 2007 da Câmara dos Deputados (PL nº 29, de 2007⁵⁶⁷), que ora tramita no Senado Federal, sob a denominação de Projeto de Lei iniciado na Câmara – PLC nº 116, de 21 de junho de 2010, um dos mais importantes dentre outros projetos de lei que tratam da reforma do setor de telecomunicação.⁵⁶⁸ Com efeito, o PLC nº 116, de 2010 conseguiu angariar a atenção dos mais variados setores da sociedade com interesses no mercado de comunicação, quais sejam, radiodifusores, prestadores de serviços de telecomunicação, produtores e programadores de conteúdo – independentes ou não-, agências reguladoras, congressistas e acadêmicos, dentre outros. De fato, grande é a relevância do PLC nº 116, de 2010 para os serviços de telecomunicação, para os serviços audiovisuais, e até para os serviços de radiodifusão, embora a radiodifusão esteja expressamente excluída do âmbito de aplicação da futura lei.⁵⁶⁹

⁵⁶⁶ Art. 60 CF

“ A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros”.

⁵⁶⁷ A autoria do PL nº 29, de 2007 é do deputado Paulo Bornhausen.

Além da CCTCI, e anteriormente da CDEIC (Comissão de Desenvolvimento Econômico Indústria e Comércio), o PL nº 29, quando na Câmara, ainda passou pela CDC (Comissão de Defesa do Consumidor) e pela CCJC (Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania). Disponível em: < <http://www.camara.gov.br> >. Acesso em 10 de janeiro de 2008.

⁵⁶⁸ Alguns exemplos: PL nº 332/2007, que dispõe sobre a produção, programação, empacotamento e distribuição de conteúdo eletrônico e dá outras providências, e está apensado ao PL nº 29, de 2007 (denominação do PLC 116, de 2010, quando de sua tramitação na Câmara); PL nº 1908/2007, que dispõe sobre o serviço de comunicação eletrônica de massa e dá outras providências, e também tramita apensado ao PL nº 29, de 2007. No âmbito do Senado, há o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 280, de 2008, que dispõe sobre serviço de tv por assinatura. Cite-se ainda o PL nº 3516, de 2008, que dispõe sobre a consolidação da legislação de telecomunicação e radiodifusão.

⁵⁶⁹ No que se refere à internet, embora não haja referência expressa de sua exclusão, tanto o mercado quanto os parlamentares entendem que a mesma não está incluída no âmbito de aplicação do futuro serviço.

Dentre os principais objetivos do PLC nº 116, de 2010 temos: acabar com a assimetria regulatória entre os serviços de TV por assinatura de modo a não mais haver restrição da prestação do serviço de acordo com a tecnologia usada, unificar tais serviços, permitir às operadoras de telefonia fixa [STFC] entrar no mercado audiovisual e criar medidas para estimular o conteúdo nacional, bem como produtores e programadoras independentes.

Dentre os muitos aspectos regulados no PLC nº 116, de 2010, está a criação do novo serviço: o serviço de acesso condicionado [SAC], que englobará todas as atuais modalidades de TV por assinatura. De acordo com o PLC nº 116, de 2010, o novo serviço deve ser entendido como:

serviço de telecomunicações de interesse coletivo prestado no regime privado, cuja recepção é condicionada à contratação remunerada por assinantes e destinado à distribuição de conteúdos audiovisuais na forma de pacotes, de canais nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado e de canais de distribuição obrigatória, por meio de tecnologias, processos, meios eletrônicos e protocolos de comunicação quaisquer (art. 2º, XXVII).

Isso significa dizer que não haverá mais distintas modalidades de serviços de tv por assinatura, mas sim um único serviço que permitirá a distribuição de conteúdo audiovisual mediante pagamento de assinantes. Apesar de, por um lado, contrariar a aparente tendência de licença única, já que um novo serviço é criado e para tal nova licença é exigida, o novo serviço unificará as 4 (quatro) outorgas atualmente existentes para a exploração do serviço de televisão por assinatura.

O PLC nº 116, de 2010, também inova ao propor uma definição para conteúdo audiovisual, a saber:

resultado da atividade de produção que consiste na fixação ou transmissão de imagens, acompanhadas ou não de som, que tenha a finalidade de criar a impressão de movimento, independentemente dos processos de captação, do suporte utilizado inicial ou posteriormente para fixá-las ou transmiti-las, ou dos meios utilizados para sua veiculação, reprodução, transmissão ou difusão (art. 2º, VII) (grifo nosso).

Se aprovado, será a primeira vez que teremos na legislação brasileira a definição de conceito de tamanha relevância. Note-se que as legislações norte-americana e europeia tampouco definem “conteúdo audiovisual”, mas trazem outros conceitos que ajudam a compreender o alcance da expressão.⁵⁷⁰

⁵⁷⁰ Nos EUA, o conceito equivalente encontra-se no *Copyright Law*, chapter 1, §101.

Pode-se dizer que o conceito proposto no PLC nº 116, de 2010 é reprodução, quase que fiel, do conceito de obra audiovisual disposto na Medida Provisória 2228-1/2001, de 6 de setembro de 2001, que tem força de lei [“MP 2228” ou “MP da ANCINE”, como veremos abaixo], bem como na Lei nº 9.610/98, de 19 de fevereiro [“Lei de Direitos Autorais” ou “LDA”].

Art. 1º, I da MP 2228:

obra audiovisual: 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, do suporte utilizado inicial ou posteriormente para fixá-las ou transmiti-las, ou dos meios utilizados para sua veiculação, reprodução, transmissão ou difusão.

Artigo 5º, VIII, (i) da LDA:

obra audiovisual - a que resulta da fixação de imagens com ou sem som, que tenha a finalidade de criar, por meio de sua reprodução, a impressão de movimento, independentemente dos processos de sua captação, do suporte usado inicial ou posteriormente para fixá-lo, bem como dos meios utilizados para sua veiculação.⁵⁷¹

Além disso, o PLC nº 116, de 2010, traz dispositivos referentes à chamada “quebra da cadeia de valor” da produção da TV por assinatura, que visa criar ambiente competitivo saudável entre as empresas que exploram os serviços de comunicação social, quais sejam, radiodifusão e telecomunicação. De um lado, acaba com as restrições ao capital estrangeiro e abre o mercado da distribuição às empresas de telefonia fixa (hoje impedidas de prestar o serviço de TV a cabo e de terem a maioria de seu capital social sob o controle de estrangeiros, nos termos da Lei do Cabo),

““Audiovisual works” are works that consist of a series of related images which are intrinsically intended to be shown by the use of machines or devices such as projectors, viewers, or electronic equipment, together with accompanying sounds, if any, regardless of the nature of the material objects, such as films or tapes, in which the works are embodied.

A work is “created” when it is fixed in a copy or phonorecord for the first time; where a work is prepared over a period of time, the portion of it that has been fixed at any particular time constitutes the work as of that time, and where the work has been prepared in different versions, each version constitutes a separate work”.

Para maiores informações, ver <<http://www.copyright.gov/title17/92chap1.html>>. Acesso em 25 de agosto de 2010.

Vale ressaltar que nos EUA, o conteúdo audiovisual está intimamente ligado aos direitos autorais, tanto que a definição de “audiovisual works” está prevista nesta legislação. Não encontramos legislação específica nos EUA que trata de comunicação social audiovisual, a exemplo do que há na UE.

Na UE, a Diretiva AMSD prevê no art. 1º, 1 que:

“b) “Programa”, um conjunto de imagens em movimento, com ou sem som, que constitui uma parte autónoma da grelha de programas ou do catálogo estabelecidos por um fornecedor de serviços de comunicação social e cuja forma e conteúdo são comparáveis à forma e ao conteúdo de uma emissão televisiva. São exemplos de programas as longas-metragens cinematográficas, os acontecimentos desportivos, as comédias de costumes (sitcom), os documentários, os programas infantis e as séries televisivas”.

⁵⁷¹ Note-se que esteve em andamento até 31 de agosto de 2010 consulta pública lançada pelo Ministério da Cultura para alterar a Lei de Direitos Autorais. Segundo o texto do anteprojeto em consulta, deve-se entender por obra audiovisual: “a obra criada por um autor ou a obra em coautoria que resulta da fixação de imagens com ou sem som, que tenha a finalidade de criar, por meio de sua reprodução, a impressão de movimento, independentemente dos processos de sua captação, do suporte usado inicial ou posteriormente para fixá-lo, bem como dos meios utilizados para sua veiculação”.

A variação de redação, em *itálico*, tem implicações na ordem de direito autoral apenas, e por isso não serão aqui comentadas.

de outro impede que tais empresas – com grandes recursos financeiros – se envolvam na produção e programação.⁵⁷²

Embora essas novidades sejam de relevância para o setor de telecomunicação, não serão discutidos aqui por tratarem eminentemente de limites de propriedade, bem como de regras de divisão do mercado, e não do conteúdo propriamente dito.⁵⁷³ A menção se justifica uma vez que quem faz conteúdo audiovisual (radiodifusores, produtores e programadores) não pode distribuí-los (somente a cargo das operadoras de telecomunicações) e vice-versa. Espera-se que essa divisão do mercado valorize a produção da cultura nacional.

Além da criação de um novo serviço, como vimos, o segundo aspecto de relevância no PLC nº 116, de 2010 é extensão das competências da Agência Nacional do Cinema [ANCINE], e o terceiro é a implementação de políticas de cota de conteúdo nacional e produção independente. Ambos intimamente relacionados ao marco regulatório para o serviço audiovisual.

5.1.2 Marco regulatório para o serviço audiovisual

A competência para fomentar, regular e fiscalizar a indústria cinematográfica e videofonográfica no Brasil é da Agência Nacional do Cinema, criada no art. 5º da MP 2228-1, de 6 de setembro de 2001 [MP da ANCINE], que, por sua vez, é vinculada ao Ministério da Cultura, nos termos do art. 10 do Decreto nº 4.858, de 13 de outubro de 2003⁵⁷⁴. De fato, dentre as competências desse órgão, listamos: executar a política nacional de fomento ao cinema, promover o combate à pirataria de obras audiovisuais, regular, na forma da lei, as atividades de fomento e proteção à indústria cinematográfica e videofonográfica nacional, resguardando a livre manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação (art. 7º).

A ANCINE exige que as empresas de produção, distribuição, exibição de obras cinematográficas e videofonográficas nacionais ou estrangeiras sejam registradas na agência (art.

⁵⁷² D'ERCOLE, Ronaldo; RODRIGUES, Lino. **Canais brasileiros estão entre os mais assistidos na TV por assinatura**. O Globo, 11 de agosto de 2009, p. 27.

⁵⁷³ Os dispositivos relevantes para esse fim são os artigos 5º e 6º que se encontram no Anexo G.

⁵⁷⁴ Publicado no DOU em 14 de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4858.htm>. Acesso em 14 de setembro de 2010.

22 da MP), como também que toda obra cinematográfica e videofonográfica requeira à agência o Certificado de Produto Brasileiro [CPB] antes de sua exibição ou comercialização (art. 28 da MP). Parece ser intuitivo que exigências de registro junto à agência podem resvalar para o controle da liberdade de expressão e da livre manifestação do pensamento de quem produz. Com efeito, pode-se, em uma etapa subsequente desse processo de controle do que se produz, impor que apenas as obras registrada na agência podem ser exibidas ao público. Esse temor não parece exagerado, já que o poder de controle da agência vem sendo aumentado cada vez mais.

De fato, embora a criação da ANCINE esteja essencialmente ligada ao cinema e às obras produzidas para este segmento de mercado, com o passar dos anos foram aprovadas leis que aumentaram a competência da agência, tal como a Medida Provisória nº 491, de 23 de junho de 2010, que institui o programa Cinema Perto de Você, que cria 2 (duas) novas competência para a Agência (firmar com os agentes regulados termo de compromisso de ajustamento de conduta e zelar pela distribuição equilibrada das obras audiovisuais)⁵⁷⁵ e a Lei nº 11.437, de 28 de dezembro de 2006⁵⁷⁶, que em seu artigo 7º alterou o artigo 18 da MP da ANCINE que passa a ter a seguinte redação:

Art. 18. As empresas distribuidoras, as programadoras de obras audiovisuais para o segmento de mercado de serviços de comunicação eletrônica de massas por assinatura, as programadoras de obras audiovisuais para outros mercados, conforme assinalado na alínea e do Anexo I desta Medida Provisória, assim como as locadoras de vídeo doméstico e as empresas de exibição, devem fornecer relatórios periódicos sobre a oferta e o consumo de obras audiovisuais e as receitas auferidas pela exploração delas no período, conforme normas expedidas pela Ancine.(grifo nosso)

A atual redação do dispositivo amplia a competência da agência no que se refere à exigência de relatórios. A redação anterior previa que apenas as empresas de exibição (salas de cinema) deveriam emitir relatórios.⁵⁷⁷ Hoje, o leque de empresas, cujas obras se pretende fiscalizar, é bastante mais amplo, como se denota do artigo acima transposto.

⁵⁷⁵ A referida MP foi prorrogada por mais 60 dias, nos termos do Ato nº 25, de 23 de agosto de 2010, do Presidente da Mesa do Congresso Nacional, tendo sido publicada no DOU em 24 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Mpv/491.htm>. Acesso em 24 de setembro de 2010.

⁵⁷⁶ Tal lei altera a destinação de receitas decorrentes da Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional - CONDECINE, criada pela Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, visando ao financiamento de programas e projetos voltados para o desenvolvimento das atividades audiovisuais; altera a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e a Lei nº 8.685, de 20 de julho de 1993, prorrogando e instituindo mecanismos de fomento à atividade audiovisual; e dá outras providências.

⁵⁷⁷ Redação anterior, cfr site <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11437.htm#art7>, Acesso em 14 de agosto de 2010.

Art. 18 da Lei nº 11.437, de 2006 (revogado):

O PLC nº 116, de 2010, por sua vez, também propõe novas competências para ANCINE. Note-se, primeiramente, que segundo o projeto de lei, a ANCINE passa a regular 3 (três) das 4 (quatro) atividades da comunicação audiovisual de acesso condicionado, quais sejam, a produção, a programação e o empacotamento do conteúdo.⁵⁷⁸ A distribuição do conteúdo continuará a cargo da ANATEL.

A separação da cadeia de valor do audiovisual nessas 4 (quatro) atividades é novidade proposta pelo projeto e visa separar as atividades dos diferentes “players” do mercado. A separação nos parece positiva na medida que potencializa as especificidades e competências de cada um. Ademais, evitar que as operadoras de telecomunicação – notoriamente com maior poder econômico, até porque contam com participação de capital estrangeiro proveniente de suas matrizes – passem a dominar o mercado de produção de audiovisual que deve ser olhado com especial atenção em virtude do papel de relevância cultural e social que desempenha no que respeita à divulgação de conteúdo sob o olhar do público brasileiro.

Uma vez que o novo serviço pelo PLC nº 116, de 2010, [SAC] é um serviço de telecomunicação, nada mais natural que o mesmo estivesse sob a regulação da ANATEL. No entanto, é a ANCINE quem passará a fiscalizar uma série de atividades referentes ao conteúdo audiovisual.

Somos da opinião de que, de modo geral, várias das novas competências atribuídas à ANCINE violam os princípios constitucionais da liberdade de expressão e de informação.

Dentre algumas das ingerências que podem, de alguma forma, provocar o controle da liberdade de expressão e livre manifestação do pensamento, direitos fundamentais garantidos no artigo 5º da nossa Constituição, citamos: i) os parágrafos do artigo 10 do PLC nº. 116, de 2010, que estabelecem a obrigatoriedade de divulgação de todos os conteúdos audiovisuais e canais de programação disponibilizados, além da identificação de todos os profissionais responsáveis pela gestão, responsabilidade editorial e atividades de seleção e direção inerentes à programação e ao empacotamento; ii) o credenciamento das atividades de programação e empacotamento junto à agência, previsto no artigo 12, e a possibilidade de suspensão e cancelamento do mesmo prevista

“ As empresas de exibição deverão emitir relatório enumerando as obras cinematográficas brasileiras e estrangeiras exibidas no período pelos cinemas de sua rede de exibição, número de dias de exibição, número de espectadores e renda de bilheteria, conforme definido em regulamento, devendo estas informações ser remetidas à ANCINE.”

⁵⁷⁸ O art. 4º, XI do PLC nº 116, de 2010 define empacotamento como “atividade de organização, em última instância, de canais de programação, inclusive nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado, a serem distribuídos para o assinante”.

no artigo 36 que pode levar à não exibição da obra; iii) solicitação de informações para fiscalização do cumprimento das obrigações de programação, empacotamento e publicidade, sem que seja indicado a natureza dessas informações, tal como previsto no artigo 13.⁵⁷⁹

À primeira vista, esses dispositivos podem parecer importantes na medida em que se forma um banco de dados de tudo o que se exhibe no país e pode se controlar se requisitos constitucionais são respeitados. No entanto, o controle exacerbado e as negativas de credenciamento das obras, por exemplo, podem implicar no cerceamento da livre manifestação do pensamento, acesso à informação e liberdade de expressão. A potencialização da função regulatória do Estado tem se mostrado perigosa na América Latina nos últimos tempos, sobretudo no que respeita a ação do Estado contra os meios de comunicação.

Entendemos que o credenciamento junto à Agência, por exemplo, pode ser condição para obtenção de recursos públicos, incentivos ou mesmo para fins de cumprimento de cotas, mas não para exercício das atividades de programação e empacotamento, pois haverá aí violação ao direito de expressão, o qual deve ser visto como premissa nos meios de comunicação social. Assim sendo, não se poderia impedir a distribuição de conteúdo que não seja registrado e/ou credenciado na ANCINE, sob pena de manifesta inconstitucionalidade. Na pior das hipóteses, poderia se estabelecer que conteúdo empacotado por empresa não registrada na ANCINE não será computado para fins de cumprimento de cotas.

