

UMA INSTRUÇÃO QUE NÃO ESTAVA NO SCRIPT

MARCELO GOYANES, LUIS HENRIQUE C. PORANGABA & LUIZA DUARTE PEREIRA
ADVOGADOS DE VEIRANO ADVOGADOS



Na década de 1990, sob o mote de “retomada do cinema nacional”, foi iniciado um movimento para promover a indústria cinematográfica nacional, impulsionado pela instituição de uma política aliada a mecanismos de incentivo fiscal. Atualmente, os principais mecanismos federais de incentivo ao desenvolvimento de obras audiovisuais brasileiras são

previstos nas Leis 8.313/91 (“Lei Rouanet”), 8.685/93 (Lei do Audiovisual) e na Medida Provisória 2.228/01. A Lei Rouanet e a Lei do Audiovisual constituem mecanismos de incentivo que, com suas particularidades, permitem deduzir do imposto de renda devido o valor utilizado na produção de obras audiovisuais brasileiras.

A Medida Provisória 2.228/01,

por sua vez, estipula a isenção das empresas programadoras internacionais do pagamento da Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional – Condecine, desde que optem por aplicar certos valores devidos aos produtores, distribuidores ou intermediários no exterior em projetos de produção de obras audiovisuais brasileiras.

Por fim, os Funcines, também criados pela Medida Provisória 2.228/01, consistem em fundos de investimento para financiamento da indústria cinematográfica em geral, administrados por instituições financeiras autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil e constituídos com aprovação da Comissão de Valores Mobiliários (CVM). A Lei 11.437/06 eximiu os investidores dos Funcines da obrigatoriedade de também aplicarem, nesses fundos, recursos não incentivados e, conseqüentemente, autorizou a dedução da totalidade dos recursos aplicados em Funcines do Imposto de Renda, aumentando, assim, a captação de recursos e a criação de novos Funcines.

Em abril deste ano, contudo, a Ancine publicou consulta pública acerca de controversa proposta de Instrução Normativa (IN), que estabelece normas e procedimentos para a aprovação da política de investimento dos Funcines e para a apresentação, análise, execução e acompanhamento dos projetos aptos a receberem seus recursos.

As reações de diversos produtores, distribuidores e exibidores à consulta da Ancine revelam que a proposta de IN pode, se aprovada, gerar um retrocesso na indústria, além de ser questionável sua constitucionalidade e legalidade, como se passa a expor.

Proposta da Ancine

Eventual edição da proposta de IN implicaria a revogação da IN 17, de 7 de novembro de 2003, e, de forma inédita, passaria a discriminar a competência da agência na aprovação prévia da política de in-

vestimentos dos Funcines, com o estabelecimento de restrições e obrigações às partes envolvidas no mecanismo de incentivo fiscal.

É assim que o art. 12, IV, da norma sob consulta, estabelece que os projetos submetidos à Ancine para financiamento através de Funcines teriam de ser apresentados, independentemente da categoria em que se enquadram, em conjunto com o contrato firmado pelo administrador do fundo e pelo proponente que contemple a decisão de investimento já formalizada, o que não é exigido nas IN 22 e 17. Atualmente, não há qualquer interferência da Ancine ou do Ministério da Cultura na avaliação da utilização específica dos recursos, tampouco na relação privada entre investidor e proponente quanto à utilização desses recursos incentivados e aos direitos cedidos ou licenciados pelo proponente em contrapartida ao investimento.

Nos arts. 5º e 6º da proposta de IN, se vislumbra o interesse da Ancine em imiscuir na esfera de administração e funcionamento dos Funcines para restringir a liberdade do titular dos direitos autorais sobre a obra audiovisual ao erigir quatro categorias de direitos que não seriam passíveis de disposição e enumerar algumas proibições referentes à aplicação dos recursos do fundo que, há décadas, são consideradas verdadeiras e indispensáveis regras de mercado.

Outras restrições à liberdade contratual das partes beneficiárias dos recursos são impostas pela proposta de IN, a exemplo da vedação à "cessão de domínio" de obras audiovisuais aos Funcines e

da limitação de número e prazo de licenças de exploração de uma mesma obra audiovisual por janelas distintas (art. 5º, §1º e §3º, da proposta de IN). Como justificativa à edição da proposta de IN, a Ancine argumenta que procura alcançar os objetivos da política pública através do equilíbrio da relação entre as partes, indicando as práticas admissíveis e os limites financeiros e contratuais envolvidos nas operações com Funcines.

