

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.679 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Inicio o meu voto com uma *ressalva* quanto à *extensão* do presente pronunciamento. É fato que compartilho com outros Ministros desta Corte a preocupação com a simplicidade, a concisão e a objetividade de nossos votos. O volume de causas à espera de uma decisão do Supremo Tribunal Federal não se compadece com a prolixidade. Não obstante isso, há casos em que é impraticável ser breve. A complexidade e a interdisciplinariedade dos temas trazidos a debate, bem como a quantidade de impugnações e informações suscitadas pelas partes exigem uma postura verdadeiramente *analítica* dos membros do tribunal, como desdobramento imediato do dever constitucional de motivação das decisões judiciais (CRFB, art. 93, IX). É o que ocorre nestes autos.

Para que se tenha a exata dimensão deste julgamento, trata-se de um conjunto de ações que questionam diversos (e complexos) aspectos do novo marco regulatório da TV por assinatura brasileira. No total, são impugnados **23 (vinte e três) artigos** da Lei nº 12.485/11, ao longo de **192 (cento e noventa e duas) páginas** pelas quais se estendem as quatro petições iniciais. Nestes mesmos autos, em fevereiro de 2013, foram realizadas duas audiências públicas com a participação de **30 (trinta) expositores**, o que gerou mais de **sete horas de palestras** (transcritas em quase **300 laudas**) sobre os diversos tópicos ora discutidos. Esmiuçar e enfrentar com consistência todos os argumentos ventilados é tarefa inviável em poucas páginas, razão pela qual registro a peculiaridade deste caso e, em consequência, a extensão de meu voto escrito.

Feita essa observação, passo ao voto.

I. Preliminar:

Admissibilidade das Ações Diretas

Assento, de plano, a admissibilidade de todas as quatro ações diretas de inconstitucionalidade ora em julgamento, ajuizadas em face da Lei nº

ADI 4679 / DF

12.485/11, ato normativo evidentemente primário, geral e abstrato.

Na ADI nº 4.679, é patente a legitimidade ativa *ad causam* do requerente, o Partido Democratas (DEM), para deflagrar o processo de controle concentrado de constitucionalidade, na forma do art. 103, VIII, da Constituição da República. Registro ainda que a legitimidade do DEM, como qualquer agremiação partidária com representação no Congresso Nacional, é do tipo *universal*, dispensando, bem por isso, qualquer demonstração de pertinência temática para com o conteúdo material do ato normativo impugnado (Precedentes do Plenário: ADI 1096 MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22.09.1995; ADI 2427, Rel. Min. Eros Grau, DJ 10.11.2006; ADI 2631, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 08.08.2003).

Na ADI nº 4.747, a requerente, a Associação NEOTV, está devidamente caracterizada como entidade de classe de âmbito nacional, nos termos tanto do art. 103, IX, da Constituição da República, quanto da jurisprudência desta Corte. Com efeito, cuida-se de associação que congrega categoria econômica diferenciada (prestadoras de serviço de TV por assinatura, mediante diferentes tecnologias, e Internet), com representatividade nacional (presente em 19 estados da federação mais o Distrito Federal). De outra banda, o ato normativo questionado guarda estreita afinidade com os objetivos institucionais da requerente, notadamente à luz do art. 4º de seu Estatuto, que dispõe ser sua finalidade a defesa dos direitos e interesses das associadas relativos, principalmente, a conteúdos e programação audiovisual, distribuição de sinais de vídeo e áudio a assinantes, produtos e serviços de telecomunicações.

Na ADI nº 4.756, a requerente, a Associação Brasileira de Radiodifusores (ABRA), também se amolda aos perfis normativo e jurisprudencial definidores das associações de classe de âmbito nacional (CRFB, art. 103, IX). De fato, a ABRA reúne concessionárias do serviço de radiodifusão de sons e de sons e imagens, bem como prestadoras de serviço de TV por assinatura (categoria econômica diferenciada vinculada à comunicação social de massa) com representatividade em 14 estados da federação (caráter nacional). Segundo o art. 2º do Estatuto da entidade,

sua finalidade é representar os interesses das associadas relativos às atividades de radiodifusão e de prestação de TV fechada, atividades imediatamente impactadas Lei nº 12.485/11, a evidenciar a pertinência temática na espécie. Oportuno registrar, ainda, que a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal já reconheceu a representatividade da ABRA quando do julgamento da ADI nº 3.944, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 01.10.2010, ocasião em que atuou como *amicus curie*.