Se por um lado parece fazer sentido que, havendo necessidade de se fiscalizar o conteúdo audiovisual, essa atribuição deva ser da agência responsável pelo audiovisual, por outro, fato é que não há no Brasil uma agência própria destinada a esse fim. A atribuição original da ANCINE, como se viu, é regular e fomentar as atividades cinematográficas e videofonográficas, embora leis que, originalmente não tinham o propósito de alterar a competência da agência, foram aos poucos expandido tal competência, como é o caso da Lei nº 11.437, de 2006, e da MP nº 491, de 2010 acima citadas.

Outra tentativa de ampliar a competência da ANCINE no que se refere ao conteúdo foi a proposição, em 6 de agosto de 2004, pelo Ministério da Cultura [MINC] de anteprojeto de lei sobre a organização das atividades audiovisuais, o qual, dentre outras determinações, transformava a ANCINE na Agência Nacional do Audiovisual, a ANCINAV.

⁵⁷⁹ A íntegra dos dispositivos relevantes encontra-se no Anexo H.

Pelo anteprojeto, seriam consolidadas todas as normas que tratam da organização, planejamento, administração e fiscalização das atividades cinematográficas e audiovisuais no país.⁵⁸⁰ Mas, diante da reação negativa do mercado, o mesmo não chegou a ser apresentado à Câmara dos Deputados.

Apesar da iniciativa não ter sido levada adiante, vale a pena tecer algumas considerações sobre o anteprojeto, já que alguns de seus dispositivos são reavivados no PLC nº 116, de 2010, ainda que de modo não evidente.

Primeiramente, note-se que ao contrário da ANCINE, que está expressamente vinculada ao Ministério da Cultura [MINC], de acordo com o art. 5º da MP da ANCINE, o anteprojeto da ANCINAV não trazia tal vinculação. Não se sabe se a omissão foi proposital, mas a vinculação ao MINC foi sugerida em um dos comentários realizados.⁵⁸¹ Isso implica dizer que a nova agência teria ainda maiores poderes, pois provavelmente seria responsável também pela elaboração das políticas públicas para o setor audiovisual, hoje de atribuição do MINC.

Segundo o MINC, a criação da ANCINAV se justificaria pelo fato do conteúdo audiovisual ser produto estratégico para o país, uma vez considerado seu impacto econômico e cultural. Na visão do então Secretário do Audiovisual do MINC, Orlando Senna, “a regulação do audiovisual é a única forma de impedir, em um cenário de revolução tecnológica, a dominação cultural de uma nação por outra”.⁵⁸²

Vê-se que essa declaração está muito relacionada à ideia defendida pelos europeus nas negociações sobre serviços audiovisuais no GATS, qual seja, a importância da cultura como elemento de identificação nacional de um povo e, que, portanto, deve ser excepcionada dos princípios de liberalização comercial, devendo ser garantido aos Membros o direito de regular.

Independentemente do fato de entendermos que a cultura e identidade nacional estão intrinsecamente ligadas e, portanto, ser justificável um tratamento diferenciado nas negociações comerciais aos serviços e produtos audiovisuais, internamente é preciso haver controle da função regulatória do Estado a fim de evitar que direitos fundamentais, tais como a liberdade de expressão, livre manifestação do pensamento e acesso à informação, sejam violados. A trilhar por

⁵⁸⁰ Hoje, conforme mencionado ao longo deste capítulo, o Ministério das Comunicações e própria ANATEL já fiscalizam os serviços de radiodifusão. O conteúdo veiculado pelas TVs por assinatura, por sua vez, é também fiscalizado pela ANATEL.

⁵⁸¹ Comentário à consulta realizado pela Brasil Telecom em 22 de setembro de 2004 (fonte interna).

⁵⁸² Opinião divulgada juntamente com a versão do anteprojeto datada de 11 de novembro de 2004, que à época esteve disponibilizada no site do Ministério da Cultura.

um caminho de regulação sem respeito às garantias constitucionais, a regulação corre o risco de se transformar em interferência indevida do Estado, e porque não dizer, em censura prévia, já que quando o assunto é audiovisual o grau de subjetividade a ser utilizado no controle de determinados temas pode ser bastante elevado. É necessário preservar a possibilidade de regular no GATS, mas a regulação, quando aplicada internamente, deve ser feita de modo equilibrado e ponderado.

Um exemplo de regulação inadequada era a determinação na minuta do anteprojeto no sentido de que ficaria no âmbito da regulação da ANCINAV o transporte de conteúdos audiovisuais por parte de prestadoras de serviços de telecomunicação.⁵⁸³ Com isso, o anteprojeto equiparava a mera atividade de transporte de sinais de informação – atividade de telecomunicação – à exploração da atividade de distribuição de conteúdos audiovisuais suportada pelo setor de telecomunicação que, na verdade, oferece ao usuário acesso a conteúdos audiovisuais explorados por terceiros. A nova agência intervinha, assim, na competência da própria ANATEL e submetia os operadores a uma dupla regulação.

Com efeito, esta equiparação subverteria o critério constitucional de distinção entre os setores de atividade econômica que representam, substituindo-o pelo elemento estrutural comum a ambos que é o transporte de sinais de informação. Na verdade, o meio de transmissão do conteúdo audiovisual só deve relevar para fins de regulação na medida em que possa comprometer a integridade da obra ou dos direitos autorais, como é o caso dos meios de transmissão que propiciam a multiplicação de cópias ou forma de utilização diversa daquela definida pelo autor, o que já entraria no tema dos direitos autorais, que foge ao interesse deste trabalho.

É interessante notar que à ANCINAV caberia regular a exploração de atividades audiovisuais no âmbito do serviço de radiodifusão de sons e imagens; dos serviços de telecomunicação que tenham o conteúdo audiovisual como parte inerente ao serviço, incluindo os serviços de comunicação eletrônica de massa por assinatura, e dos serviços de telecomunicação que não tenham o conteúdo audiovisual como parte inerente ao serviço, mas que o transmitem ou oferecem ao usuário, sob autorização ou licença, quando necessária, dos órgãos competentes para

⁵⁸³ Título II do Anteprojeto de Lei da ANCINAV – Do Órgão Regulador [arts. 13 a 37].

tanto (art. 41 do anteprojeto de criação da ANCINAV, segundo a versão de 11 de novembro de 2004).

Para tanto, o anteprojeto considerava haver exploração de atividades audiovisuais (e cinematográficas) não só na distribuição difusa ou indiscriminada de conteúdos audiovisuais à distância, tanto livremente recebidos pelo público em geral (radiodifusão de sons e imagens), quanto mediante pagamento (TV por assinatura), como também na hipótese em que prestadoras de serviços de telecomunicação transmitissem ou oferecessem ao usuário acesso a conteúdos audiovisuais explorados por terceiros.

Pelo anteprojeto, definir-se-ia também conteúdo audiovisual.

(Art. 38.) Art. 35. 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-las ou transmiti-las, ou dos meios utilizados para sua veiculação, reprodução, transmissão ou difusão.

§ 1º **São modalidades de conteúdo audiovisual a obra cinematográfica e a obra videofonográfica, de qualquer finalidade e natureza.**

§ 2º **Outras modalidades de conteúdos audiovisuais serão definidas pela Ancinav** em função de sua nacionalidade, natureza, finalidade, forma, âmbito de exploração, meio de suporte e de transmissão, tecnologia empregada e outros atributos (grifo nosso).

Apesar da redação deste dispositivo do anteprojeto ser bastante semelhante às definições de obra audiovisual contidas no artigo 1º, inciso I da MP das ANCINE e no artigo 5º, inciso VIII, letra “i”, da Lei de Direitos Autorais, existem diferenças, já que o parágrafo primeiro do dispositivo proposto considerava as obras cinematográficas e videofonográficas, entre outras, como conteúdo audiovisual, justificando, portanto, a competência da nova agência quanto a tais produtos, enquanto os dispositivos em vigor não tratam de definir o conteúdo audiovisual, mas sim a obra audiovisual.

Outras constatações podem ser feitas a partir do artigo 41 do anteprojeto do ano de 2004:

i) ANCINAV acumularia as funções do MINICOM e da própria ANATEL; ii) o serviço de comunicação eletrônica de massa por assinatura seria compreendido pelo TVC, DTH, MMDS, TVA e qualquer outro serviço dessa natureza⁵⁸⁴ (art. 38, parágrafo 1º); iii) diminuição da

⁵⁸⁴ O anteprojeto não trazia definição propriamente dita do serviço de comunicação eletrônica de massa por assinatura, mas ao incluir as atuais modalidades de serviços de TV por assinatura em seu âmbito de aplicação sinalizava que deveria ser compreendido como aquele que serviço de telecomunicação, cuja recepção do sinal que transporta o conteúdo audiovisual é condicionada a pagamento.

Esse serviço não estava à época (nem está ainda) regulamentado, embora o mercado comumente já se refira às atuais modalidade de serviços de tv por assinatura como serviços de comunicação social eletrônica, terminologia, aliás, empregada pelo § 3º do artigo 222 da CF, como visto acima.

competência da ANATEL, já que é ANCINAV quem fiscalizaria o cumprimento das obrigações relacionadas a conteúdo das hoje denominadas TV por assinatura; e iv) não tratava da internet.

Apesar de não existir no mundo jurídico, os objetivos pretendidos com a criação da ANCINAV ainda permanecem vivos junto àqueles que pretendem estabelecer regras para a regulação do conteúdo no Brasil. A extensão da competência que se pretende dar à ANCINE via PLC nº 116, de 2010 é evidência disso.

Mais uma vez, repise-se o entendimento de que conteúdo não deve ser regulado e tal razão, por si só, justifica a não implementação da ANCINAV. Do contrário, violariam-se princípios constitucionais como a liberdade de expressão e manifestação do pensamento, e, aos poucos, se corre o risco de ver instaurada a censura. Não nos parece exagero pensar que, mais cedo ou mais tarde, ela possa ser retomada. E, exemplos não nos faltam, dentre eles o posicionamento do Presidente venezuelano Hugo Chaves face às emissoras de TV locais, bem como da Presidente argentina Cristina Kirchner que tenta vincular os principais jornais argentinos à ditadura militar no país⁵⁸⁵ e assim impedir sua circulação. Nas palavras de Binenbojm, “a censura não é algo que se reconheça ou declare.”⁵⁸⁶

Como observou Luis Roberto Barroso,

em todos os tempos e em todos os lugares, a censura jamais se apresenta como instrumento da **intolerância, da prepotência ou de outras perversões ocultas. Ao contrário, como regra, ela destrói em nome da segurança, da moral, da família, dos bons costumes.** Na prática, todavia, oscila entre o arbítrio, o capricho, o preconceito e o ridículo.⁵⁸⁷ (nosso grifo)

O controle, portanto, tem de ser *ex post*, e não *ex ante*. Assim, não se regulam todos os casos indiscriminadamente, mas se regula caso a caso, conforme se faça necessário. Ademais, viabiliza a regulação para fins de controle concorrencial de modo a concentração do mercado audiovisual e, o conseqüente, prejuízo ao consumidor. Uma alternativa seria implementar a autorregulamentação do conteúdo, a ser feito por todos os envolvidos na cadeia de produção do setor, do produtor ao consumidor do conteúdo. Na verdade, cada vez mais, os próprios telespectadores, assinantes de TV a cabo e internautas são mais bem informados e podem

⁵⁸⁵ YANAKIEW, Monica. **Duro golpe à imprensa se vira contra Cristina**. O Globo, 24, de agosto de 2010.

⁵⁸⁶ BINENBOJM, Gustavo. Op. cit. p. [?].

⁵⁸⁷ _____ *apud* BARROSO, Luis Roberto. Liberdade de Expressão, Censura e Controle da Programação de Televisão na Constituição de 1988, in Temas de Direito Constitucional, 2001, p. 345-6.

questionar o que lhes está sendo oferecido. Nesse sentido, iniciativas de autorregulamentação não feririam direitos assegurados na Constituição brasileira e em tratados internacionais.⁵⁸⁸

Vale a nota, ainda, de que é preciso fazer uma distinção em relação aos conteúdos evidentemente ilegais, que atentam contra algum valor essencial da sociedade, como é o caso do conteúdo pedófilo e racista, por exemplo. Estes devem ser objeto de fiscalização em prol do bem-estar de toda a sociedade. De fato, mesmo nos EUA, onde o *hate speech* é tolerado⁵⁸⁹, a *Federal Communications Commission* vem recebendo manifestações contrárias à liberdade de expressão ilimitada.⁵⁹⁰ Na verdade, há pedidos da sociedade no sentido de que não sejam renovadas licenças de emissoras de rádio que divulgam em suas programações conteúdo que incitam a violência ou atitudes racistas contra imigrantes ilegais, por exemplo.⁵⁹¹ A UE também previu na Diretiva de Serviços de Comunicação Social Audiovisual, aprovada pelos Parlamento e Conselho Europeus, em 11 de dezembro de 2007, e alterada em 10 de março de 2010 - a que nos referimos no capítulo IV -, que os serviços de comunicação social audiovisual prestados por fornecedores de serviços de comunicação social sob a sua jurisdição não podem conter incitamento ao ódio com base na raça, no sexo, na religião ou na nacionalidade.

Nesse sentido, justificar-se-ia a regulação de conteúdo associado a valores negativos, ainda que seja um limite à liberdade de expressão. Assim, em prol do bem de todos limita-se a liberdade de alguns. Podemos dizer que, em alguns casos, o grau de subjetividade na avaliação do

⁵⁸⁸ A liberdade de expressão é um direito humano universal. O artigo 19 da Declaração de Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia Geral da ONU, de 10 de dezembro de 1948 (Resolução 217 A (III)) estabelece que "Everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes the right to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media regardless of frontiers". Tal direito fez-se refletir também no artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, adotada em 22 de novembro de 1969, por exemplo.

Para maiores informações sobre este aspecto, consultar

SALOMON, Eve. **Guidelines for Broadcasting Regulation**. Commonwealth Broadcasting Association, 2008, 2nd Edition, p. 12. Disponível em: < http://portal.unesco.org/ci/en/ev.php-URL_ID=29290&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html>. Acesso em 28 de agosto de 2010.

⁵⁸⁹ Pode-se explicar o discurso do ódio, como a liberdade de se manifestar sobre assuntos que, em outros países, seriam considerados de cunho racista e, portanto, proibidos países (como sites de organizações antisemíticas, neonazistas, revisionistas do Holocausto, etc.). A posição norte-americana justifica-se pelo liberalismo clássico que delineou a origem de sua nação e nos termos da Primeira Emenda. Para compreensão do tema, ver FISS, Owen. **The Supreme Court and the problem of Hate Speech**. Capital University Law Review, 1995, number 2 volume 24. Disponível em http://www.law.yale.edu/documents/pdf/scourt_hatespeech.pdf. Acesso em 25 de agosto de 2010

⁵⁹⁰ Lasar, Matthew. **FCC asked to monitor "hate speech," "misinformation" online**. 01 de junho de 2010. Disponível em: <<http://www.freepress.net/news/2010/6/1/fcc-asked-monitor-hate-speech-misinformation-online>>. Acesso em 06 de agosto de 2010.

"Over thirty organizations want the Federal Communications Commission to open up a probe on "hate speech" and "misinformation" in media. "Hate has developed as a profit-model for syndicated radio and cable television programs masquerading as 'news'," they wrote to the FCC earlier this month".

⁵⁹¹ Cfr. <http://fjallfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DA-07-1949A1.doc>. Acesso em 06 de agosto de 2010

A FCC não negou o pedido de renovação da licença, pois reconheceu os serviços de utilidade pública prestados pela rádio, mas apontou que houve manifestações da sociedade para que a mesma fosse negada.

que é bom ou ruim para todos não varia muito, uma vez que há consenso na sociedade quanto às implicações maléficas na divulgação de conteúdo evidentemente ilegais.

A difícil questão que se coloca é se o conteúdo deve ou não ser regulado. Como se viu, há argumentos a favor e contra a regulação do conteúdo audiovisual pelo Estado.

Como se viu, somos do entendimento de que, em geral, a regulação do conteúdo tende a não ser positiva pela possibilidade de desrespeito aos direitos fundamentais da liberdade de expressão e do acesso à informação; justificando-se tão-somente para evitar a veiculação de conteúdo ilícito. No entanto, há os defensores da tese de que a regulação do conteúdo é positiva enquanto se destina ao fomento do conteúdo nacional de modo a transformá-lo, cada vez mais, em instrumento de proteção da identidade da cultura nacional.

De fato, a Constituição brasileira, no capítulo sobre comunicação social [arts. 220 a 224], traz parâmetros claros para dar tratamento diferenciado aos meios de comunicação de massa. Esses possuem enorme capacidade de influenciar a formação da opinião, da ideologia e da agenda social, política e cultural de determinado povo, além de oferecer maior risco potencial de lesão a direitos subjetivos que a Constituição quer proteger, como a vida privada, a honra, a imagem, os direitos autorais, dentre outros, conforme ensina Luís Roberto Barroso.⁵⁹² Justificar-se-ia, assim, alguma forma de controle ao conteúdo assistido pelos cidadãos, como, por exemplo, a classificação indicativa da programação televisiva.⁵⁹³

Outra forma de regular o conteúdo é por meio de cotas. No Brasil, já existem as cotas de tela no cinema, que privilegiam a produção nacional. Tais cotas estão previstas no artigo 55 da MP da ANCINE, segundo o qual por um prazo de 20 (vinte) anos, contados a partir de 5 de setembro de 2001, as empresas proprietárias, locatárias ou arrendatárias de salas, espaços ou locais de exibição pública comercial, exhibirão obras cinematográficas brasileiras de longa metragem, por um número de dias fixado, anualmente, por decreto, ouvidas as entidades representativas dos produtores, distribuidores e exibidores.