A obrigatoriedade de aprovação, pela Ancine, da proposta de política de investimento antes da constituição do Funcine, prevista no art. 8º da proposta de IN, é, sem dúvida, uma das questões mais polêmicas trazida pela proposta de IN. Lembre-se que a autorização, disciplina e fiscalização da constituição, funcionamento e administração de tais fundos constitui matéria de competência exclusiva da CVM, nos termos dos artigos 42 da Medida Provisória 2.228 e 4º da Lei 6.385/76. Ademais, não há, nas normas que regulam o mercado, qualquer previsão da limitação da liberdade contratual dos investidores, do fundo ou dos beneficiários dos investimentos, tampouco das garantias outorgadas ao fundo de investimento na forma de aquisição de direitos.

É certo que os projetos beneficiados pelos mecanismos federais de incentivo fiscal devem, necessariamente, ser submetidos à aprovação prévia da Ancine. Entretanto, a autorização de tais projetos não se confunde com aspectos afetos às atividades de constituição e administração de Funcines, como ocorre na elaboração

da política de investimento e na escolha de oportunidades de negócio pelo administrador.

Atualmente, a aprovação dos projetos para captação de recursos dos Funcines é subordinada a critérios exclusivamente objetivos, tais como a capacidade empresarial da proponente, de acordo com sua classificação na Ancine, compatibilidade de custos, dentre outros. Já o artigo 38 da proposta de IN introduz critérios altamente subjetivos, como a análise da viabilidade do projeto, preservação do equilíbrio das partes nos contratos e inexistência de concorrência predatória; matérias que adentram a esfera privada das partes e a competência de outros órgãos da Administração Pública e geram grande insegurança jurídica no mercado audiovisual.

Essas são, resumidamente, algumas das principais mudanças que a Ancine reserva para a indústria do audiovisual. Antes de adentrar a análise jurídica da proposta de IN, contudo, cabe tecer alguns breves esclarecimentos sobre os limites à atuação das chamadas “agências reguladoras”, na qual se insere a Ancine.

Agências Reguladoras

A inserção das chamadas agências reguladoras na realidade brasileira é fruto do regime de privatização (*rectius*: desestatização), iniciado ainda durante o governo Fernando Collor com a promulgação da Lei 8.031/90, mas que viria a adquirir maior proeminência anos mais tarde com o advento da Lei 9.491/97, que instituiu o “Programa Nacional de Desestatização”.

As agências, em sua essência, sempre existiram no direito brasileiro sob a forma de autarquias com a incumbência de regular a produção e o comércio ou exercer poder de polícia através da imposição de limitações administrativas previstas em lei, fiscalização e repressão dos administrados. Com o programa de desestatização, contudo, a expressão “agência” passou a designar as autarquias sob regime especial encarregadas da fiscalização e controle das atividades a cargo do setor privado e, como fruto do estrangeirismo, muitas das peculiaridades do modelo norte-americano passaram a ser transplantadas à realidade brasileira sem maior apreço às limitações do ordenamento jurídico brasileiro.

Sem embargo do nítido esforço da Administração Pública na regulação de setores estratégicos, a atuação de tais agências assume controvérsia no que diz respeito ao poder normativo que lhes competiria por força das leis de criação promulgadas pelo Poder Legislativo. É que, apesar de se conceber uma esfera mínima de autonomia e independência a tais entes - daí a natureza jurídica de autarquias sob regime especial - que abrange o poder de expedir regulamentos sobre determinadas matérias de sua competência, a atividade administrativa não inova inicialmente na ordem jurídica.

Não é lícito ao ente administrativo, ainda que sob o pretexto de exercer uma pretensa regulação de determinada atividade, instituir obrigações não previstas em lei, quão menos contrariar direito que decorre de lei. Isso porque, ao

contrário da experiência européia, notadamente o direito comparado francês, o ordenamento jurídico brasileiro não se compadece com a chamada competência normativa plena da administração pública. Atos administrativos não têm força de lei no direito brasileiro.