Por fim, na ADI nº 4.923, a requerente, a Associação Brasileira de Televisão por Assinatura em UHF (ABTVU), enquadra-se no conceito constitucional de entidade de classe de âmbito nacional, uma vez que, de um lado, reúne as operadoras do Serviço Especial de Televisão por Assinatura em UHF-TVA e, de outro lado, ostenta representatividade em 15 estados da federação, além do Distrito Federal. Tal categoria econômica, justamente porque mais específica do que aquelas presentes nas outras ações aqui reunidas, é ainda mais diferenciada, o que denota, a toda evidência, sua natureza de classe. A pertinência temática encontra-se também plenamente satisfeita ante o objetivo da entidade em defender os interesses das prestadoras de televisão em UHF, consideravelmente impactadas pelo novo marco regulatório do setor audiovisual brasileiro.

Prosseguindo no exame preliminar, consigno o preenchimento de todos os demais requisitos de admissibilidade das presentes postulações, notadamente a presença de cópia do ato normativo impugnado e a existência de procurações com poderes especiais para o ajuizamento das ações diretas.

Destarte, conheço das ações diretas de inconstitucionalidade e passo ao exame de mérito, não sem antes tecer breves comentários sobre a Lei nº 12.485/11 e as transformações por ela operadas no mercado audiovisual de acesso condicionado.

II. Mérito.

II.(a) O objeto impugnado: a Lei nº 12.485/11 e o novo marco regulatório da TV por assinatura no Brasil

A Lei nº 12.485, promulgada em 12 de setembro de 2011, instituiu o novo marco regulatório da TV por assinatura no Brasil. Pretendeu, com isso, unificar a disciplina normativa aplicável ao setor, até então fragmentada em diplomas diferentes, a depender da tecnologia usada para a transmissão do sinal ao consumidor.

O quadro normativo anterior estava assim organizado. A TV a Cabo, distribuída por meios físicos (*e.g.*, cabos coaxiais, fibras ópticas), era regida pela Lei nº 8.977/95 e regulamentada pelo Decreto nº 2.206/97 e pela Portaria nº 256/97 do Ministério das Comunicações. A transmissão via satélite (DTH – *Direct to Home*) ou via micro-ondas (MMDS – *Multipoint Multichannel Distribution System* – Distribuição de Sinais Multiponto Multicanais) era tratada pelo Decreto nº 2.196/97 e, respectivamente, pelas Portarias nº 321/97 e nº 254/97, também do Ministério das Comunicações. Por fim, a modalidade TVA (ou Serviço Especial de Televisão por Assinatura), baseada em sinais UHF codificados, era disciplinada pelo Decreto nº 95.744/88.

A Lei nasce pela iniciativa do Poder Legislativo, a partir de quatro projetos apresentados na Câmara dos Deputados. Foram eles o PL nº 29/2007, do Deputado Paulo Bornhauser (DEM/SC), o PL nº 70/2007, do Deputado Nelson Marquezelli (PTB/SP), o PL nº 332/2007 dos Deputados Paulo Teixeira (PT/SP) e Walter Pinheiro (PT/BA) e, por fim, o PL nº 1.098/2007, do Deputado João Maia (PR/RN). No Senado Federal, o texto unificado foi numerado como Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 116/2010.

A tramitação o PLC nº 116/2010 ocorreu ao longo de **quatro anos** e sete meses, tendo sido submetido à análise de diversas comissões integrantes das Casas do Congresso Nacional, tais como a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, a Comissão de Defesa do Consumidor, a Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e

Informática, e a Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio. Ao longo do processo legislativo, foram realizadas onze audiências públicas, sendo seis na Câmara dos Deputados e cinco no Senado Federal, nas quais foram ouvidos representantes de diversos órgãos técnicos, membros da sociedade civil e agentes econômicos regulados.