Embora importantes, não trataremos nem das cotas de tela – que objetivam o fomento de conteúdo nacional, mas estão focadas essencialmente para as salas de cinemas e congêneres –,

⁵⁹² Tema discutido no parecer, de acesso restrito, “Constituição, comunicação social e as novas plataformas tecnológicas”, do referido professor, proferido em 26 de outubro de 2001.

⁵⁹³ No Brasil, a classificação indicativa está prevista na Portaria nº 264, de 9 de fevereiro de 2007 do Ministério da Justiça, pela qual se regulamenta as disposições da Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990 [Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA], da Lei nº 10359, de 27 de dezembro de 2001 e do Decreto nº 5834, de 6 de julho de 2006 relativas aos processo de classificação indicativa de obras audiovisuais destinadas à televisão.

nem das cotas de programadoras independentes⁵⁹⁴ – que dizem respeito a quem produz o conteúdo, e não ao conteúdo em si – e que estão em debate no país no âmbito do PLC nº 116, de 2010.

Isso posto, trataremos do terceiro item de relevância do PLC nº 116, de 2010: a criação de cotas de conteúdo nacional, produção independente e programadora independente para a TV fechada. Nesse sentido, verificaremos as cotas de conteúdo nacional, seja por canal, seja por pacote e de produção independente que são novidade no mercado brasileiro. Sua criação objetiva aumentar a produção nacional. Resta saber se, de fato, fomentarão a produção nacional de qualidade.

5. 2 Regulação de conteúdo por cotas no Brasil

As quantidades mínimas de cotas de conteúdo nacional e independente que deverão ser veiculadas a partir da aprovação do PLC nº 116, de 2010, não relevam tanto para fins do presente trabalho, mas sim o objetivo de sua proposição no âmbito desse projeto, até porque as quantidades propostas podem variar ao longo da tramitação do projeto no Senado e até sua promulgação pelo Presidente da República. Por isso, não nos deteremos na análise de cada dispositivo proposto, embora relacionados para fins de referência no Anexo H (arts. 16, 17, 19 e 23), mas sim na exposição de motivos do primeiro Substitutivo que deu forma ao texto do projeto, tal como hoje se encontra em discussão. Trata-se do Substitutivo ao PL nº 29, de 2007 [numeração original na Câmara do PLC 116, de 2010] elaborado pelo deputado relator Jorge Bitar e apresentado em 17 de dezembro de 2007 na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática [CCTCI].⁵⁹⁵

Segundo o então deputado Bittar, um dos grandes responsáveis pela negociação dos termos do atual PLC nº 116, de 2010, além dos demais atores do mercado com interesse na

⁵⁹⁴ Essas cotas estão previstas no PLC 116, de 2010. Segundo os termos do projeto, as programadoras são responsáveis pela tarefa de formatar os canais e pacotes de modo a torná-los comercialmente atraentes aos assinantes. Vale notar que não existem cotas de programadoras independentes nos países que serviram de referência para a transposição do modelo de cotas para o Brasil.

⁵⁹⁵ Substitutivo da CCTCI ao PL nº 29, de 2007, p. 31. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br>>. Acesso em 10 de janeiro de 2009.

questão, 2 (dois) pontos são de suma importância para o sucesso do novo modelo: 1) a conceituação de espaço qualificado e 2) a de conteúdo nacional, haja vista que ambos são utilizados no estabelecimento de cotas de conteúdo nacional.⁵⁹⁶ De acordo com Bittar, sob inspiração da regulamentação internacional, em particular europeia e canadense, como se viu no item 4.1 do capítulo anterior, definiu-se espaço qualificado como o conjunto de conteúdos da grade de programação, excluindo-se os programas de conteúdo jornalístico, religiosos, políticos, esportivos, concursos, tele vendas e publicidade [hoje, artigo 2º, XII do PLC nº 116, de 2010]. Assim, entende-se por espaço qualificado aqueles conteúdos que demandam certo grau de produção, e portanto, investimento.⁵⁹⁷

Por conteúdo nacional, entende-se “o conteúdo audiovisual produzido em conformidade com os critérios estabelecidos no inciso V do art. 1º da Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001” [art. 2º, VIII]. Ou seja, conteúdo brasileiro é aquele que atende a um dos seguintes requisitos:

- a) ser produzida por empresa produtora brasileira, observado o disposto no § 1º, registrada na ANCINE, ser dirigida por diretor brasileiro ou estrangeiro residente no País há mais de 3 (três) anos, e utilizar para sua produção, no mínimo, 2/3 (dois terços) de artistas e técnicos brasileiros ou residentes no Brasil há mais de 5 (cinco) anos;
- b) ser realizada por empresa produtora brasileira registrada na ANCINE, em associação com empresas de outros países com os quais o Brasil mantenha acordo de co-produção cinematográfica e em consonância com os mesmos.
- c) ser realizada, em regime de co-produção, por empresa produtora brasileira registrada na ANCINE, em associação com empresas de outros países com os quais o Brasil não mantenha acordo de co-produção, assegurada a titularidade de, no mínimo, 40% (quarenta por cento) dos direitos patrimoniais da obra à empresa produtora brasileira e utilizar para sua produção, no mínimo, 2/3 (dois terços) de artistas e técnicos brasileiros ou residentes no Brasil há mais de 3 (três) anos.

Note-se que a natureza do conteúdo exigido pelos diplomas legais que hoje regulam a radiodifusão difere daquele do futuro serviço de acesso condicionado. Na radiodifusão, o conteúdo julgado relevante pelo legislador é eminentemente aquele de fim educacional, político e noticioso. No futuro SAC, se implementado, os requisitos dizem respeito ao cunho nacional que deve ser dado ao conteúdo exibido, já que devem respeitar os critérios do art. 2º, VIII acima. Nesse sentido, ressalte-se que se o Brasil tivesse assumido algum compromisso consolidado em serviços audiovisuais, poderia vir a ter problemas diante dessa inovação da política de cotas de conteúdo nacional.

⁵⁹⁶ Ibid.

⁵⁹⁷ Ibid.

Ainda segundo a exposição de motivos do Substitutivo da CCTCI – na atual versão do projeto que se encontra no Senado - igualmente importante são as definições de produção e programação independente (art. 2º, XIX e XXII), já que esses conceitos são necessários para a pluralidade de informação e o fortalecimento da cultura nacional e regional. Segundo o entendimento dos deputados que originalmente propuseram o projeto, atualmente há pouca diversidade na TV por assinatura brasileira e pouca prioridade ao conteúdo nacional.⁵⁹⁸ Nesse sentido, vale notar que as cotas de conteúdo nacional e de produção independente previstas no PLC nº 116, de 2010, têm sido motivo de grande preocupação das programadoras internacionais que atuam no mercado de tv por assinatura brasileiro, já que as mesmas serão as mais afetadas pelo projeto no que se refere ao percentual da programação de seus canais que deverá ser alterada de modo a se adequar às novas regras, se e quando aprovadas.

No que se refere especificamente às cotas, a atual redação do PLC nº 116 prevê, de um lado, a veiculação de uma quantidade mínima de 3 (três) horas e meia semanais de conteúdo brasileiro por canal e, de outro, que a cada 3 (três) canais de de espaço qualificado existente no pacote ofertado pela operadora ao menos 1 (um) deverá ser canal brasileiro de espaço qualificado, nos termos dos artigos 16 e 17 do PLC nº 116, de 2010⁵⁹⁹ (Anexo H deste trabalho). O objetivo dessas cotas é valorizar o produto nacional e torná-lo mais competitivo no mercado internacional.⁶⁰⁰

O risco atrelado a políticas desse tipo é o de que conteúdo sem qualidade seja produzido e ganhe espaço nas grades de programação das operadoras que prestam SAC pelo simples e único

⁵⁹⁸ Essa assertiva não parece ser verdadeira, já que i) a grande maioria dos assinantes de tv por assinatura assiste aos canais de TV aberta na TV fechada e ii) dentre os 20 (vinte) canais mais assistidos da TV a cabo, por exemplo, GNT e Multishow, são de conteúdo nacional. Congresso da Associação Brasileira de Televisão por Assinatura (ABTA) 2010. **A Revolução da Convergência**. São Paulo, 11 de agosto de 2010 (informação verbal).

⁵⁹⁹ Segundo o artigo 2º, III do PLC nº 116, de 2010, canal brasileiro de espaço qualificado é “o canal de espaço qualificado que cumpre os seguintes requisitos, cumulativamente:

- a) ser programado por programadora brasileira;
- b) veicular majoritariamente, no horário nobre, conteúdos audiovisuais brasileiros que constituam espaço qualificado, sendo metade desses conteúdos produzidos por produtora brasileira independente;
- c) não ser objeto de acordo de exclusividade que impeça sua programadora de comercializar, para qualquer empacotadora interessada, os direitos de sua exibição ou veiculação”

A faixa referente ao horário nobre não está ainda regulamentada.

⁶⁰⁰ Dados da Ancine indicam que, enquanto foram registradas no Brasil, no primeiro semestre de 2007, 29 filmes de longa metragem, as operadoras estrangeiras registraram 3.474 – uma proporção de um para cem, praticamente. Ainda segundo a Agência, na televisão aberta, longas nacionais representaram 5% do total de filmes exibidos em 2006, e as séries, pouco mais de 25%. O levantamento apontou ainda que, no primeiro semestre de 2007, na televisão paga, de 10 canais de filmes, em 3 não houve veiculação de obras nacionais e nos outros 7 o conteúdo nacional foi inferior a 2% do total de filmes exibidos.

Cfr. Substitutivo da Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática, de 9 de dezembro de 2009, ao PL nº 29, de 2007.

motivo de que as mesmas têm de cumprir cotas nacionais. Ou seja, o tiro pode sair pela culatra. Ao invés de se estimular a produção de conteúdo audiovisual de qualidade – para fins de exportação, inclusive - obrigar-se-á os assinantes a terem programação de pouca qualidade nos canais. É possível, também, que a política de cotas seja um sucesso e gere muita produção nacional – e independente – de qualidade. Isso dependerá muito dos custos associados à produção dos novos conteúdos e das políticas públicas de incentivo e fomento.

Na impossibilidade de se encontrar melhor política pública de incentivo à produção de conteúdo nacional, inclusive para fins de preservação da cultura e identidade nacionais, têm-se nas cotas políticas de ampla aceitação no cenário mundial como se viu anteriormente. No Brasil, a previsão da vigência dessa política é de 12 (doze) anos a partir da publicação da lei, de acordo com o artigo 42 do PLC nº116, de 2010.

Como se percebe pelo exposto acima, a política de cotas de conteúdo nacional e de produção independente no Brasil é menos rigorosa que aquelas de outros países com políticas semelhantes examinadas no item 4.1 do Capítulo 4. Ainda assim, há muitos *players* não satisfeitos com a política de cotas previstas no PLC nº 116, de 2010.

De toda forma, como se viu da experiência estrangeira, o PLC nº116, de 2010, é uma tentativa de equiparar a política do audiovisual brasileira àquela de países que primam pela produção de conteúdo nacional de qualidade, e que muito sucesso fazem, ainda que de menores proporções quando comparadas às produções de Hollywood. Resta-nos aguardar se o projeto de lei será aprovado e torcer que a intervenção do Estado na indústria seja apenas para fomentá-la, e não para impedir o livre exercício de direitos fundamentais e garantia dos princípios assegurados na Constituição Brasileira, tais como liberdade de expressão, livre manifestação do pensamento e livre iniciativa, entre outros.

Seja como for, a futura adoção pelo Brasil de uma política de cotas de conteúdo nacional e de produção nacional não deve alterar a posição brasileira de moderação no que se refere às negociações sobre serviços audiovisuais. Se, por um lado, a adoção de cotas pode aproximar o Brasil, ainda mais, do modelo europeu e, portanto, levá-lo à posição puramente de defesa de interesses culturais, por outro, o Brasil já se posicionou de modo contrário ao argumento da exceção cultural, uma que não possui qualquer base nas disciplinas do GATS, e também deve querer assegurar seus interesses exportadores no que respeita aos conteúdos audiovisuais. De

qualquer forma, o Brasil está livre para adotar qualquer posição nessas negociações, um vez que não assumiu compromissos nos serviços que dizem respeito ao conteúdo audiovisual.

CONCLUSÃO

Dentre as conseqüências da convergência tecnológica e dos processos de digitalização, percebe-se a importância cada vez maior atribuída ao conteúdo audiovisual, tanto pelo lado dos consumidores, que cada vez mais querem ter acesso a novos conteúdos, de modo rápido e por qualquer plataforma, quanto pelo lado da indústria da comunicação que para atender às expectativas dos consumidores, e graças à possibilidade técnica ao seu dispor, inovam nas formas de fornecer conteúdo.

Nesse contexto de evolução tecnológica e crescente demanda por conteúdo, tem-se, no entanto, que o arcabouço jurídico que regula o setor da comunicação, e em particular a prestação de serviços relacionado ao conteúdo, demanda adaptações, seja a nível das legislações internas, seja a nível dos compromissos internacionais assumidos na OMC.

No que se refere ao Brasil, ainda que haja iniciativas governamentais no sentido de alterar o atual marco regulatório, sobretudo de modo a adaptá-lo à convergência tecnológica, ainda não estão claros quais os interesses do país no que se refere ao conteúdo audiovisual. Vale ressaltar que a existência de dois ministérios e duas agências reguladoras encarregadas de, em maior ou menor grau, disciplinarem questões relativas a conteúdo, dificulta o processo de decisão e da célere implementação de mudanças no Brasil. Essa estrutura tampouco facilita a discussão acerca da assunção de compromissos liberalizantes na OMC no setor de comunicação, pois o Ministério das Relações Exteriores pode ter de consultar diversos entes da administração pública que, por vezes, têm entendimentos distintos, quiçá interesses, distintos, acerca dos temas.

Assim, dada a convergência tecnológica e o conseqüente cenário regulatório interno em fase de transformação, algumas observações e constatações devem ser ressaltadas ao final deste trabalho no tocante às negociações do GATS, do setor de comunicação e do conteúdo audiovisual, em particular.

Primeiramente, é provável que os Membros com poucos ou sem compromissos de liberalização assumidos no setor de comunicação, - e em particular nos serviços audiovisuais por abarcar categorias de serviços relacionadas à transmissão e exibição de conteúdo-, sejam fortemente demandados. Nesse sentido, a capacidade dos Membros de regular seus serviços, inclusive no que se refere à proteção conferida ao conteúdo audiovisual como fator de relevância

sócio-cultural, pode vir a ser comprometida na medida em que novas propostas que vinculam a liberalização comercial a *benchmarks* mínimos – estabelecidos pelos Membros que têm interesses ofensivos no setor de comunicação – podem vir a ser aprovadas.

Enquanto não houver obrigações de assunção mínima de compromissos nas categorias de serviços que se referem ao conteúdo audiovisual, o mais seguro é não assumir quaisquer compromissos. Fato é, no entanto, que a Lista de Classificação do GATS [W/120] está muito defasada frente à evolução tecnológica. Apesar de alguns Membros e do próprio Secretariado da OMC terem se manifestado sobre a necessidade de atualização dos documentos que disciplinam os serviços audiovisuais em função da convergência tecnológica, nenhum resultado concreto foi alcançado até o presente. No futuro próximo, porém, ela terá de ser alterada. A manutenção da atual Lista não se justifica no presente cenário tecnológico.

De pouco servirá alterar a Lista de Classificação do GATS, no entanto, se não se perceber que a solução está em alguma medida que permita que a nova classificação não fique rapidamente defasada em função das novas tecnologias. Em tempos de convergência tecnológica, novos compromissos devem ser pensados face às respectivas legislações e/ou às políticas públicas que os Membros pretendem adotar para o setor da comunicação, e para o audiovisual em particular. Ademais, é preciso identificar quais os valores se quer proteger e cuidar para que o tratamento especial conferido à capacidade regulatória pelos negociadores originais do GATS seja preservado. De fato, alterações na Lista de Classificação podem impactar na forma de se interpretar eventuais compromissos assumidos.

Quando a assunção de compromissos se fizer necessária no que se refere ao conteúdo audiovisual, é preciso que os Membros explicitem em suas Listas Nacionais exatamente qual o alcance dos compromissos assumidos, a fim de evitar possível interpretação dúbia por parte dos demais Membros. Este cuidado deve se traduzir no conhecimento exato de suas legislações internas e da capacidade de implementação das obrigações assumidas. Assim, conforme analisa Pereira:

even though Members can list as many conditions and restrictions as they wish in their Schedule, Ellen Gould and Clare Joy believe that Members still remain very vulnerable: first, because of the uncertainty of GATS' rules which do not give enough guarantee that governments will have sufficient expertise to apply such measures without being challenged by other Members; second, because it is very difficult to anticipate all circumstances that may affect service delivery; and,

finally because GATS aims for progressive liberalization, which puts Members under permanent pressure to remove their barriers to trade in services.⁶⁰¹

Mas para evitar questionamentos em contenciosos é importante que os Membros ao assumirem compromissos em suas Listas Nacionais quanto à regulamentação doméstica em conteúdo audiovisual – bem como a acesso a mercado e a tratamento nacional – indiquem todas as limitações e condições de seus compromissos para que elas, no futuro, não venham a ser interpretadas como descumprimento de obrigações assumidas.⁶⁰²

O direito de regular não pode se perder na mesa de negociações, nem tampouco nas futuras decisões do OSC da OMC. De fato, a todo custo, é preciso evitar que a liberalização seja realizada via interpretação extensiva dos OSC. Nesse sentido, é melhor negociar no foro multilateral na presença de Membros que compartilham de entendimentos comuns – ainda que as condições obtidas na negociação não sejam as melhores e que se assumam mais compromissos de liberalização do que inicialmente pretendido – do que deixar a decisão ser tomada pelo OSC.