A função administrativa, portanto, reside na atividade regulamentar, em expedir atos normativos secundários para a fiel execução da lei (cf art. 84, III) no que for estritamente necessário ao cumprimento de sua finalidade e as agências reguladoras, enquanto órgãos da Administração Pública, devem seguir a mesma sorte. Nos dizeres de Celso Antonio Bandeira de Mello, “a função do ato administrativo só poderá ser a de agregar à lei nível de concreção; nunca lhe assistirá instaurar originariamente qualquer cerceio a direitos de terceiros.”¹

A questão é que, como decorrência da adoção do modelo norte-americano, a lei de constituição de muitas agências lhes atribuiu a função de expedir normas para a regulação de determinados setores e, com base em tal autorização legislativa, passaram a instituir obrigações não previstas em lei ou para além dos limites ali traçados. Tal fenômeno de atribuição de funções de expedição de normas e diretrizes para a regulação de determinadas atividades recebeu a denominação de “*delegação legislativa*”, como se o Poder Legislativo, através das leis de criação das agências, abdicasse do dever constitucional de legislar e o outorgasse a entes da Administração Pública, então livres para editar atos administrativos que, na



A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA NÃO É A SEDE ADEQUADA PARA A REDEFINIÇÃO DO MECANISMO DE INCENTIVOS FISCAIS DE FUNCINES

prática, inovassem inicialmente na ordem jurídica.

Todavia, a delegação legislativa não constitui chancela para a prática de atos normativos que não atendam ao mandamento legal, tampouco implicam na extensão da competência das agências reguladoras; como propugna Luiz Roberto Barroso, “jamais se poderá interpretar a competência atribuída por lei a uma autoridade administrativa como uma delegação legislativa, isto é, com a transferência pelo Congresso Nacional, em caráter primário, do poder de ditar regras sobre a matéria. E mesmo a competência normativa secundária do agente público é limitada, porque o poder regulamentar pleno é privativo do Chefe do Poder Executivo (cf art. 84, IV)”².

Como conseqüência lógica, quaisquer atos emanados de tais autarquias se destinam apenas ao fiel cumprimento da lei, sendo terminantemente vedada qualquer tentativa de inovar inicialmente na ordem jurídica através da instituição de direitos e deveres não previstos em lei formal. Ora, se ao Chefe do Poder Executivo não as-

siste a competência de expedir regulamentos senão para minudenciar o que já estipulado em lei, jamais poderia uma agência reguladora exercer função de maior proeminência sob as vestes de “delegação legislativa”. Feitas essas breves considerações sobre o marco regulatório e as limitações que lhe são inerentes no ordenamento jurídico brasileiro, passa-se à análise da constitucionalidade, legalidade e legitimidade na proposta de IN submetida à consulta pública pela Ancine.

Efeitos da Proposta de IN

De acordo com a exposição de motivos da Ancine, a proposta submetida a consulta pública se destinaria a normatizar o procedimento de avaliação prévia da política de investimento do Fundo previsto no Decreto 6.304/2007 e atualizaria procedimentos de apresentação, tramitação e acompanhamento de projetos.

A despeito da intenção louvável da agência em criar instrumentos regulatórios para a utilização mais adequada de incentivos fiscais admitidos para os Funcines, a mera leitura da exposição de mo-

tivos deixa transparecer a ilegitimidade da proposta, com a instituição de inúmeras obrigações e a atribuição de competências não previstas em lei. A proposta, com a devida vênia, deixa a seara da mera atualização de procedimentos internos no âmbito da agência para imiscuir na esfera privada de interesses dos administrados.

Em primeiro lugar, é preciso deixar claro que a atividade administrativa, ainda que sob as vestes de função pretensamente regulatória, não é a sede adequada para a redefinição do mecanismo de incentivos fiscais de Funcines instituído através de medida provisória convertida em lei pelo Poder Legislativo. Não cabe, no circumspecto âmbito de atuação da Administração Pública, inserir restrições à liberdade individual que já não estivessem previstas em lei, até mesmo porque a expedição de normas de natureza regulamentar não pode inovar inicialmente na ordem jurídica, mas apenas conferir maior interpretação a conceitos predefinidos ou minudenciar procedimentos administrativos de aplicação da lei no âmbito da própria autarquia.