Em linhas gerais, a Lei nº 12.485/11 (i) promove a uniformização regulatória do setor de TV por assinatura frente ao processo de convergência tecnológica, (ii) reduz as barreiras à entrada no mercado; (iii) restringe a verticalização da cadeia produtiva, (iv) proíbe a propriedade cruzada entre setores de telecomunicação e radiodifusão, e (v) institui cotas para produtoras e programadoras brasileiras. Os objetivos fundamentais do novo marco regulatório foram expressamente consolidados e registrados na Justificativa ao PL nº 1.908/2007:

“Assim, este projeto de lei pretende atualizar o atual marco regulatório brasileiro de forma a gerar mais competição na distribuição dos serviços de TV por assinatura e proporcionar os seguintes benefícios para os consumidores:

- 1- Expansão da oferta de TV por assinatura para as classes sociais e municípios ainda não atendidos;
- 2- Repasse dos ganhos de eficiência e produtividade aos consumidores através de preços menores dos serviços;
- 3- Aceleração da universalização da banda larga nos domicílios de menor renda;
- 4- Aumento da oferta de conteúdo digital eletrônico utilizando plataformas de distribuição de última geração;
- 5- Aumento a oferta de conteúdo eletrônico brasileiro e incentivar os produtores independentes;
- 6- Garantia do acesso da sociedade a uma ampla diversidade de conteúdos, preservando as culturas nacional, regional e local.

Com isso pretendo lançar os alicerces para a construção de bases sólidas para edificar a futura sociedade da informação no Brasil democratizando o acesso às informações, garantindo uma

ampla produção e diversidade de conteúdos brasileiros e assegurando a sua distribuição de forma massificada no país”.

(Deputado João Maia – Justificativa ao PL nº 1.908/2007).

É contra algumas dessas modificações que se levantam os requerentes. O enfrentamento de suas impugnações requer uma breve explicitação das premissas teóricas que irão guiar todo o restante do meu voto.

II.(b) Breves reflexões sobre os limites e as possibilidades da interpretação e aplicação judicial da Constituição Econômica

As quatro ações diretas de inconstitucionalidade ora em julgamento suscitam reflexões sobre os limites e possibilidades da jurisdição constitucional em um Estado Democrático de Direito, notadamente em face da interpretação e aplicação da Constituição Econômica.

De fato, é cediço que a noção de Estado de Direito, no consagrado sentido do *rule of law* anglo-saxão, pressupõe a limitação do poder e da autoridade política por normas jurídicas, o que, a seu turno, só se revela possível a partir de mecanismos efetivos de tutela jurisdicional voltados a prevenir e reprimir subversões dos comandos legais, ainda que perpetradas pela autoridade. Incorrer-se-ia na mais retumbante incoerência caso fossem proclamadas com tintas fortes as restrições de índole formal e material à atuação do Estado, mas desacompanhadas de instrumentos que lhes assegurassem a observância *in concreto*, justamente ao que se destina a prestação jurisdicional.

A propósito, nunca é demais recordar as precisas palavras do Chief Justice John Marshall, no célebre aresto *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803), ao pontuar que “a exata essência da liberdade civil certamente consiste no direito de todo e qualquer cidadão em demandar a proteção das leis sempre que sofra uma lesão”, ao que emendava para concluir que “o Governo dos Estados Unidos da América tem sido enfaticamente rotulado como um governo de leis, e não de homens. Ele certamente deixará de merecer

esta eminente designação se as leis não fornecerem remédio para a violação de um direito adquirido” (Tradução livre do original: “The very essence of civil liberty certainly consists in the right of every individual to claim the protection of the laws whenever he receives an injury. [...] The Government of the United States has been emphatically termed a government of laws, and not of men. It will certainly cease to deserve this high appellation if the laws furnish no remedy for the violation of a vested legal right”).

Sem embargo, não raro a atuação estatal reveste-se de dificuldades tamanhas que desafiam o próprio controle pelo Poder Judiciário, impondo-lhe limites inescapáveis. Refiro-me aqui a dificuldades já conhecidas e debatidas pela literatura do direito público nacional e estrangeiro, tais como a vagueza das normas constitucionais invocadas como parâmetros de controle, a clássica “*dificuldade contramajoritária*” que decorre da anulação judicial de atos aprovados pelos representantes do povo e a complexidade técnica inerente aos temas a que o Judiciário é chamado a analisar pela ótica estrita da validade jurídica.