Como se viu na jurisprudência examinada, a tendência do OSC é minimizar as interpretações dos artigos do GATS e compromissos assumidos pelos Membros quanto ao direito de regular. Isso não deveria acontecer, pois além de não se ater à interpretação literal do GATS – mais favorável à preservação da capacidade regulatória dos Membros – tampouco respeita o disposto no parágrafo 2º do artigo 3º do Entendimento de Soluções de Controvérsias da OMC que estabelece que “as recomendações e regras do Órgão de Solução de Controvérsias não podem acrescentar ou diminuir direitos e obrigações previstas nos acordos” (tradução nossa).⁶⁰³ Se, por um lado, o OSC não pode deixar de decidir em função da falta de regras, por outro, ao criar regras próprias impõe a uma das partes critérios que não foram negociados.

A interpretação extensiva das obrigações dos Membros praticada pelo OSC reafirma a necessidade de que haja por parte dos Membros da OMC um exercício metódico sobre as

⁶⁰¹ GOULD, Ellen; JOY, Clare. “**In whose service?**” The threat posed by the general Agreement on Trade in Services to economic development in the South. December 2000 *apud* PEREIRA, Ana Cristina. Op. cit. p. 31.

⁶⁰² PEREIRA, Ana Cristina. Op. cit. p.30.

O trecho correspondente na tradução é: “apesar dos Membros poderem listar tantas condições e restrições quantas desejarem em suas Listas de Compromissos, Ellen Gould and Clare Joy acreditam que os Membros permanecem ainda muito vulneráveis: primeiro, em função da incerteza das regras do GATS que não garantem aos governos que esses poderão aplicar tais medidas sem serem questionados pelos demais Membros; segundo, porque é muito difícil antecipar todas as circunstâncias que podem afetar a prestação de um serviço; e, finalmente, porque o GATS almeja a liberalização progressiva que coloca os Membros em pressão permanente para a remoção de barreiras no comércio de serviços”.

⁶⁰³ O texto na língua original é: “recommendations and rulings of the Dispute Settlement Body cannot add to or diminish the rights and obligations provided in the covered agreements”.

possíveis alternativas de interpretação dos compromissos assumidos. Por essa razão, ao assumir obrigações no setor de serviços como um todo, o Membro deve antever o que os demais podem vir a lhe demandar no futuro a partir daquela obrigação inserida na Lista Nacional. Sem dúvida, não é uma análise fácil. Para os PEDs, se torna ainda mais complexa, já que não dispõem de recursos humanos e materiais suficientes para o referido exercício.

No que tange aos atuais e futuros compromissos acerca do conteúdo audiovisual, a proteção da cultura e da identidade nacional de um Membro são elementos fundamentais a serem considerados. Sendo direito fundamental do homem, a proteção à cultura deve ser entendida como uma exceção à regra do livre comércio apregoada pelos acordos da OMC, inclusive o GATS. Nesse sentido, deve-se aproveitar a Convenção da UNESCO, de 2005, como elemento de barganha nas negociações sobre conteúdo audiovisual no GATS, ainda que esse instrumento não faça parte integrante dos acordos da OMC, e assim fazer prevalecer a tese da “exceção cultural” que tanto se discutiu no âmbito das negociações para a consecução do GATS. O Brasil, no entanto, como se viu, assumiu uma posição moderada no que se refere ao tratamento dos serviços audiovisuais. Nem bem apóia a tese norte-americana de defesa dos interesses comerciais apenas, nem apóia integralmente a tese do enfoque exclusivo nos interesses culturais quando se trata da liberalização nos serviços audiovisuais. Note-se, porém, que com a aprovação da política de cotas prevista no PLC nº 116, de 2010, a tendência brasileira é a de se aproximar ainda mais do enfoque europeu de defesa dos interesses culturais. Essa postura, contudo, pode pôr em risco pretensões no sentido de construção de uma política exportadora de serviços audiovisuais. É preciso fomentar conteúdo brasileiro de qualidade, e não necessariamente em quantidade. Lembre-se que na UE a política de cotas exige conteúdo de origem europeu e não necessariamente associado a cada um dos Estados europeus. Assim, a obra europeia tem todo o continente europeu para ser comercializada. O Canadá, com sua política de cotas, também tem mais facilidade em exportar suas obras audiovisuais para países de língua inglesa e/ou francesa.

Ainda, diga-se que o direito de regular na OMC não implica a necessidade de regular um setor de serviço internamente, apenas a faculdade de fazê-lo. Isso se aplica, inclusive, ao conteúdo audiovisual. De fato, a regulação deve ser desenhada na medida das necessidades de política pública para o setor da comunicação, mas deve cuidar para que não se transforme em cerceamento da liberdade de expressão, livre manifestação do pensamento e acesso à informação. Com efeito, o zelo exacerbado pela diversidade cultural deve ser visto com certa precaução, pois

pode servir de base para medidas de intervenção no conteúdo exibido. Infelizmente, já há alguns exemplos de práticas antidemocráticas de controle da mídia e do conteúdo veiculado por ela em nossos vizinhos sul-americanos. Todos, é claro, justificam suas atitudes em prol da preservação da unidade e das identidades nacionais.

Nesse sentido, cabe enfatizar que nos parece que deveria caber ao Estado uma posição de neutralidade em relação ao conteúdo. De fato, como salienta Jónatas Machado:

A liberdade de radiodifusão conhece um dos seus pontos nevrálgicos na liberdade de programação (...), entendida como direito de defesa do espaço público comunicativo contra o Estado e, nalguma medida, através, do Estado. Isso significa, desde logo, que se proscvem todas as interferências estaduais directas e indirectas, manifestas ou subteis, oficiais e não oficiais, na seleção e conformação do conteúdo da programação ou de um programa em particular. Neste domínio, o princípio da liberdade perante o Estado conhece uma das mais relevantes áreas de incidência. Os poderes públicos não podem interferir nos conteúdos programáticos nem discriminar em função dos mesmos. Nisso se consubstancia o princípio da neutralidade em matéria de conteúdo (content-neutrality).⁶⁰⁴

Ressalte-se que, na era da convergência digital, se o Brasil almeja ocupar espaço no mercado internacional em setores chave da economia, como o de comunicação, e em particular do audiovisual, já que muitos de nossos produtos culturais fazem sucesso no exterior, é preciso que sejam pensados modelos que fomentem a exportação dos serviços audiovisuais e que transforme o país em *hub* desses serviços.

De toda forma, a Rodada Doha de negociações da OMC, iniciada em novembro de 2001, na capital do Catar, e cujo encerramento estava previsto para 1º de janeiro de 2005⁶⁰⁵, encontra-se parada. Apesar de ser possível nos termos do artigo XIX(1) do GATS que serviços sejam negociados de forma independente dos demais temas, - uma vez que as rodadas de negociação devem ocorrer a cada 5 (cicno) anos, independentemente de existir uma rodada geral de negociações-, parece-nos que não será dada continuidade às negociações de liberalização comercial em serviços, inclusive no setor de comunicação, sem que seja retomada e concluída a presente rodada. Para a retomada das negociações, como um todo, é preciso que vários interesses sejam discutidos e definidos, dentre eles a redução de subsídios agrícolas e o acesso a mercados em produtos não agrícolas.

⁶⁰⁴ MACHADO, Jónatas. Liberdade de programação televisiva: notas sobre os seus limites constitucionais negativos. In: SARLET, Ingo (org). **Direitos fundamentais, informática e comunicação**: algumas aproximações, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 119.

⁶⁰⁵ Conforme informação disponível em: < http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/inbrief_e/inbr01_e.htm>. Acesso em 02 de setembro de 2010.

É de se esperar, no entanto, que em algum momento as negociações sejam retomadas de modo ativo. Quando isso ocorrer, o Brasil deve estar atento para as demandas dos demais Membros no setor de comunicação. O país não possui compromissos de liberalização no que se refere ao conteúdo audiovisual, o que nos permite depreender que a princípio o Brasil se encontra em uma posição confortável pela qual não será demandado acerca de eventual descumprimento de obrigações. Mas, justamente, em função da falta de compromissos nas categorias de serviços que dizem respeito ao audiovisual (sobretudo, serviços de radiodifusão), será bastante demandado quando as negociações no setor audiovisual recomeçarem. Como vimos, quem tem acesso a conteúdo tem acesso à informação, logo, este é um dos temas de maior importância atualmente.

Assim sendo, mas do que nunca é necessário o Brasil se articular com outros Membros com interesses semelhantes e defender o espaço de preservação da capacidade regulatória dos Membros da OMC, inclusive no que se refere ao setor de comunicação. Essa defesa dar-se-á pelo conhecimento das implicações da regulamentação doméstica na liberalização comercial e elaboração de propostas que contemplem os interesses de desenvolvimento social e econômico desses Membros. Ou seja, é preciso assegurar que os Membros não sejam obrigados a se submeter a limites mínimos de liberalização comercial em atividades econômicas em que a atividade de regular do Estado ainda exerce um papel fundamental na sociedade, seja por razões econômicas, seja por razões culturais.

REFERÊNCIAS

Livros e Artigos

ACHESON, Keith; MAULE, Christopher. **Convention on Cultural Diversity** (2004) 28 Journal of Cultural Economics 243, p. 251;

ADLUNG, Rudolf. **Public services and the GATS**. Journal of International Economic Law 9(2), 2006, p. 455-485;

_____. **Services liberalization from a WTO/GATS perspective:** in search of volunteers. WTO Staff Working Paper, February 2009, p.19. Disponível em: <<http://www.wto.org>>. Acesso em 04 de junho de 2009;

_____. **Services negotiations in the Doha round:** lost in flexibility? Journal of International Economic Law 9(4), 2006, p. 865-893;

_____; MATTOO, Aaditya. (Ed.). The GATS. In: **A handbook of international trade in services**. Oxford University Press, 2008, p. 67;

_____; ROY, Martin. **Turning hills into mountains?** Current commitments under the General Agreement on Trade in Services and prospects for changes. Journal of World Trade 39 (6): 1161-1194, 2005;

ALVAREZ, Cesar. **Plano Nacional de Banda Larga**. Brasília, 05 de maio de 2010. Disponível em: < <http://www.abinee.org.br/informac/arquivos/pnblcon.pdf>>. Acesso em 10 de agosto de 2010;

ANDI. **Regulação de Mídia e Direitos das Crianças e Adolescentes:** Uma análise do marco legal de 14 países latino-americanos, sob a perspectiva da promoção e proteção. Disponível em: <http://www.andi.org.br/noticias/articlefiles/22440-Regulacao_de_midia_e_infancia.pdf>. Acesso em 30 de agosto de 2009;

ARAÚJO, Leandro. As negociações internacionais e a regulamentação dos serviços audiovisuais. In: CELLI JUNIOR, Umberto. (coord). **Comércio de Serviços na OMC**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 273-288;

BAER, Jean-Michel. **L'exception culturelle**: Une règle en quête de contenus. En Temps Reel – Cahier 11 – Octobre 2003. Disponível em: <<http://en.temps.reel.free.fr/Cahier11.pdf>>. Acesso em 11 de agosto de 2008;

BAPTISTA, Patrícia. **A tutela da confiança legítima como limite ao exercício do poder normativo da administração pública**: a proteção das expectativas legítimas dos cidadãos como limite à retroatividade normativa. Revista de Direito da Câmara Municipal do Rio de Janeiro. Procuradoria Geral. Rio de Janeiro, v. 11, n.16, jan/dez. 2007. Disponível em: <<http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2007/revproc2007.pdf>>. Acesso em 20 de agosto de 2010;

BARRETO, Vicente. Multiculturalismo e Direitos Humanos: um conflito insolúvel? In BALDI, Cesar Augusto (org). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Renovar: Rio de Janeiro, 1ª edição, 2004, p. 15;

BARROSO, Luis Roberto. Liberdade de Expressão, Censura e Controle da Programação de Televisão na Constituição de 1988. In: **Temas de Direito Constitucional**, 2001, p. 345-6;

_____. **Regime Jurídico-Constitucional das atividades de jornalismo na internet**. Parecer jurídico encomendado pela ABERT – Associação Brasileira de Rádio e Televisão, sobre aplicação dos arts. 221 e 222 da CF 88 aos meios de comunicação social eletrônica que desenvolvem atividade de jornalismo, com destaque para os sites na internet, e especificamente para aqueles identificados como portais, 2009, p. 25;

BERKEY, Judson. Book review of: Sacha Wunsch-Vincent. **The WTO, the internet and trade in digital products**: EC- US perspectives. Kluwer Law International, Journal of World Trade 40(1): 215-217, 2006;

BERNIER, Ivan. **Local content requirements for films, radio, and television as a means of protecting cultural diversity**: Theory and Reality. 12 p. Disponível em: < <http://www.diverse-culturelle.qc.ca>>. Acesso em 03 de julho de 2008;

BEZZINA, Jérôme; TERRABA, Mostafa. Impacts of New Technologies on Regulatory Regimes. In: **Communications & Strategies**, Special Issue, WSIS, Tunis, November 2005, p.24;

BINENBOJM, Gustavo. **Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa**. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, n.5, fevereiro, março, abril de 2006, Salvador. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 03 de julho de 2010;

_____. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 292;

BITELLI, Marcos (org). **Coletânea de legislação de comunicação social**. Editora RT, 4ª edição, 2004;

BLACK, Sharon. **Telecommunications law in the internet age**. Morgan Kaufmann Publishers: San Francisco, chapter 5, 2002, p. 151-196;

BONENFANT-JEANNENEY, Camille; FAUTRELLE, Séverine. **La revision de la directive ‘television sans frontière’**: une adaptation du cadre réglementaire européen aux évolutions du paysage audiovisuel. Disponível em: <http://www.obs.coe.int/online-publication/reports/revision_directive_tvsf.pdf.en>. Acesso em 19 de março de 2009;

BORRERO, Elbey; RAJ, Gale. **GATS conditions to achieve developing country policy objectives**. South Centre, Occasional Papers Series, n° 13, March 2005, p 28;

BORSCHIVER, Suzana; et. al. **A classificação industrial e sua importância na análise setorial**. Ciência da Informação, vol.33 no.1 Brasília Jan./Apr. 2004. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-19652004000100002&script=sci_arttext>. Acesso em 02 de setembro de 2009;

BOSLAND, Jason. **Regulating for local content in the digital audiovisual environment** – a view from Australia. Melbourne Law School. Legal Studies Research Paper, n°. 216, March 2007. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/abstract=9695254>>. Acesso em 02 de junho de 2008;

BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2002. p.241-252 *apud* CELLI JUNIOR, Umberto. **Comércio de Serviços na OMC**: liberalização, condições e desafios. Curitiba: Juruá, 2009, p.38;

BRUNER, Christopher. **Culture, sovereignty, and Hollywood: Unesco and the future of trade in cultural products.** New York University Journal of International Law and Politics, vol. 40, 2008, p. 351-436. Disponível em: < <http://www.ssrn.com> >. Acesso em 02 de junho de 2008;

_____. UNESCO, the WTO, and Trade in Cultural Products. In: CHAISSE, Julien; BALMELLI, Tiziano (ed). **Essays on the future of the World Trade Organization.** Editions interuniversitaires suisses - Edis, vol.1, 2008, p. 385-424. Disponível em: < <http://www.ssrn.com> >. Acesso em 02 de junho de 2008;

CARVALHO, Evandro de Menezes. **The Juridical Discourse of the World Trade Organization: The Method of Interpretation of the Appellate Body's Reports.** Global Jurist: vol. 7: Iss. 1 (Topics), article 4, 2007, 24p. Disponível em: < <http://www.bepress.com/gj/vol7/iss1/art4> >. Acesso em 04 de outubro de 2010;

CASSESE, Sabino. ¿La crisis del estado? *apud* SOZZO. Gonzalo. **El problema del gobierno de los riesgos globales: una sociología del derecho transnacional y del derecho como mecanismo de gobierno de los riesgos**, p. 54-55. In: Prismas: Dir, Pol., Publ. e Mundial., Brasília, v. 5, p. 51-64, jan/julho 2008. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/prisma/article/view/4>>. Acesso em 07 de maio de 2009;

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede.** Tradução: Roneide Venâncio Majer. (A era da informação: economia, sociedade e cultura. vol. 1). São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 617;

CELLI JUNIOR, Umberto. **Comércio de Serviços na OMC.** Curitiba: Juruá, 2005, 312p;

_____. **Comércio de Serviços na OMC: liberalização, condições e desafios.** Curitiba: Juruá, 2009, 256p;

_____. Condições para as negociações do acordo sobre o comércio de serviços (GATS) na Organização Mundial do Comércio (OMC). In: **Revista de Direito de Informática e Telecomunicações – RDIT**, Belo Horizonte, v. 1, p.171-182, jul/dez. 2006;

_____. **Os Acordos de serviços (GATS) e de investimentos (TRIMS) na OMC: espaço para políticas de desenvolvimento.** CEBRI: Rio de Janeiro, vol. 1 (jan-mar), ano II, 2007;

CELLI JUNIOR; SANTANA, Cláudia. **Telecomunicações no Brasil: balanços e perspectivas.** Boletim de Licitações e Contratos, São Paulo, n. 05, p. 360-369, 2005;

CESNIK, Fabio. **Guia do Incentivo à Cultura.** Manole: São Paulo, 2ª edição, revisada e ampliada, 2007, p.1 e 19-28;

CHAO, Tina. **Gatt's cultural exemption of audiovisual trade:** the United States may have lost the battle but not the war. The University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, vol. 14, issue 4, 1996, p. 1132. Disponível em: <
[http://www.law.upenn.edu/journals/jil/articles/volume17/issue4/chao17v.Pa.JInt'lEcon.1.1127\(1996\).pdf](http://www.law.upenn.edu/journals/jil/articles/volume17/issue4/chao17v.Pa.JInt'lEcon.1.1127(1996).pdf)>. Acesso em 19 de maio de 2010;