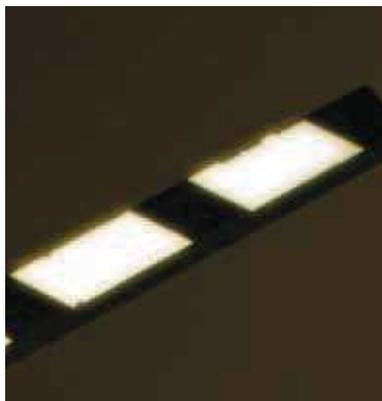
A autarquia Ancine se destina às atividades de fomento e fiscalização de atividade eminentemente privada (*i.e.* produção e distribuição de obras audiovisuais), em que o mandamento da legalidade estrita que já lhe incumbia é reforçado pelo princípio fundamental da livre iniciativa. Não é por outra razão que a norma do art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal assegura “o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos

públicos, salvo nos casos previstos em lei.” (grifos nossos). Desnecessário dizer que a autorização de órgãos públicos para o exercício da atividade econômica deve se dar não somente nos casos previstos em lei como, principalmente, nos limites ali convencionados.

Partindo dessa premissa inarredável, é de se concluir que a aprovação prévia da política de investimento para a constituição do Funcine, prevista inicialmente no Decreto 6.304/2007 e replicada no art. 8º da proposta, constitui flagrante violação ao princípio da legalidade e configura desvio de poder da autoridade administrativa. Não há qualquer previsão na Medida Provisória 2.228-1/2001, tampouco na Lei 11.437/2006, da necessidade de anuência prévia da Ancine para a constituição do Funcine.

A dicção da norma legal, aliás, é bem diversa, ao estipular no art. 42 que “compete à Comissão de Valores Mobiliários autorizar, disciplinar e fiscalizar a constituição e a administração dos Funcines, observadas as disposições desta Medida Provisória e as normas aplicáveis aos fundos de investimento”. Não há qualquer fundamento legal à anuência prévia da agência, sendo necessária à constituição dos Funcines apenas a autorização da CVM que, depois, deverá somente comunicar o ato à Ancine, na forma do art. 42, parágrafo único, do mesmo diploma legal.

Pelas mesmas razões aqui alinhavadas, não pode o órgão regulador se imiscuir na esfera privada dos administrados através da proibição de cessão de domínio sobre a obra audiovisual em licenças fir-



madas com Funcines (art. 5º, §1º), a limitação do número de licenças relativas a uma mesma obra audiovisual (art. 5º, §3º) ou a criação de novas hipóteses de vedação à aplicação de recursos do Funcine não previstas na lei de regência do mecanismo de incentivo fiscal (art. 6º, III a VII). Todas as restrições e vedações ao mecanismo de incentivo fiscal que o legislador entendesse cabíveis foram expressamente previstas na Medida Provisória 2.228-1/01, com a redação modificada pela Lei 11.437/06, como é o caso dos parágrafos do art. 43. Tal elenco de restrições previstos em lei é taxativo, já que implica cerceamento na liberdade individual dos administrados e, portanto, não comporta extensão pela via infralegal.

A inconstitucionalidade da proposta de IN também se constata, com inegável proeminência, nas normas destinadas à análise, aprovação e reforma dos projetos de obras audiovisuais, em que a Ancine atribui a si mesma a competência discricionária de decidir sobre a conveniência e oportunidade de produção e comercialização da obra audiovisual.

De acordo com o art. 38 da refe-

O NOVO MODELO DE INCENTIVO FISCAL SUGERIDO PELA AGÊNCIA PODE IMPLICAR SÉRIO GRAUAME AO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE DOS FUNCINES

rida proposta -- mero ato administrativo, diga-se -- a análise de aprovação dos projetos pela Ancine passaria a ser permeada de um elenco de elementos de subjetividade como “viabilidade operacional, tecnológica e financeira” (art. 38, III), “viabilidade comercial” (art. 38, V), “perspectiva de rentabilidade para o Funcine” (art. 38, VI), “preservação do equilíbrio entre o administrador do Funcine e o proponente do projeto nos contratos” (art. 38, VII), “inexistência de concorrência predatória ou de prejuízos que comprometam as atividades das empresas concorrentes” (art. 38, VIII), dentre outros. Em outras palavras, a agência passaria a deter a competência de decidir a conveniência e a oportunidade de aprovação de cada projeto que lhe for submetido a partir da valoração de elementos de índole subjetiva previstos, originariamente, na própria proposta.