À luz de tais contingências, prudente é reconhecer que a jurisdição constitucional, embora possa muito, não pode tudo. De um lado, a Constituição não deve ser vista como repositório de todas as decisões coletivas, senão apenas dos lineamentos básicos e objetivos fundamentais da República. Definitivamente não há um modelo de Estado único imposto pela Constituição. É o que exige a *democracia* enquanto projeto coletivo de autogoverno. De outro lado, não se pode perder de mira que intervenções judiciais incisivas – ainda que inegavelmente bem intencionadas – sobre marcos regulatórios específicos, de setores técnicos e especializados, podem ter repercussões sistêmicas deletérias para valores constitucionais em jogo; repercussões essas imprevisíveis no interior do processo judicial, marcado por nítidas limitações de tempo e de informação.

O desafio que se coloca perante a Corte é, portanto, o de conciliar os valores democrático-republicanos, especificamente a existência de efetivo controle judicial dos atos estatais (*judicial review*), com os riscos associados à intervenção judiciária sobre os marcos regulatórios

desenhados pelo legislador. É ciente deste delicado equilíbrio que o Supremo Tribunal Federal deverá julgar as presentes demandas.

Passo, então, ao exame das diversas impugnações direcionadas à Lei nº 12.485/11 (Lei do SeAC).

II.(c) Inconstitucionalidade formal (arts. 9º, parágrafo único; 10; 12; 13; 15; 19, §3º; 21; 22; 25, §1º, 31, caput; 36 e 42)

Destaco, em preliminar de mérito, a arguição de inconstitucionalidade *formal* imputada, pelo Partido Democratas, aos arts. 9º, parágrafo único; 10; 12; 13; 15, 19, §3º; 21; 22; 25, § 1º e 42, todos da Lei nº 12.485/11. Segundo o requerente, todos os dispositivos impugnados, por terem sido propostos por membro do Poder Legislativo, violariam a iniciativa legislativa privativa do Chefe do Poder Executivo para dispor “sobre a organização administrativa e criação de Ministérios e órgãos da administração pública, ou seja, é o chefe do Executivo quem deve deflagrar o processo legislativo relativamente à criação ou alteração das atribuições de órgãos da administração, nos termos do art. 61, §1º, II, ‘e’”. O DEM aponta que tais regras criam, “claramente, uma série de novas funções para a Agência Nacional do Cinema e o fato é que a Lei nº. 12.445, de 12 de setembro de 2011, é originária do PLC nº 116, de autoria parlamentar”.

A Associação Brasileira de Radiodifusores (ABRA) endossa essas razões e aponta como formalmente inconstitucionais os arts. 9º, parágrafo único; 10, §§ 1º e 3º; 12, *caput* e parágrafo único; 13, *caput* e parágrafo único; 15; 19, § 3º; 21; 22; 25, § 1º; 31, *caput*; 36 e 42, todos da Lei nº 12.485/11. Consoante a entidade, “*todos eles [os dispositivos impugnados], direta ou indiretamente, inovam no rol de atribuições da ANCINE*”, de sorte que “*cumpre reconhecer-se a sua inconstitucionalidade formal, diante do vício de iniciativa (resultam de projeto de lei de autoria parlamentar, usurpando a competência normativa do Chefe do Poder Executivo para dispor sobre as atribuições de entidade da administração federal) e da violação ao art. 61, §1º, II, ‘e’, c/c o art. 84, II, III e VI, ‘a’, todos da Carta da República*”.

Em defesa da constitucionalidade formal da Lei nº 12.485/11, a

Advocacia-Geral da União sustenta que *“as normas hostilizadas não criam novas atribuições para a Ancine; na realidade, apenas promovem a adaptação das regras que estabelecem a competência da referida agência para regular e fiscalizar as atividades de comunicação audiovisual, contidas no artigo 7º da Medida Provisória nº 2.228-1/01, às hipóteses em que a prestação dessas atividades ocorre por meio do serviço de acesso condicionado”*. É neste mesmo sentido a orientação da Procuradoria-Geral da República.

A Presidência da República, por intermédio da Consultoria-Geral da União, segue o mesmo tom, aduzindo não haver criação de novas atribuições para a ANCINE, mas apenas especificação de competências que já figuravam na MP nº 2.228-1/01, responsável pela criação e disciplina da agência.

Tanto a Câmara dos Deputados quanto o Senado Federal também se opuseram à argumentação dos requerentes, pugnando pelo reconhecimento da higidez formal da Lei da TV por assinatura. Apontam que a matéria foi suscitada e debatida na Comissão de Constituição, de Justiça e de Cidadania do Congresso Nacional, tendo sido rejeitada pelo colegiado.