_____. *apud* Clinton Says Emerging Uruguay Round Pact Is in U.S Interest Despite Shortcomings. Int'l Trade Daily (BNA). Dec. 16, 1993, available in LEXIS, News Library, BNAITD File;

_____. *apud* RIDING, Alan. **Months of Risk, Moments of Isolation, Now Boasts of Triumph.** N.Y. Times, Dec. 15, 1993, at D19;

COSSY, Mireille. **Determining "likeness" under the GATS:** squaring the circle? Staff Working Paper ERSD-2006-08, September 2006, p. 2-4;

COTTIER, Thomas. Die völkerrechtlichen Rahmenbedingungen der Filmförderung in der neuen Welthandelsorganisation WTO-GATT, Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht Sonderheft (1994), 749 *apud* HAROLD, Anna. **European Public Film Support within the WTO Framework;** Iris Plus Legal Observations Strasbourg, 2003, p. 48;

_____. **From progressive liberalization to progressive regulation in WTO law.** Journal of International Economic Law 9(4), 779-821, December 2006;

COPELAND, Brian; MATTOO, Aaditya. In: MATTOO, Aaditya; et. Al.(ed) **A handbook of international trade in services.** Oxford University Press, chapter 3, 2007, p. 84-132;

CORDOVIL, Leonor. **A convergência nas telecomunicações e sua influência no direito da concorrência.** In: Revista de Direito de Informática e Telecomunicações. RDIT, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, jul./dez. 2006, p. 88;

CUNHA, Ciro Leal. A Introdução do Comércio de Serviços na Regulação multilateral do Comércio: breve histórico. In: CELLI JUNIOR, Umberto (org). **Comércio de Serviços na OMC**. Curitiba: Juruá, 2005, p.23;

DAVID GRAHAM & ASSOCIATES. Impact Study Of Measures (Community and National) Concerning the promoting of Distribution and Production of TV Programmes Provided for under 25 (a) of the TV without Frontiers Directive, Final Report Prepared for the Audiovisual, Media and Internet Unit of DG Information Society, 24 May 2005, at p.18 *apud* NENOVA, Mira. **The reform of the EC audiovisual media regulations: television without cultural diversity**. Swiss National Centre of Competence in Research – NCCR Trade Regulation, working paper 2007/28, August 2007, p. 15;

DEHOUSSE, Franklin; HAVELANGE, Françoise. Aspects audiovisuels des accords du GATT : exceptions ou spécificité culturelle? In: DOUTRELEPONT, Carine (coord). **L'Europe et les enjeux du GATT dans le domaine de l'audiovisuel**. Centre de Droit de l'Information et de la Communication de la Faculté de Droit de l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles: Bruylant, 1994, p. 100-101;

_____; VAN HECKE, Karel. **Towards an Audiovisual Media Services Directive: an analysis of the Commission's proposal**. In: *Studia Diplomatica* < ISSN 0770-2965, vol. 58, issue 4, p. 139-151, 2005. Disponível em: < www.egmontinstitute.be/papers/06/eu/060606-AudioVis.directive.doc>. Acesso em 20 de setembro de 2008;

DELIMATIS, Panagiotis. **Due process and “good” regulation embedded in the GATS – Disciplining regulatory behavior in services through art. VI of the GATS**. *Journal of International Economic Law*, 10(1), 13–50, March 2007;

DE SALVIO, Gabriella. **A arbitragem na OMC: uma visão comparativa com a arbitragem como contraponto à justiça estatal**. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, volume XVIII (Direito Arbitral), Lúmen Júris Editora, 2006, p. 115-131;

_____. GATS. In BRANCO, Luizella (org.) **Manual de direito do comércio internacional e defesa comercial**. OAB/RJ, 2006, p. 34-38;

DESELAERS, Wolfgang; Köning, Michael. **The WTO millennium round and the audiovisual sector**. *International Trade Law & Regulation*, vol. 5, issue 6, p.147-152, December 1999;

DEY, Dinpankar. **From GATT to GATS: a historical perspective.** The ICFAI Journal of international Business Law, v. V, n. II, p. 8-21, April 2006;

EUROPEAN BROADCASTING UNION (Legal Department). **Audiovisual services and GATS:** EBU comments on US negotiating proposals of December 2000. Disponível em: <http://www.ebu.ch/CMSimages/en/leg_gats_us_tcm6-4397.pdf>. Acesso em 26 de agosto de 2010;

FIORATI, Jete. **As telecomunicações nos direitos interno e internacional:** o direito brasileiro e as regras da OMC. Renovar, 2004, 386p;

FISS, Owen. **The Supreme Court and the problem of Hate Speech.** Capital University Law Review, 1995, number 2 volume 24. Disponível em: <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/scourt_hatespeech.pdf>. Acesso em 25 de agosto de 2010;

FGV-Rio. **Espaço para a Produção Audiovisual Brasileira Independente na TV,** evento Conselho de Comunicação Social, março de 2004;

FOOTER, Mary E.; BEAT GRABER, Christopher. **Trade liberalization and cultural policy.** Journal of International Economic Law. Oxford University Press, vol. 3, n° 1, 2000, p.115-144;

FRYDMAN, B. et. al. Public strategies for internet co-regulation in the Unites States, Europe and China. In BROUSSEAU, E. MARZOUKI, M; MÉADEL, C., **Governance, regulations and powers on the internet.** Cambridge University Press, Cambridge, 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1282826>>. Acesso em 29 de junho de 2009;

GAO, Henry. Reflections on the relationship between WTO negotiations and dispute settlement: lessons from GATS. In: Tanigushi, Yasuhei; et.al.(ed.) **The WTO in the twenty-first century:** dispute settlement, negotiations and regionalism in Asia. Cambridge: Cambridge University Press, p.367-380, 2007;

_____. **The mighty pen, the almighty dollar, and the holy hammer and sickle:** an examination of the conflict between trade liberalization and domestic cultural policy with special regard to the recent dispute between the United States and China on restrictions on certain cultural products. Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy, vol. 2, n°. 2, p. 313-344, September 2007. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1019394>. Acesso em 02 de junho de 2008;

GIMELLO-MESPLOMB, Frederic; **The economy of 1950s popular French cinema**. Studies in French Cinema Journal (Grande Bretagne), vol. 6, 2, 2006. Disponível em: <<http://fgimello.free.fr/publications/1950-US.htm>>. Acesso em 10 de março de 2010;

GONZALEZ-DURÁNTEZ. **Telecommunications and GATS 2000**. International Trade Law & Regulation, vol. 5, issue 6, p.155-157, December 1999;

GRABER, Christopher. Audiovisual Media and the Law of the WTO. In: GRABER, Christopher; et. Al (ed). **Free trade versus cultural diversity: WTO negotiations in the field of audiovisual services**. Zürich: Schulthess, p. 15-64, 2004;

_____. Audiovisual policy: the stumbling block of trade liberalization? In: GERADIN, Damien e David Luff. (org). **The WTO and global convergence in telecommunications and audio-visual services**. Cambridge University Press, 2004;

GRIESHABER-OTTO, Jim; SANGER, Matt. **Perilous Lesson: The impact of the WTO Services Agreement (GATS) on Canada's public education system** (Centre for Policy Alternatives, Ottawa, 2002), at 29;

HAMWEY, Robert. **Expanding national policy space for development: why the multilateral trading system must change**. South Centre, Occasional Papers Series, n° 25, September 2005, p 30;

HARELIMANA, Jean Baptiste. **Analyse: Eye on recent trade versus culture WTO decision case, USA-China: Clash or beautiful friendship between the UNESCO Diversity Convention and international economic law?**, Réseau d'analyse et d'information sur l'actualité internationale, 16 août 2009. Disponível em: < <http://blog.multipol.org/post/2009/08/15/ANALYSE-%3A-Eye-on-recent-trade-versus-culture-WTO-decision-case,-USA-China-%3A-clash-or-beautiful-friendship-between-the-UNESCO-Diversity-Convention-and-international-economic-law>>. Acesso em 10 de junho de 2010;

HATFIELD, Dale. Why licence? In: ITU. **Trends in telecommunications reform 2004/2005 – licensing in an era of convergence**. Chapter 2, p. 25-36, 2004;

HEROLD, Anna. **European public film support within the WTO framework**. Going Horizontal. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2003, p. 44-50. Disponível em: < <http://www.obs.coe.int>>. Acesso em 10 de março de 2010;

HEROLD, Anna. **EU External policy in the audiovisual field:** From “cultural exception” to “cultural diversity”. ERA-Forum: scripta iuris europaei, Springer Berlin, 2005, volume 6, issue 1, p. 93-109;

HOECKMAN, Bernard. **Trade in services, trade agreements and economic development:** a survey of literature. Center for Economic Policy Research, CEPR Discussion Papers nr. 5760, 2006;

HONECK, Dale. Developing regulatory disciplines in Professional services: the role of the World Trade Organization. In: AHORONI, Yair; NACHUM, Lilach (ed). **Globalization of services. Some implications for theory and practice.** Routledge, London, 2000, p. 54;

KARMAKAR, Suparna. **Disciplining domestic regulation under GATS and its implications for developing countries:** an Indian case study. Journal of World Trade, 41(1): 127-158, 2007;

KEMBERY, Jonathan; ANGEL, John. Regulatory convergence: the impact of broadcasting and other laws. In: WALDEN, Ian; ANGEL, Johan (ed). **Telecommunications Law.** Blackstone Press: London, chapter 12, 2001, p. 407-427;

KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard. **The emergence of global administrative law.** Institute for International Law and Justice. New York University School of Law, International Law and Justice Working Papers 2004/1. vol. 68:15, p.15-61;

KIRJNER, Carlos. **A explosão da banda larga,** evento A Revolução da Convergência, Associação Brasileira de TV por Assinatura - ABTA 2010, São Paulo, 12 de agosto de 2010;

KHOR, Martin. **Plurilateral services requests made at WTO in 14 or more sectors,** Third Word Network (TWN), Geneva, 28 Feb 2006. Disponível em: < <http://www.twinside.org.sg/title2/twninfo365.htm>>. Acesso em 03 de julho de 2010;

KRAJEWESKI, Markus. **National regulation and trade liberalization in services:** The legal impact of the general agreement on trade in services (GATS) on national regulatory autonomy. Kluwer Law International, Haia, 2003; 245p;

_____. Public services and trade liberalization: mapping the legal framework *apud* PEREIRA, Cristina. **The liberalization of education under the WTO services agreement (GATS): a**

threat to public educational policy? Journal of International Economic Law. volume 2, issue 3, 2005, p. 40;

KRATTENMAKER, Thomas. **Telecommunications Law and Policy**. Carolina Academic Press, 1998, 2nd edition, p. 375;

KRASNER, Stephen. **Abiding sovereignty**. International Political Science Review, vol. 22, n° 3, 2001, p.229-251;

ICTSD. **Plurilateral services negotiations set to start on 27 March**, volume 10, número 10, 22 de março de 2006. Disponível em: < <http://ictsd.org/i/news/bridgesweekly/6277/>>. Acesso em 03 de julho de 2010;

_____. **Services: Plurilateral Requests Taking Shape**, volume 10, número 6, 22nd February 2006. Disponível em: <<http://ictsd.org/i/news/bridgesweekly/6264/>>. Acesso em 03 de julho de 2010;

INGHAM, Ana Paula. **Regulation of audiovisual media in a convergent environment** - the case of audiovisual content via the internet. Belo Horizonte: Editora Forum, 2007, p. 25;

LANZONI, Remi Fournier. **French Cinema: from its beginning to the present: The Continuum International Publishing Group Inc**, 2002, p.148. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=Nkyr7ARHY6sC&pg=PA148&lpg=PA148&dq=BlumByrnes+Agreement&source=bl&ots=sxsLubbm8u&sig=aE68NsUw4Wfl5iCjWs6Ncx6Sxg&hl=pt-BR&ei=yRaVS6-IDYKkuAfz3a20BQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=6&ved=0CCEQ6AEwBQ#v=onepage&q=&f=true>. Acesso em 08 de março de 2010;

LAROCHE, Pierre. **Communications convergence and public service broadcasting**. Working Papers series. Tilburg University, June, 2001. Disponível em: < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=832444>. Acesso em 02 de junho de 2008

LEAL, Ana. **O Papel das Organizações Internacionais no Marco Regulatório das Telecomunicações no Brasil**. Monografia Curso Especialização em Telecomunicações, Universidade de Brasília, novembro 2000;

LEROUX, Eric. **Eleven years of GATS case law: what have we learned?** Oxford University Press, Journal of International Economic Law 10 (4), 749-793, 2007;

LUFF, David. **Telecommunications and audio-visual services:** considerations for a convergence policy at the World Trade Organization Level. Journal of World trade 38(6): 1059-1086, 2004;

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. **A compatibilidade internacional do MERCOSUL.** Jus Navegandi, Teresina, ano 13, n. 1851, 26 jul.2008. Disponível em: < <http://www.jus.uol.com/texto/11541/a-compatibilidade-internacional-do-mercosul>>. Acesso em 04 de outubro de 2010;

MACHADO, Jónatas. Liberdade de programação televisiva: notas sobre os seus limites constitucionais negativos. In: SARLET, Ingo (org). **Direitos fundamentais, informática e comunicação:** algumas aproximações, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 119;

MANN, Catherine; et al. **Global Electronic Commerce.** Institute for International Economics: Washington, DC, July 2000, Chapters 3, 5 and 9, *passim*, 213p;

MARTINS, Marcus. **A realidade da convergência no Brasil.** In: ABDI. Revista de Direito de Informática e Telecomunicações – RDIT, ano 2, n. 2, p. 177-190, janeiro/junho 2007;

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes - fundamentos e seu regime jurídico.** Belo Horizonte: Fórum. 2005; p. 37-38;

McKENZIE, Robert. **Comparing Media Regulation Between France, the USA, Mexico and Ghana. (2005)** Comparative Media Law Journal, July – December, n. 6, pp. 129-170. Disponível em: < http://www.obs.co.int/oea_publ/iris_plus/iplus10_2009.pdf.en>. Acesso em 03 de julho de 2010;

McMAHON, Joseph. **Preserving and promoting differences?** The external dimension of cultural cooperation. Oxford University Press, p.327-352, 2004;

MOTION PICTURE OF AMERICA (MPAA). About us, disponível em <http://www.mpaa.org> *apud* BRUNER, Christopher. **Culture, sovereignty, and Hollywood:** Unesco and the future of trade in cultural products. New York University Journal of International Law and Politics, vol. 40, 2008, p. 354;

MATTOO, Aaditya. **Shaping future Gats rules for trade in services**. World Bank Policy Research Working Paper no. 2596, 2001, 37p;

_____; SAUVÉ, Pierre. Domestic Regulation and Service Trade Liberalization and Domestic Regulation and Trade in Services: Looking Ahead. In: MATTOO, Aaditya; SAUVÉ Pierre.(Ed). **Domestic Regulation & Service Trade Liberalization**. Washington: World Bank and Oxford University Press, 2003, p.01-06;

_____; SUBRAMANIAN, Arvind. **Regulatory autonomy and multilateral disciplines**: the dilemma and a possible resolution. *Journal of International Economic Law* (1998), n.2, p.303-322;

_____; STERN, Robert. Overview. In: MATTOO, Aaditya; et. al.(eds) **A handbook of international trade in services**. Oxford University Press, chapter 1, 2007, p. 3-32;

MAVROIDIS, Petros. **Highway XVI re-visited**: the road from non-discrimination to market access in GATS. Cambridge University Press, *World Trade Review* (2007), 6:1, p.1-23;

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 190;

MOREIRA, Benedicto. **A construção de uma política de exportação de serviços**. Texto para discussão. Associação de Comércio Exterior do Brasil – AEB. Disponível em: < <http://www.aeb.org.br>>. Acesso em 02 de junho de 2008;

MOREIRA, Vital. Auto-regulação profissional e Administração Pública, Coimbra: Almedina, 1997, p. 37 *apud* BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luis. **Limites da regulação: esboço para uma crítica metodológica do ‘novo direito público da economia’**. In: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 7, p. 137-147, jan/mar 2009.

MORRISON, Peter. WTO Dispute Settlement in Services: Procedural and Substantive Aspects In: PETERSMANN, Ernst-Ulrich; **International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System**, Kluwer Law international, 1997, capítulo 12, 382p.;

MUKHERJEE, Arpita; et al. **Indo-US FTA: Prospects of Audiovisual Services**. Indian Council for Research on International Economic Relations, working paper n. 192, February 2007, 81p.