Tal procedimento, em que pese a iniciativa da agência e independentemente da motivação do ato, não se coaduna com a norma legal que outorga à Ancine competência para aprovar e controlar a execução de projetos relativos a incentivos fiscais. A Medi-

da Provisória 2.228-1/01 delimita, de maneira clara e precisa, a forma pela qual a regulação dos projetos deve ocorrer, principalmente quanto aos motivos e modo de agir da Ancine. A permissão legal para estabelecer critérios e diretrizes relacionados às hipóteses do art. 43, *caput*, da Medida Provisória 2.228-1/01, pelas razões já expostas, não se confunde com a delegação legislativa ou a competência normativa plena para criar restrições ou deveres ao livre alvedrio da agência reguladora.

Não cabe à agência, portanto, criar novas hipóteses não previstas na lei de regência e, assim, interferir na esfera de autonomia privada dos indivíduos, como se estivesse a exercer alguma forma de dirigismo contratual quanto à conveniência e oportunidade da produção e comercialização de obras cinematográficas. A regra de competência da ANCINE estabelecida no art. 7º, XI, da Medida Provisória 2.228-1/01 é vinculada; ou seja, incumbe ao órgão apenas verificar se o projeto se enquadra em pelo menos uma das hipóteses inscritas no art. 43 do mesmo diploma e, em caso afirmativo, praticar o ato que lhe é vinculado por lei.

A propósito, a norma do art. 42, *caput*, *in fine*, da Medida Provisória 2.228-1/01 prevê expressamente a regência supletiva da legislação geral sobre fundos de investimento quando não houver disposição em contrário na mesma medida provisória. Não há qualquer hipótese legal ou delegação à Ancine para estabelecer critérios de escolhas de inves-

timento e cercear a liberdade de iniciativa dos fundos de investimento através de ato administrativo infralegal.

A legislação de fundos de investimento também é categórica ao assegurar a liberdade de atuação do administrador na escolha das opções de investimentos e preservação dos interesses dos cotistas com a exigência de garantias de retorno que, no que diz respeito às obras audiovisuais, a Ancine pretende limitar à revelia do texto legal, delimitando o número de aquisição de licenças, cerceando a liberdade de escolha do investimento, instituindo novas vedações que atingem até mesmo práticas costumeiras da indústria cinematográfica, como a antecipação de receitas futuras decorrentes da exploração comercial da obra.

Hipótese ainda menos aceitável seria admitir que a agência tivesse o poder de ingerência sobre o conteúdo da obra audiovisual a pretexto de exercer exame de aprovação de projetos na forma prevista na proposta. A análise do equilíbrio dos contratos firmados pelo proponente para a produção ou comercialização da obra audiovisual foge ao âmbito de competência da Ancine e admitir tal tipo de ingerência indevida implicaria grave prejuízo não apenas à livre iniciativa dos investidores como também à liberdade de expressão, criação e manifestação do pensamento assegurada no art. 5º, IX c/c art.

220 da Constituição Federal. É cedo, inclusive, que o regime constitucional vigente reprova toda e qualquer forma de censura, sobretudo aquelas instituídas através de atos do Poder Público.

Conclusões

A partir da análise da proposta de Instrução Normativa não é difícil depreender que o novo modelo de incentivo fiscal sugerido pela agência não atende à finalidade da Medida Provisória 2.228-1/2001 e pode implicar sério gravame ao exercício da atividade dos Funcines com exigências que, na prática, acabam por solapar a dinamicidade da atividade de produção cinematográfica mediante a exigência de formalizações prévias e restrições a operações comuns no mercado que, durante toda a sua existência, foram responsáveis pelo financiamento de produções nacionais.

Tampouco as ligeiras (e questionáveis) modificações introduzidas pelo Decreto 6.304/07 constituem motivação suficiente à prática de tal ato administrativo. É natural que decisões políticas de tamanha seriedade sejam relegadas exclusivamente ao Poder Legislativo que, afinal, detém competência privativa para legislar sobre tais questões e foi quem instituiu o mecanismo de incentivos fiscais de obras audiovisuais em complemento à Política Nacional do Cinema. **FE**

marcelo.goyanes@veirano.com.br
luis.porangaba@veirano.com.br
luiza.pereira@veirano.com.br

1. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 19. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2005. p. 92.

2. BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre o princípio da legalidade (delegações legislativas, poder regulamentar e repartição constitucional das competências legislativas). In: Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro : Renovar, 2001. p. 176.