Disponível em: < http://www.icrier.org/pdf/working_paper_192.pdf >. Acesso em 20 de agosto de 2010;

NARAYAN, Ali; et. Al. Licensing approaches in an era of convergence. In: ITU. **Trends in telecommunications reform 2004/2005** – licensing in an era of convergence. Chapter 5, 2004, p. 81-93;

NATIONAL GEOGRAPHIC SOCIETY CANADA, disponível em: <http://www3.nationalgeographic.com/places/countries/country_canada.html> e JAMES, Alison. Gaul Wall Won't Stall H'wood Anytime Soon. Variety, Oct. 31-Nov.6, 2005, at. 8 *apud* BRUNER, Christopher. **Culture, sovereignty, and Hollywood: Unesco and the future of trade in cultural products**. New York University Journal of International Law and Politics, vol. 40, 2008, p. 355;

NENOVA, Mira. **New technologies, new patterns of consumers/business behaviour and their implications for audiovisual media regulation**. Swiss National Centre of Competence in Research – NCCR Trade Regulation, working paper 2007/28, August 2007, 29 p. Disponível em: < <http://www.ssrn.com> >. Acesso em 02 de junho de 2008;

_____. **The reform of the EC audiovisual media regulations: television without cultural diversity**. Swiss National Centre of Competence in Research – NCCR Trade Regulation, working paper 2007/06, March 2007, 9 p. Disponível em: < <http://www.ssrn.com> >. Acesso em 02 de junho de 2008;

NIELSON, Julia. **Introduction to the GATS**. Vietnam Trade in Services and International Agreement Course (presentation), Hanoi, May 2005;

NIHOUL, P.L.G. A review of definitions under WTO Law. In: GERADIN, Damien; LUFF, David (Eds). **The WTO and global convergence in telecommunications and audio-visual services**. Cambridge University Press, 2004, p. 357-389;

PALMETER, David; MAVROIDS, Petros. **Dispute Settlement in the World Trade Organization**. Practice and Procedure. Second Edition, Cambridge University Press, 2004, p.85-302;

PAUWELYN, Joost. **Rien ne va plus?** Distinguishing domestic regulation from market access in GATT and GATS. World Trade Review (2005), 4: 2, 131–170. Disponível em: <<http://www.ssrn.com>> . Acesso em 02 de junho de 2008;

PENG, Shin-Yi. **Trade in telecommunications services**: Doha and beyond. Kluwer Journal of World Trade, 41(2): 293-317, 2007;

PEREIRA, Ana Cristina. **The Liberalization of Education Under the WTO Services Agreement (GATS): A Threat to Public Educational Policy?** Manchester Journal of International Economic Law, v. 2, issue 3, 2005, 42p;

_____. Solução de Controvérsias na OMC: teoria e prática. In: PEREIRA, Ana Cristina. [Coord.]. **Direito internacional do comércio**: mecanismo de solução de controvérsias e casos concretos na OMC. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.1;

PIERANTI, Octavio. Censura versus regulação de conteúdo: em busca de uma definição conceitual. In: SARAVIA, Enrique; et.al. **Democracia e regulação dos meios de comunicação de massa**. FGV Editora, cap. 8, 2008, p. 129-142;

_____; SANTOS, Susana. **Estudo comparativo de regras de must carry na TV por assinatura**. Agência Nacional de Telecomunicações. Brasília, julho de 2008, [?]p;

PEZCO PESQUISA & CONSULTORIA. **Análise econômica da concentração BrT-Oi**. São Paulo, 07 de julho de 2008, [?]p. Disponível em: < <http://www.telcomp.com.br>>. Acesso em 07 de julho de 2008;

_____. **Impactos econômicos das cotas e desestímulos ao capital estrangeiro no mercado brasileiro de televisão por assinatura**. São Paulo, 2008. Disponível em< <http://www.telcomp.com.br>>. Acesso em 02 de abril de 2008;

PINGEL-LENUZZA, Isabelle. **Audiovisuel**: Communautés européennes. Éditions du Juris-Classeur - 9, Fasc. 12, 1999, 27p;

_____. **Diversité culturelle et politique communautaire de l'audiovisuel**. Bruyant Bruxelles, [2004?], p. 191-204;

_____. **La nouvelle directive <Télévision sans Frontières> ou la lente structuration du droit communautaire de l' audiovisuel**. Revue des Affaires Européennes. Etudes, Perspectives, 2, October, (1999). Disponível em: < <http://www.cde.ua.es/dsi/ene00cu.htm>>. Acesso em 20 de setembro de 2008;

PINTO JUNIOR, Helder; FIANI, Ronaldo. Regulação Econômica, *apud* KUPFER, David; Hansenclever, Lia (org). **Economia Industrial**: fundamentos teóricos e práticas no Brasil. Editora Campos, cap.22;

PRADO, Luiz. **Audiência pública CADE**: A convergência tecnológica e seus impactos concorrenciais - Procedimento Administrativo nº 08700.001638/2007-67. Disponível em: < <http://www.convergenciadigital.com.br>>. Acesso em 02 de junho de 2008;

_____; et. al. **Mercado convergente de serviços de telecomunicações e serviços de valor adicionado**: problemas jurídicos e econômicos para fomentar a concorrência e a inovação tecnológica no Brasil. In: ABDI. Revista de Direito de Informática e Telecomunicações – RDIT, ano 2, n. 2, p. 151-176, janeiro/junho 2007;
RAMIRES, Eduardo. **Direito das Telecomunicações**: a regulação para a competição. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 62-67;

RANGEL, Manoel. Desafios para a regulação do conteúdo audiovisual no ambiente convergente. In: **Audiência pública Ancine**: A convergência tecnológica e seus impactos concorrenciais. Brasília, 23/08/07. Disponível em: < [HTTP://www.ancine.gov.br](http://www.ancine.gov.br)>. Acesso em 03 de março de 2008;

_____. **Desafios para uma regulamentação convergente** . Associação Brasileira de TV por Assinatura - ABTA 2010, São Paulo, 11 de agosto de 2010.

READING, Viviane. **The Audiovisual Media Services Directive**: the right instrument to provide legal certainty for Europe's media businesses in the next decade. ERA-Forum: scripta iuris europaei, Springer Berlin, issue 2, 2006;

REGOURD, Serge. **Le commerce et la culture au sein du GATS, et au delà**. ERA-Forum: scripta iuris europaei, Springer Berlin, issue 1, 2005, p. 87-92;

RICHARDSON, Bonnie. Hollywood's vision of a clear, predictable trade framework consistent with cultural diversity. In: GRABER, Christopher; et. Al. (eds). **Free trade versus cultural diversity**: WTO negotiations in the field of audiovisual services. Zürich: Schulthess, 2004, p. 111-126;

RICHARDSON, John. **International trade aspects of telecommunications services**. Common Market Review Law. Martinus Nijhoff Publishers, vol. 23, nº 2(1986), p. 385-399;

ROSEMAN, Daniel. **Domestic regulation and trade in telecommunications services: experience and prospects under the GATS**. In: Aaditya, Mattoo; et al. (eds.) Domestic regulation and service trade liberalization. World Bank Trade and Development Series, p. 83-107, 2003;

SÁEZ, Sebastian. **El comercio de servicios en el marco del sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio**. CEPAL- División de Comercio Internacional e Integración, series 60, 2005, 51p.;

SALOMON, Eve. **Guidelines for Broadcasting Regulation**. Commonwealth Broadcasting Association, 2008, 2nd Edition, 75p. Disponível em: < http://portal.unesco.org/ci/en/ev.php-URL_ID=29290&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html>. Acesso em 28 de agosto de 2010;

SARAVIA, Enrique. O novo papel do Estado e suas conseqüências na mídia. In: SARAVIA, Enrique et.al. **Democracia e regulação dos meios de comunicação de massa**. FGV Editora, cap. 4, 2008, p. 59-70;

SAYEG, Fernanda. A negociação dos e-services segundo o GATS. In: CELLI JUNIOR, Umberto. **Comércio de Serviços na OMC**. Juruá Editora, Curitiba, 2005, p. 241-257;

_____. **Regulamentação doméstica e o Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços na OMC**. IDCID- Textos de Discussão. Grupos de Estudos sobre Comércio e Serviços. Junho 2007, 31 p. Disponível em: < <http://www.idcid.org.br/files/692005-f5e74c2c8ee259e2714370d9e38f8fad.pdf> >. Acesso em 03 de março de 2008;

SAUVÉ, Pierre; MATTOO, Aaditya. Regionalism in Services Trade. In: Sauvé & Mattoo. RMS-WorldBank Services Project/Revised/Chapter 10 (RMS Edited 20/03/06; JLJ 1/4/06) (spellchecked) *apud* CELLI JUNIOR, Umberto. **Comércio de Serviços na OMC: liberalização, condições e desafios**. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p.126.

_____; STERN, Robert. **GATS 2000: new directions in services trade liberalization**. Center for Business and Progress – Harvard University e Brooking Institution Press – Washington DC, 2000;

SCHEURER, Alexander. **Traditional paradigms for new services?** The Commission proposal for a ‘Audiovisual Media Service Directive’. Communications & Strategies, n°62, 2nd quarter 2006, 71-91. Disponível em: < <http://www.ssrn.com/abstract=992849>>. Acesso em 02 de junho de 2008;

SERIGÓS, Francisco. **Manual para uma participación efectiva e las negociaciones sobre servicios** – Hacia una evaluación de los compromisos conforme al art. XIX del GATS. Red Latinoamericana de Política Comercial LATN, julho 2004. Disponível em: < <http://www.latn.org.ar> >. Acesso em 02 de junho de 2008;

SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, 1024 p;

SIMIS, Anita. **Dossiê Lei de Comunicação Social Eletrônica**. Estudos de Sociologia, Araraquara, v.13, n.24, p.81-83, 2008;

SOUTH CENTRE. **GATS dispute settlement cases: practical implications for developing implications for developing countries**. January 2005. Disponível em: < http://www.southcentre.org/index.php?option=com_content&task=view&id=370&Itemid=67 >. Acesso em 19 de março de 2009;

_____. **The Draft GATS Domestic Regulation Disciplines – Potential Conflicts with Developing Country Regulations**. Analytical Note, SC/AN/TDP/SV/12, Geneva, July 2009, 32 p;

SOUTO, Marcos Juruena. Desestatização: privatização, concessões e terceirizações. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997. In. MENEZELLO, Maria d'Assunção Costa. **Agências reguladoras e o direito brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 103;

SOZZO, Gonzalo. **El problema del gobierno de los riesgos globales: una sociología del derecho transnacional y del derecho como mecanismo de gobierno de los riesgos**, p. 54-55. In: Prismas: Dir, Pol., Publ. e Mundial, Brasília, v. 5, p. 51-64, jan/julho 2008. Disponível em: < <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/prisma/article/view/4> >. Acesso em 07 de maio de 2009;

STEPHENSON, Sherry. How does the GATS fulfill the objectives of services agreements? In: **Services liberalization by developing countries: is more progress possible regionally than under the GATS?** PSIO – Program for the Study of International Organization(s). Institut Universitaire de Haute Étude Internationales, WTO series number 08, 2001, [p.?];

STEWART, Terence P. **The GATT Uruguay round: a negotiating history (1886-1992)**, Nova Iorque: Aspen Publishers, 1996, v. II, p. 2341- 2425;

STUMBERG, Robert. **GATS Negotiations on Domestic Regulation**. Harrison Institute for Public Law, Georgetown Law, [Discussion Draft of May 19, 2010], p. 2;

TANG, Yi. Telecomunicações: condições do Brasil em Doha. In: CELLI JUNIOR, Umberto (coord). **Comércio de Serviços na OMC**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 107-130;

TIMOFEEVA, Yulia. **Establishing legal order in the digital world**: local laws and internet content regulation. First international conference on Legal, Security and Privacy Issues in IT Law, 2006. Disponível em: < <http://ssrn.com> >. Acesso em 29 de junho de 2009;

TRACHTMAN, Joel. **Negotiations on domestic regulation and trade in services (GATS VI)**: A legal analysis of selected current issues. EUI-RCSAS, 2005, p. 329-343;

_____. **Regulatory Jurisdiction and the WTO**. Oxford University Press, Journal of International Economic Law 10 (3), 631-651, 2007;

_____. NICOLAIDIS, Kalypso. From policed regulation to managed recognition: mapping the boundary in GATS. In: **The International economic law revolution and the right to regulate**. London: Cameron May, p. 281-321, 2006;

TREBILCOCK, Michael; HOWSE, Robert. **The Regulation of International Trade**. London: Routledge, 1st, 1995, chapter 9, p.227;

VOON, Tania. **A new approach to audiovisual products in the WTO**: rebalancing GATT and GATS. Melbourne Law School. Legal Studies Research Paper, n°. 244, September 2007. Disponível em: < <http://www.ssrn.com/abstract=1012213> >. Acesso em 02 de junho de 2008;

_____. **UNESCO and WTO**: a Clash of cultures? 55 (3) International and Comparative Law, Quarterly 635, Oxford University Press, July 2006. Disponível em: < <http://www.worldtradelaw.net/articles/voonunesco.pdf> >. Acesso em 11 de março de 2010;

XAVIER, Helena. **O regime especial da concorrência no direito das telecomunicações**. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2003, Cap. 1, passim;

WALDEN, Ian. **Regulating broadcasting in a converging environment**: without frontiers and without a fuss! In: Associação Brasileira de Direito de Informática. Revista de Direito de Informática e Telecomunicações – RDIT, ano 2, n. 2, janeiro/junho 2007, p. 129- 149;

_____. Ian. Telecommunications law and regulation: an introduction. In: WALDEN, Ian; ANGEL, Johan (ed). **Telecommunications Law and Regulation**. London: Blackstone Press, chapter 1, 2001, p. 1-5;

_____. **The international regulatory regime**. London: Blackstone Press, chapter 10, 2001, p. 346-381;

WEISER, Philip. **The future of internet regulation**. Legal Studies Research Paper Series. University of Colorado Law School. Working Paper number 09-02, February 2, 2009. Disponível em: < <http://ssrn.com/abstract=1344757>>. Acesso em 29 de junho de 2009;

WITTE, B. Trade in culture: International legal regimes and EU Constitutional Values. In: BURCA, G; SCOTT, J. (eds). The EU and the WTO. Legal and Constitutional Issues. Oxford: Hart Publishing, 2001, p. 237-255 *apud* HEROLD, Anna. **EU External Policy in the Audiovisual Field**: from “cultural exception” to “cultural diversity”. ERA Forum: scripta iuris europaei, number 6, issue 1, 2005, p.95;

WOUTERS, Jan; COPPENS, Dominic. Domestic regulation within the framework of GATS. In: WOUTERS, Jan; MANSOOR, Farkhanda (org.) **WTO obligations and opportunities**: challenges of implementation. London: Cameron May, 2007, p.25-84;

WUNSCH-VINCENT, Sacha. **The digital trade agenda of the U.S**: parallel tracks of bilateral, regional and multilateral liberalization. Aussenwirtschaft, 58. Jahrgang (2003), Heft I, Zürich: Rüegger, S. 7-46;

WTO.Secretariat. **Guide to the GATS**: An overview of issues for further liberalization of trade in services, Kluwer Law International; 2001, p.133-151;

_____. Staff Working Paper. **Determining "likeness" under the GATS**: Squaring the circle?. WTO Economic Research and Statistics Division (ERSD), September 2006, p.46;

WTO. **Status Report on the GATS Working Party on Domestic Regulation**, 10 March 2010. Disponível em: < <http://www.iatp.org/trdeobservatory/library.efm?categoryID=428>>. Acesso em 20 de agosto de 2010;

ZDOUC, Werner. **WTO dispute Settlement Practice relating to the GATS**. Journal of International Economic Law (1999), Oxford University Press, p. 295 -383;

Documentos jurídicos oficiais nacionais

BRASIL.ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. **Parecer nº. 0479 - 1.16/2010/SJL/GAB/CONJUR-MC/AGU** Aplicação das restrições do art. 222 da CRFB/88 processo nº 00400.001426/2010-58. Interessado: Consultoria-Geral da União/AGU, nº. 34, p. 8;

_____. **Parecer/MC/CONJUR/MBH/nº2059-5.01/2008** Projeto de Lei n. 29, de 2007 que “dispõe sobre a organização e exploração das atividades de comunicação social eletrônica e dá outras providências”. Processo convergência tecnológica *apud* Pyramid Research at The Economist, 2006, p.9;

_____. ANATEL. **Plano Geral de Atualização da Regulamentação**, de 18 de outubro de 2008. Disponível em: <http://anatel.gob.br>. Acesso em 20 de agosto de 2009;

_____. CAMARA DOS DEPUTADOS. **Parecer sobre Projeto de Lei 29, de 2007**. Dispõe sobre a organização e exploração das atividades de comunicação social eletrônica e dá outras providências. Disponível em: < www.paytv.com.br/arquivos/pl29_minicom.zip> Acesso em 16 de setembro de 2008;

_____. _____. **Projeto de Lei nº 29**, de 5 de fevereiro de 2007. Dispõe sobre a organização e exploração das atividades de comunicação social eletrônica e dá outras providências. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br>>. Acesso em 03 de março de 2008;

BRASIL. CAMARA DOS DEPUTADOS . **Projeto de Lei nº 3235/2000**, que dispõe sobre a veiculação de programação educativa para crianças, por meio dos canais de radiodifusão de sons e imagens, e estabelece sanções pelo seu descumprimento;

_____. _____. **Substitutivo da Comissão de Ciência e Tecnologia**, Comunicação e Informática, de 9 de dezembro de 2009, ao PL 29, de dezembro de 2007;
BRASIL. **Constituição** (1988). Saraiva, 39ª ed. atual., 2006;

_____. **Decreto S/N, de 21 de julho de 2010**. Cria Comissão Interministerial para elaborar estudos e apresentar propostas de revisão do marco regulatório da organização e exploração dos serviços de telecomunicações e de radiodifusão. Publicado no DOU em 22 de julho de 2010. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22 de julho de 2010;

_____. **Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994**. Aprova a Ata Final que incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Publicado no Diário Oficial da União [DOU] em 31 de dezembro de 1994. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10 de novembro de 2008;

_____. **Decreto nº 2.206, de 14 de abril de 1997**. Cria o regulamento do serviço de televisão a cabo. Publicado no DOU em 15 de abril de 1997. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10 de novembro de 2008;

_____. **Decreto nº 4.858, de 13 de outubro de 2003**. Dispõe sobre a composição e funcionamento do Conselho Superior do Cinema, e dá outras providências. Publicado no DOU em 14 de outubro de 2003. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10 de novembro de 2008;

_____. **Decreto nº 6.177, de 1º de agosto de 2007**. Promulga a Convenção sobre Proteção e Promoção de Diversidade das Expressões Culturais, de 20 de outubro de 2005. Publicada no DOU em 2 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 20 de agosto de 2009;

_____. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Publicado no DOU em 15 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 20 de agosto de 2009;

_____. **Decreto nº 7.064, de 14 de janeiro de 2010**, dispõe sobre a Execução do Quinquagésimo Terceiro Protocolo Adicional do Acordo de Complementação Econômica nº 35,

que aprova o protocolo sobre comércio de serviços entre os Estados Partes do Mercado Comum do Sul [MERCOSUL] e o Governo da República do Chile. Publicado no DOU em 22 de janeiro de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7064.htm>. Acesso em 14 de outubro de 2010.

BRASIL. Decreto nº 52.795, de 31 de outubro de 1963. Aprova o Regulamento dos Serviços de Radiodifusão. Publicado no DOU em 12 de novembro de 1963. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10 de novembro de 2008;

_____. **Decreto nº 95.744, de 23 de fevereiro de 1988.** Aprova o Regulamento do Serviço Especial de TV por Assinatura – TVA. Publicado no DOU 24 de fevereiro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10 de novembro de 2008;

_____. **Decreto Legislativo nº 485/2006, de 20 de dezembro.** Aprova o texto da Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, em 20 de outubro de 2005. Publicado no DOU em 22 de dezembro de 2006. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 20 de agosto de 2009;

_____. **Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995.** Altera o inciso XI e a alínea "a" do inciso XII do art. 21 da Constituição Federal. Publicado no DOU em 16 de agosto de 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 20 de agosto de 2009;

_____. **Emenda Constitucional nº 36, de 28 de maio de 2002.** Dá 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. Publicado no DOU em 29 de maio de 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 20 de agosto de 2009;

_____. **Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962.** Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. Publicado no DOU em 05 de outubro de 1962. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 20 de agosto de 2009;

_____. **Lei nº 5.792, de 11 de julho de 1972.** Institui Política de Exploração de Serviços de Telecomunicação, autoriza o Poder Executivo a constituir a Empresa Telecomunicações Brasileiras S/A – Telebras e dá outras providências. Publicado no DOU em 13 de julho de 1972. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 20 de agosto de 2009;

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Publicado no DOU em 16 de julho de 1990;

_____. **Lei nº 8.977, de 6 de janeiro de 1995.** Dispõe sobre o serviço de televisão a cabo e dá outras providências. Publicado no DOU em 9 de janeiro de 1995;

_____. **Lei nº 9.472, de 16 de junho de 1997.** Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da EC nº. 8, de 1995. Publicado no DOU em 17 de julho de 1997. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 20 de agosto de 2009;

_____. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.** Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Publicado no DOU em 20 de fevereiro de 1998. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 20 de agosto de 2009;

_____. **Lei nº 10.359, de 27 de dezembro de 2001.** Dispõe sobre a obrigatoriedade de os novos aparelhos de televisão conterem dispositivos que possibilitem o bloqueio temporário da recepção de programação inadequada. Publicado no DOU em 28 de dezembro de 2001. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 20 de agosto de 2009;

_____. **Lei nº 10.610, de 20 de dezembro de 2002.** Regulamenta a participação de capital estrangeiro nas empresas jornalísticas e de radiodifusão, e alterou os dispositivos do CBT de modo a adequar a regulamentação do setor de radiodifusão. Publicada no DOU em 21 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 20 de agosto de 2009;

_____. **Lei nº 11.437, de 28 de dezembro de 2006.** Altera a destinação de receitas decorrentes da Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional-CONDECINE, criada pela Medida Provisória n. 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, visando ao financiamento de programas e projetos voltados para o desenvolvimento das atividades audiovisuais; altera a Medida Provisória n. 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e a Lei n. 8.685, de 20 de julho de 1993, prorrogando e instituindo mecanismos de fomento à atividade audiovisual; e dá outras providências. Publicada no DOU em 29 de dezembro de 2006. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 20 de agosto de 2009;

_____. **Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001.** Estabelece princípios gerais da Política Nacional do Cinema, cria o Conselho Superior do Cinema e a Agência Nacional do Cinema - ANCINE, institui o Programa de Apoio ao Desenvolvimento do Cinema Nacional - PRODECINE, autoriza a criação de Fundos de Financiamento da Indústria Cinematográfica

Nacional - FUNCINES, altera a legislação sobre a Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional e dá outras providências. Publicado no DOU em 10 de setembro de 2001. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 20 de agosto de 2009;

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Portaria nº 264, de 9 de fevereiro de 2007**. Regula a classificação indicativa de programas, filmes ou qualquer obra audiovisual exibidos por emissora de TV. Publicada no DOU em 13 de maio de 2007; Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 20 de agosto de 2009;

_____. MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. **Consulta Pública nº 22, 16 de junho de 2008**. Proposta de Plano Geral de Atualização da Regulamentação das Telecomunicações no Brasil - PGR. Disponível em: <<http://www.mc.gov>>. Acesso em 16 de junho de 2008;

_____. _____. **nº 23, 22 de abril de 2008**. Atualização das Políticas Públicas em Telecomunicações. Disponível em: < <http://www.mc.gov> >. Acesso em 22 de abril de 2008;

_____. _____. **Plano Nacional de Banda Larga**, de 5 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 21 de agosto de 2009;

_____. _____. e ANATEL. **Convênio nº 1**, de 31 de julho de 2007. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 21 de agosto de 2009;

_____. _____. **Portaria nº 254, de 16 de abril de 1997**. Aprova a Norma 002/94 – Rev. 97, que aprova o serviço de sinais de distribuição multiponto e multicana (MMDS). Publicada no DOU em 17 de abril de 1997. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 20 de agosto de 2009;

_____. _____. **Portaria nº 321, de 21 de maio de 1997**. Aprova a Norma 008/97 sobre serviço de distribuição de sinais de televisão e de áudio por assinatura via satélite (DTH). Publicada no DOU em 22 de maio de 1997. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 20 de agosto de 2009;

_____. _____. **Portaria nº 178, de 22 de abril de 2008**. Dispõe de diretrizes sobre a implementação de Políticas Públicas em Telecomunicações. Publicada no DOU em 23 de abril de 2008. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 20 de agosto de 2009;

BRASIL. MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. **Resolução nº 1, de 10 de setembro de 2009.** Cria a 1ª Conferência Nacional de Comunicação [CONFECOM]. Publicada no DOU em 14 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 20 de agosto de 2009;

_____. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES – Camex. **Comunicado sobre a retaliação aos EUA na área de direitos de propriedade intelectual.** Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/sitio/interna/noticia.php?area=1¬icia=9657>>. Acesso em 19 de setembro de 2010;

_____. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DE SÃO PAULO. **Promoção de Arquivamento.** Peça Informativa nº 1.34.001.006715/2010-11 da Procuradoria da República no Estado de São Paulo. Requerentes: Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT e Associação Nacional de Jornais – ANJ. Requerida: Terra Networks Brasil Ltda. e Empresa Jornalística Econômica S.A, de 16 de agosto de 2010;

_____. SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei iniciado na Câmara – PLC nº 116, de 21 de junho de 2010.** Dispõe sobre a organização e exploração das atividades de comunicação social eletrônica e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22 de junho de 2010;

Legislações e documentos oficiais estrangeiros

AUSTRÁLIA. **Australian Content Standard**, de 1995. Disponível em: <<http://www.acma.gov.au/webwr/aba/tv/content/documents/broadcasting%20svces%20-%20australian%20content%20standard%202005.pdf>>. Acesso em 20 de agosto de 2009;

CANADA. **Canadian Broadcast Act**, de 1991. Disponível em : <<http://www.crtc.gc.ca/eng/redirect.asp?URL=http://laws.justice.gc.ca/en/B-9.01/>>. Acesso em 20 de agosto de 2009;

REINO UNIDO. **Communications Act**, de 2003. Disponível em : <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/21/contents>>. Acesso em 20 de agosto de 2009;

MERCOSUL; UNIÃO EUROPEIA. **Sétima Rodada de Negociação de Compromissos Específicos em matéria de Serviços**, de 7 de dezembro de 2009 [MERCOSUL/CMC/DEC. nº 21/09]. Disponível em: <<http://www.mercosur.int.rnt/show?contentid+1028>>. Acesso 4 de outubro de 2010.

UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais** (2000/C 364/01), de 7 de dezembro. Disponível em: < http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em 26 de agosto de 2010;

_____. **Diretiva 89/552/CEE**, de 3 de outubro de 1989, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao exercício de actividades de radiodifusão televisiva (Diretiva TV sem Fronteiras). Disponível em: < http://europa.eu/pol/av/index_pt.htm>. Acesso em 26 de agosto de 2010;

_____. **Diretiva Serviços de Comunicação Social Audiovisual**, de 2007, e alterada em 2010. Altera a Directiva 89/552/CE do Conselho relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao exercício de actividades de radiodifusão televisiva. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/audiovisual_and_media/l24101a_pt.htm>. Acesso em 26 de agosto de 2010;

_____. **Decisão 2006/515/CE**, de 18 de Maio de 2006, relativa à celebração da Convenção sobre a Protecção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, aprovou a Convenção da Unesco em nome da Comunidade. Disponível em : < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:201:0015:0030:PT:PDF>>. Acesso em 26 de agosto de 2010;

_____. COMISSÃO EUROPEIA. **Media Program 2007**. Disponível em: < http://www.ec.europa.eu/culture/mida/programme/overview/2007/consultation/index_en.htm>. Acesso em 04 de outubro de 2010;

_____. COMISSÃO EUROPEIA. **Novo regulador europeu das telecomunicações entra em funções**. Disponível em: < <http://europa.eu/rapid/pressReleaseActions.do?reference>>. Acesso em 23 de setembro de 2010;

_____. COMISSÃO EUROPEIA. **The Telecom Reform**. Disponível em: http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecom/tomorrow/index_en.htm>. Acesso em 23 de setembro de 2010;

UNITED STATES.FCC. **Notice of Inquiry (net neutrality)**, 17 de junho de 2010. Disponível em <http://www.broadband.gov/>. Acesso em 29 de junho de 2010;

UNITED STATES.FCC . **Telecommunications Act**, de 1996. Disponível em: < <http://www.fcc.gov/telecom.html>>. Acesso em 26 de agosto de 2010;

_____.USTR. **Manual in Statistics on International Trade in Services**, Statistical Papers, Series M nº 86, 2002, p. 19. Disponível em: < <http://www.ustr.gov>>. Acesso em 26 de agosto de 2010;

UNESCO. **Convention on the protection and promotion of the diversity of cultural expressions**. Paris, 20 October 2005. Disponível em: < <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001429/142919e.pdf> >. Acesso em 03 de março de 2008; UNESCO; UNCTAD. **Meeting of experts on audiovisual services: improving the participation of developing countries**. UNESCO Secretariat, Paris, October 2002. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001591/159176e.pdf>>. Acesso em 03 de março de 2008;

WTO. **Declaração de Hong Kong, Anexo C**. Disponível em: < http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min05_e/final_text_e.htm>.. Acesso em 14 de agosto de 2007;

_____.GATS/EL/13. BRASIL. **Lista de Isenções ao Artigo II do GATS**, de 15 de abril de 1994. Disponível em: < <http://docsonline.wto.org>>. Acesso em 09 de setembro de 2010;

_____.GATS/EL/13/Suppl.1. BRASIL. **Lista de Isenções ao Artigo II do GATS** , de 11 de abril de 1997. Disponível em: < <http://docsonline.wto.org>>. Acesso em 09 de setembro de 2010;

_____. GATS/SC/13/Suppl.2.BRASIL.**Lista de Compromissos Específicos**, de 11 de abril de 1997. Disponível em: < <http://docsonline.wto.org>>. Acesso em 09 de setembro de 2010;

_____.S/C/W/160. BRASIL **Lista Revisada de Compromissos Específicos**, de 13 de julho de 2000. Disponível em: < <http://docsonline.wto.org>>. Acesso em 09 de setembro de 2010;

_____.GATS/SC/90. USA. **Schedule of Specific Commitments**, de 15 de abril de 1994. Disponível em: < <http://docsonline.wto.org>>. Acesso em 09 de setembro de 2010;

_____.GATS/SC/90/Suppl.2. USA. **Schedule of Specific Commitments**, de 11 de abril de 1997. Disponível em: < <http://docsonline.wto.org>>. Acesso em 09 de setembro de 2010;

WTO.GATS/SC/90/Suppl.2. UE. **List of Article II (MNF) GATS Exemptions**. Disponível em: < <http://docsonline.wto.org>>. Acesso em 09 de setembro de 2010;

_____.GATS/SC/31/Suppl.3. UE.**Lista de Compromissos Específicos**, de 11 de abril de 1997. Disponível em: < <http://docsonline.wto.org>>. Acesso em 09 de setembro de 2010;

_____. GATS/EL/31.UE. **Lista de Isenções ao Artigo II (NMF) do GATS**, de 15 de abril de 1994. Disponível em: < <http://docsonline.wto.org>>. Acesso em 09 de setembro de 2010;

_____. JOB(08)/93. **Trade Negotiations Committee**, de 30 de julho de 2008. <http://docsonline.wto.org>. Acesso em 11 de novembro de 2008;

_____. MTN.GNS/W/120. **Lista de Classificação Setorial de Serviços**, de 10 de julho de 1991. Disponível em: < http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/mtn_gns_w_120_e.doc>. Acesso em 30 de agosto de 2007;

_____. S/C/310, Council for Trade in Services, **Audiovisual Services**, parágrafo 49. Disponível em: < <http://docsonline.wto.org>> Acesso em 29 de junho de 2010;

_____. S/CSS/W/21. Council for Trade in Services, **Communication from the United States – Audiovisual and Related Services**, (18 December 2000), parágrafo 1. Disponível em: < http://docsonline.wto.org/GEN_viewerwindow.asp?http://docsonline.wto.org:80/DDFDdocuments/t/S/CSS/W21.doc>. Acesso em 19 de julho de 2010;

_____. S/CSS/W/74. Council for Trade in Services, **Communication from Switzerland – Audiovisual services - S/CSS/W/74** (4 May 2001). Disponível em: < http://docsonline.wto.org/GEN_viewerwindow.asp?http://docsonline.wto.org:80/DDFDdocuments/t/S/CSS/W74.doc>. Acesso em 19 de julho de 2007;

_____. S/CSS/W/99. Council for Trade in Services, **Communication from Brazil – Audiovisual services - (9 July 2001)**. Disponível em: < http://docsonline.wto.org/GEN_viewerwindow.asp?http://docsonline.wto.org:80/DDFDdocuments/t/S/CSS/W99.doc>. Acesso em 19 de julho de 2007;

WTO. S/L/64. **Accountancy Services**, de 17 de dezembro de 1998. Disponível em: <http://docsonline.wto.org/GEN_viewerwindow.asp?http://docsonline.wto.org:80/DDFDocuments/t/S/L/64.DOC>. Acesso em 11 de novembro de 2008;

_____. S/C/W/310. Note Council for Trade in Services. **Audiovisual Services**, parágrafo 29. Disponível em: <<http://docsonline.wto.org>>. Acesso em 29 de junho de 2010;

_____. S/C/W/299. Council for Trade in Services, **Telecommunication Services**, Background Note by the Secretariat, 10 June 2009, p. 20. Disponível em: <www.wto.org>. Acesso em 30 de junho de 2009;

_____. S/WPDR/W/27. **Necessity tests in the WTO**, de 2 dezembro de 2003, p. 1; Disponível em: <www.wto.org>. Acesso em 30 de agosto de 2009;

_____. **The Legal Texts**. The results of the Uruguay round of multilateral trade negotiations. Cambridge University Press, 1999, p. 286-319;

_____. TN/S/33. Council for Trade in Service, Special Session, **Elements required for the completion of the negotiation**, de 26 de maio de 2008. Disponível em: <<http://docsonline.wto.org>>. Acesso em 11 de novembro de 2008;

_____. TN/S/O/BRA/REV. BRASIL. **Oferta Revisada**, de 10 de junho de 2005. Disponível em: <<http://docsonline.wto.org>>. Acesso em 09 de setembro de 2010;

_____. TN/S/O/USA. **Initial Offer**, de 9 de abril de 2003. Disponível em: <<http://docsonline.wto.org>>. Acesso em 09 de setembro de 2010;

_____. TN/S/O/EEC/Rev.1. UE. **Oferta Revisada Condicional**, de 29 de junho de 2005. Disponível em: <<http://docsonline.wto.org>>. Acesso em 09 de setembro de 2010;

_____. TN/S/W/2. Council for Trade in Services - Special Session - **Communication from Cuba** - Negotiating Proposal on Telecommunications Services, de 30 de maio de 2002. Disponível em: <<http://docsonline.wto.org>>. Acesso em 19 de junho de 2008;

WTO. S/CSS/W/17. Council for Trade in Services - Special Session - **Communication from Australia** - Negotiating Proposals on Telecommunication Services, 5 de dezembro de 2000. Disponível em: < <http://docsonline.wto.org> >. Acesso em 19 de junho de 2008;

_____. TN/S/35. Council for Trade in Services. Special Session. **Negotiations on Trade in Services** 22 March 2010, paragraph 7. Disponível em: < <http://docsonline.wto.org> >. Acesso em 19 de junho de 2008;

_____. TN/S/W/35. Council for Trade in Services. Committee on Specific Commitments. Special Session. **Communication from the United States**. Classification in the Telecommunications Sector under the WTO-GATS Framework, de 22 de fevereiro de 2005. Disponível em: < <http://docsonline.wto.org> >. Acesso em 19 de junho de 2008;

_____. TN/S/W/49. Council for Trade in Services. **Communication from Hong Kong China, Japan, México, The Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen and Matsu, and United States**. Joint Statement on the Negotiations on Audiovisual Services, de 30 de junho de 2005. Disponível em: < <http://docsonline.wto.org> >. Acesso em 19 de junho de 2008;

_____. TN/S/W/50. Council for Trade in Services. Special Session. **Communication from Australia, Canada, the European Communities, Japan, Hong Kong China, Korea, Norway, Singapore, the Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen and Matsu, and the United States**. Liberalization of Telecommunications, de 1 de julho de 2005. Disponível em: < <http://docsonline.wto.org> >. Acesso em 19 de junho de 2008;

_____. S/CSS/W/30. Council for Trade in Services. Special Session. **Communication from the United States**. Market Access in Telecommunications and Complementary Services: the WTO's Role in Accelerating the Development of a Globally Networked Economy, de 18 de dezembro de 2000. Disponível em: < <http://docsonline.wto.org> >. Acesso em 19 de junho de 2008;

_____. S/CSS/W/53. Council for Trade in Services. Special Session. **Communication from Canada**. Initial Negotiating Proposal on Telecommunication Services, de 14 de março de 2001. Disponível em: < <http://docsonline.wto.org> >. Acesso em 19 de junho de 2008;

_____. S/CSS/W/72. Council for Trade in Services. Special Session. **Communication from the European Communities and their Member States**. GATS 2000: Telecommunications, de 4 de maio de 2001. Disponível em: < <http://docsonline.wto.org> >. Acesso em 19 de junho de 2008;

WTO. S/CSS/W/72. Council for Trade in Services. Special Session. **Communication from Switzerland** - GATS 2000: Telecommunications, de 4 de maio de 2001. Disponível em: < <http://docsonline.wto.org> >. Acesso em 19 de junho de 2008;

_____. S/CSS/W/83. Council for Trade in Services. Special Session. **Communication from the Republic of Korea** - Negotiating Proposal for Telecommunication Services, de 11 de maio de 2001. Disponível em: < <http://docsonline.wto.org> >. Acesso em 19 de junho de 2008;

_____. S/CSS/W/119. Council for Trade in Services. Special Session. **Communication from Colombia**. Telecommunications Services, de 27 de novembro de 2001. Disponível em: < <http://docsonline.wto.org> >. Acesso em 19 de junho de 2008;

_____. WPDR. **Disciplines on Domestic Regulation Pursuant to GATS Article VI:4**, Annotated Text, Informal Note by Chairperson, Room Document (March 14, 2010)

_____. WT/ACC/CHN/49/Add.2. **Working party on China Accession**, de 1 October 2001. Disponível em: < <http://docsonline.wto.org> >. Acesso em 19 de junho de 2008;

_____. WT/MIN(05)/W/3/Rev.2. **Hong Kong Ministerial Declaration**. Disponível em: <http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min05_e/final_text_e.pdf.> Acesso em 23 de agosto de 2009;

_____. W/S/C/W/40. **Audiovisual Services**. Background Note by the Secretariat, de 15 de junho de 1998. Disponível em: <<http://docsonline.wto.org> >. Acesso em 10 de novembro de 2008;

Publicações em revistas especializadas e jornais

ALECRIM, Emerson. **Bittorrent**: o que é e como funciona. Disponível em: < <http://www.infowester.com/bittorrent.php> >. Acesso em 29 de junho de 2010;

AQUINO, Miriam. **Novo marco unirá radiodifusão e telecomunicações em uma única lei**. Tele Síntese, 19 de agosto de 2010. Disponível em: < <http://www.telesintese.com.br/index.php/plantao/15614-novo-marco-unira-radiodifusao-e-telecomunicacoes-em-uma-unica-lei> >. Acesso em 19 de agosto de 2010;

AQUINO, Miriam . **Novo arranjo institucional prevê a criação da Anacom.** Mas a Ancine resiste. São Paulo: Momento Editorial, nº. 260, 24 de setembro de 2005. Disponível em: <<http://www.telesintese.com.br>>. Acesso em 24 de setembro de 2010.

BARRETO, Petrus. **O audiovisual no comércio internacional e os debates na OMC.** Tela Viva, Jan/Fev 2005, p. 62;

BRAGA, Glória. **Anteprojeto de lei autoral** – uma reflexão, Jornal do Brasil, 18 de julho de 2010;

CENTRO DE ESTUDOS DAS SOCIEDADES DE ADVOGADOS. **Guia legal para o investidor estrangeiro no Brasil.** Parte XVI (Telecomunicações), 2005:

CLAYTON, Jonathan. **Nollywood Success Puts Nigeria's Film Industry in Regional Spotlight**, The Times, 3 April 2010. Disponível em: <<http://www.timesonline.co.uk/tol/news/world/africa/article7086248.ece>>. Acesso em 26 de junho de 2010;

COMUNICAÇÃO SOCIAL/MINC. **Convenção Internacional: ministro da Cultura, Gilberto Gil, empenhou-se pessoalmente para a aprovação do acordo.** Fundação Cultural Palmares. Disponível em: <http://www.palmares.gov.br/003/00301009.jsp?ttCD_CHAVE=504> . Acesso em 03 de março de 2010;

DELFAU, Vincent. **Christine Albanel, piètre avocate de son projet de loi.** Le Monde Informatique.fr . Disponível em: <<http://www.lemondeinformatique.fr/actualites/lire-hadopi-christine-albanel-pietre-avocate-de-son-projet-de-loi-28094.html>>. Acesso em 13 de junho de 2009;

D'ERCOLE, Ronaldo; RODRIGUES, Lino. **Canais brasileiros estão entre os mais assistidos na TV por assinatura.** O Globo, 11 de agosto de 2009, p. 27;

DIAS, Tatiana de Mello. **Chile garante em lei neutralidade de rede.** 27 de agosto de 2010. Blog Estadão. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/link/chile-aprova-lei-de-neutralidade/>>. Acesso em 22 de setembro de 2010;

G1. **Confecom termina aprovando 672 propostas para a área de comunicação**, em 17 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,MUL1419592->

5601,00-CONFECOM+TERMINA+APROVANDO+PROPOSTAS+PARA+A+AREA+DE+COMUNICACAO.html>. Acesso em 14 de agosto de 2010;

G1. **Finlandeses passam a ter acesso a banda larga garantido por lei.** BBC Brasil, 01 de julho de 2010. Disponível em: < <http://g1.globo.co/tecnologia/noticia/2010/07/finlandeses-passam-a-ter-acesso-a-banda...>> Acesso em 01 de julho de 2010;

FAHEL, Samule, **O STJ e o Direito de Autor.** O correio braziliense, 19 de julho de 2010;

FOLHAONLINE. **Sanções do Brasil por subsídios ao algodão "decepcionam" os EUA.** Presse France, Washington, 08 de março de 2010. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u704042.shtml>>. Acesso em 30 de agosto de 2010;

FONSECA, João Carlos. **TELEBRASIL faz registro histórico da aprovação, pelo Conselho Diretor da Anatel, do PGR.** Telebrasil, 21 de outubro de 2008. Disponível em: < http://www.telebrasil.org.br/artigos/outros_artigos.asp?m=819 >. Acesso em 26 de julho de 2010;

GUENWALD, Juliana. **FCC Defends Media Ownership Rules.** National Journal.com, 21 July 2010. Disponível em: < <http://techdailydose.nationaljournal.com/2010/07/fcc-defends-media-ownership-ru.php> >. Acesso em 09 de setembro de 2010;

LAUTERJUNG, Fernando. **TV Digital.** Telesíntese, 28 de abril de 2009; Disponível em: < <http://www.telesintese.com.br>>. Acesso em 20 de maio de 2010;

LASAR, Matthew. **FCC asked to monitor “hate speech” “misinformation online”,** 01 de junho de 2010. Disponível em:< <http://arstechnica.com/web/news/2010/05/should-the-government-keep-tabs-on-hate-speech.ars>>. Acesso em 02 de junho de 2010.

LIMA, Venício. **Marco regulatório:** Dezesesseis anos, três decretos e nada muda. Observatório da Imprensa, 24 de julho de 2010. Disponível em: < <http://observatoriodaimprensa.com.br/artigos.asp?cod=599JDB015>>. Acesso em 26 de julho de 2010 ;

LIMA, Venício . **Nova Ordem da Informação:** Idéia é relançada 30 anos depois; Observatório da Imprensa, 21 de outubro de 2008;

_____. **Propriedade cruzada: lá e cá.** Observatório da Imprensa, 20 de maio de 2008.
Disponível em: < <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/artigos.asp?cod=486IPB001>>.
Acesso em 09 de setembro de 2010;

MARINHEIRO, Vaguinaldo. **Europa abre debate sobre regulação dos serviços da internet.** Folha de São Paulo, 16 de agosto de 2010. Disponível em: < <http://www.abar.org.br/salaDeImprensa/clipping/index.asp?vCod=2111&idioma=pt>>. Acesso em 16 de agosto de 2010;

MAZZA, Mariana. **Anatel estabelece metas para atualizar regulamentação do setor.** Teletime News, 13 de junho de 2008;

MELO, Clayton. **A década digital e a convergência de mídias.** Gazeta Mercantil, São Paulo, 27 de abril de 2009, Opinião, A3;

MISSÃO DO BRASIL, Genebra. **Carta de Genebra.** Informativo sobre a OMC e a Rodada Doha. Ano VIII, nº 1, maio de 2009;

NOUVELLES DE L'UIT. **Téléphonie sur l'internet.** Réglementer ou pas ?Unión Internationales des Télécommunications. nº1, Janvier-Février 2005 ;

O GLOBO. **Uruguai:** projeto do governo propõe que canais de TV tenham 50% de programação nacional, 26 de novembro de 2009. Disponível em:
<<http://www.oglobo.globo.com/mundo/mat/2009/11/26/uruguai-projeto-do-governo-propoe-que-canais-de-tv-tenham-50-de-programacao-nacional-914946365.asp>>. Acesso em 20 de agosto de 2010.

OLIVEIRA. Eliane. **Brasil cede e não vai retaliar EUA País adia por 2 anos decisão contra americanos autorizada pela OMC.** O Globo, 18 de junho de 2010;

PASSARINHO, Natália. **Governo lança Plano Nacional da Banda Larga.** O GLOBO, 5 de maio de 2010. Disponível em: < <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2010/05/governo-lanca-plano-nacional-da-banda-larga.html>>. Acesso em 13 de agosto de 2010;

PAULETTI, José. **Licença Única**. Teleco, 28 de abril de 2007. Disponível em: <<http://www.teleco.com.br/emdebate/josefpauletti01.asp>>. acesso em 10 de setembro de 2010;

POSSEBON, Samuel. **Especialistas divergem sobre aplicação de limites de capital a portais de Internet**, Teletime, 09 de julho de 2010. Disponível em: <<http://www.teletime.com.br/07/07/2010/especialistas-divergem-sobre-aplicacao-de-limites-de-capital-a-portais-de-internet/tt/190055/news.aspx>>. Acesso em 04 de agosto de 2010;

RODRIGUES, Alexandre. **Jornalismo tem de ser remunerado na internet** – entrevista de Luis Fernando Matos Jr. O Estado de São Paulo, 08 de agosto de 2010.

REES, Marc. **Dossier: La loi Hadopi**, 27 de outubro de 2009. Disponível em: <<http://www.pcinpact.com/dossiers/loi-hadopi-riposte-graduatee-anefe/162-2.htm>>. Acesso em 30 de outubro de 2009;

Revista África e Africanidades. Ano 2, n. 8, fev. 2010. Disponível em: <www.africaeaficanidades.com>. Acesso em 26 de junho de 2010;

TELAVIVA. **Canal húngaro adquire documentários da Globo**. Disponível em: <<http://www.telaviva.com.br/News.asp?ID=188277>>. Acesso em 29 de junho de 2010;

TELECO. **Tutoriais: Regulamentação**. Disponível em: <http://www.teleco.com.br/tutoriais/tutorialleg/pagina_1.asp>. Acesso em 18 de outubro de 2010.

TELETIME. **Justiça norte-americana não reconhece autoridade da FCC sobre neutralidade da rede**. Disponível em: <<http://www.teletime.com.br/07/04/2010/internacional-justica-norte-americana-nao-reconhece-autoridade-da-fcc-sobre-neutralidade-da-rede/tt/174995/news.aspx>>. Acesso em 29 de junho de 2010;

_____. **Presidente Lula confirma reativação da Telebrás**. 19 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.teletime.com.br>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2010;

TELESINTESE. **FCC pede mais tempo para definir regras sobre neutralidade da rede**. 2 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://www.momentoeditorial.com.br/index.php/plantao/15750-fcc-pede-mais-tempo-para-definir-regras-sobre-neutralidade-da-rede>>. Acesso em 3 de setembro de 2010;

TELESINTESE . **Novo marco legal vai tratar de telecom, TV e Internet**, 22 de julho de 2010. Disponível em <http://www.telesintese.com.br/index.php/plantao/15374-novo-marco-legal-vai-tratar-de-telecom-tv-e-internet> Acesso em 22 de julho de 2010;

TERRA. **Google suspende censura na China**, 22 de março de 2010 Disponível em: < <http://tecnologia.terra.com.br/interna/0,,OI4334075-EI4802,00-Google+suspende+censura+na+China.html> >. Acesso em 20 de agosto de 2010;

THE ARY NEWS. **WTO starts using name EU as Lisbon treaty takes effect**. Geneva, December 2, 2009. Disponível em: < <http://www.thearynews.com.english/newsdetail.asp?nid=38461> >. Acesso em 20 de agosto de 2010;

UOL. **"Telemundo" estreia sua versão de o "O Clone" nos EUA**, 09 de fevereiro de 2010. Disponível em: < <http://diversao.terra.com.br/tv/noticias/0,,OI4255507-EI12993,00-Telemundo+estreia+sua+versao+de+o+O+Clone+nos+EUA.html> >. Acesso em 09 de fevereiro de 2020;

VALLE, James. **Google TV busca sucesso onde gigantes fracassaram**. VEJA, 16 de outubro de 2010. Disponível em: < <http://veja.abril.com.br/noticia/vida-digital/google-tv-busca-sucesso-onde-gigantes-fracassaram> >. Acesso em 18 de outubro de 2010.

VEJA ESPECIAL TECNOLOGIA. **A Revolução dos segundos**. Editora Abril, ano 41, setembro de 2008;

VALOR ONLINE. **Anatel é criticada no Senado por liberação de licenças de TV a Cabo**, 4 de agosto de 2010. Disponível em: < <http://www.valoronline.com.br> >. Acesso em 4 de agosto de 2010;

Email

LEAL, Ana. **Quarto Protocolo**. Mensagem recebida por gabrielladesalvio@yahoo.com.br, em 18 de outubro de 2010;

TAVOLARI, Marcos. Participação Ancine nas Negociações OMC. Mensagem recebida por gabrielaladesalvio@yahoo.com.br, em 20 de agosto de 2010;

Contenciosos da OMC

WTO. (DS117). Canada — **Measures affecting film distribution services** (Complainant: European Communities). Disponível em: < <http://www.wto.org>>. Acesso em 19 de setembro de 2008;

_____. (DS 246) European Communities - **Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries** (Complainant: India). Disponível em: < <http://www.wto.org>>. Acesso em 19 de setembro de 2008;

_____. (DS 204) Mexico — **Measures affecting telecommunications services** (Complainant: United States). Disponível em: < <http://www.wto.org>>. Acesso em 19 de setembro de 2008;

_____. (DS267) United States — **Subsidies on Upland Cotton**. Disponível em: < http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds267_e.htm>. Acesso em 30 de agosto de 2010;

_____. (DS285) United States — **Measures affecting the cross-border supply of gambling and betting services** (Complainant: Antigua and Barbuda). Disponível em: < <http://www.wto.org>>. Acesso em 19 de setembro de 2008;

WTO. (DS363) China — Measures affecting trading rights and distribution services for certain publications and audiovisual entertainment products (Complainant: United States). Disponível em: < <http://www.wto.org>>. Acesso em 19 de setembro de 2008;

Site da Internet

<<http://www.anatel.gov.br>>

<<http://www.acma.gov.au/WEB/HOMEPAGE/PC=HOME>>.

<<http://www.ancine.gov.br>>

<<http://www.arcep.fr>>

<<http://www.bundesnetzagentur.de>>

<<http://www.camara.gov.br>>

<<http://www.copyright.gov/title17/92chap1.html> >

<<http://www.crtc.gc.ca>>

<http://www.csa.fr/infos/controle/television_quotas_diffusion.php>

<<http://culturadigital.br/setorialculturaspopulares/2010/02/04/convencao-sobre-a-protecao-e-promocao-da-diversidade-das-expressoes-culturais/>>

<<http://www.dip.com.br>>

< http://docsonline.wto.org/imrd/GEN_searchResult.asp>

<<http://europa.eu/> >

<http://ec.europa.eu/avpolicy/reg/avms/index_en.htm>

<http://ec.europa.eu/culture/media/programme/overview/2007/consultation/index_en.htm>.

<<http://erc.unesco.org/portal/UNESCOMemberStates.asp?language=en>>

<<http://www.fcc.com> >

<<http://www.ica-ip.pt> >

<<http://ictsd.org/>>

<<http://www.journal-officiel.gouv.fr/frameset.html>>

<<http://www.mc.gov.br/o-ministerio>>

<http://www.media-awareness.ca/english/issues/cultural_policies/canadian_content_rules.cfm>

<<http://www.minc.gov.br>>

<<http://www.movielinks.com>>.

<<http://www.ofcom.org.uk>>

<<http://www.parentstv.org/ptc/news/articles/2009/SCOTUS.asp>>

<<http://www.planalto.gov.br>>

< <http://www.roadie.com.br/376/coldplay-disponibiliza-cd-de-graca-em-seu-site/>>

<<http://www.senado.gov.br>>

<<http://www.ssrn.com>>

<<http://www.tudosobretv.com.br/histortv/histormundi.htm>>

<<http://www.twinside.org.sg/>>

<<http://www.uscsi.org/>>

<<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/>>

<http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_agreements_index_e.htm?id=A8#selected_agreement>

<http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/telecom_e/telecom_coverage_e.htm>

<http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/telecom_e/telecom_history_e.htm>

<http://www.wto.org/meets_public/meets_e.pdf>