Delimitada a questão jurídica e identificadas as teses em confronto, passo a votar. Início pela leitura da regra constitucional invocada como parâmetro de controle. Eis o teor do texto:

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

(...)

II - disponham sobre:

(...)

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

À luz da disposição constitucional expressa, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se consolidou no sentido de que padece de inconstitucionalidade formal a lei resultante de iniciativa parlamentar que disponha sobre atribuições de órgãos públicos, matéria reservada ao Chefe do Poder Executivo (cf., dentre outros, ADI nº 3.179, DJE de 10-9-2010; ADI nº 2.329, DJE de 25-6-2010; ADI nº 2.730, DJE de 28-5-2010; ADI nº 3.644, DJE de 12-6-2009; ADI nº 2.857, DJ de 30-11-2007; ADI nº 3.180, DJ de 15-6-2007; ADI nº 1.275, DJ de 8-6-2007; ADI nº 1.144, DJ de 8-9-2006).

Sem embargo, não me parece que a hipótese vertente se amolde a esse entendimento e, em consequência, mereça censura por esta Corte.

Como anotado linhas atrás, a Lei nº 12.485/11 pretendeu redefinir o marco regulatório do setor de TV por assinatura no país, estabelecendo amplas e profundas mudanças no setor. Tal iniciativa normativa ampara-se, em primeiro lugar, na competência da União para dispor sobre telecomunicações (CRFB, art. 22, IV). Funda-se ainda na autoridade do Congresso Nacional para dar concretude a diversos dispositivos do Capítulo V (“Comunicação Social”) do Título VIII (“Da Ordem Social”) da Lei Maior, no que têm destaque, em especial, os princípios constitucionais incidentes sobre a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão (CRFB, art. 221), independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço (CRFB, art. 222, §5º).

Há também um fundamento mais remoto e difuso, embora não menos importante, a respaldar a presente atuação do Congresso Nacional. Trata-se de reconhecer que, em um regime verdadeiramente democrático, é do Parlamento – casa dos representantes eleitos pelo povo – a prerrogativa de editar as regras gerais de conduta conformadoras da vida em sociedade e, de tempos em tempos, caso entenda necessário, rever as próprias normas editadas, nos limites traçados pela Constituição.

Essas constatações, quando contrastadas com a argumentação

articulada pelos requerentes, leva-nos a uma pergunta inescapável: seria o Congresso Nacional detentor da autoridade para *refundar* marcos regulatórios setoriais relevantes para o povo brasileiro, mas, ao mesmo tempo, careceria de competência para organizar, minimamente, as instituições estatais existentes e necessárias à consecução de seus (novos) propósitos?

A resposta é, a meu juízo, negativa. Não faria qualquer sentido bradar a eminência do Parlamento no regime democrático e, simultaneamente, retirar-lhe os meios de ação necessários a fazer valer sua importância representativa. Bem por isso sobressai com nitidez a autoridade das Casas Legislativas para desenhar mecanismos institucionais e formais capazes de operacionalizar a aplicação, *in concreto*, dos novos ditames materiais por elas editados. O que está em jogo são as próprias *condições de possibilidade* da autoridade do Poder Legislativo, a rechaçar qualquer leitura maximalista das matérias sujeitas a restrições quanto à iniciativa legislativa.

Ressalte-se, por oportuno, que tal entendimento não implica uma espécie de “ab-rogação hermenêutica” da sistemática constitucional aplicável ao processo legislativo, notadamente no que diz respeito às matérias sujeitas a iniciativa reservada. A Constituição prevê diversas regras sobre o tema, sendo todas de observância compulsória e passíveis de exigibilidade judicial sempre que descumpridas. O que se está a sustentar é, isto sim, que não se pode interpretar o art. 61, §1º, da Lei Maior, sem maiores considerações sobre a dinâmica da Separação de Poderes, sob pena de, em vez de harmônicos entre si (CRFB, art. 2º), termos Poderes rivais uns dos outros.

Na presente hipótese, porém, não se revela sequer necessário enveredar por caminhos tão abstratos para se reconhecer a compatibilidade *formal* da Lei nº 12.485/11 para com a Constituição. Isso porque, como apontou a Advocacia-Geral da União, “as normas hostilizadas não criam novas atribuições para a Ancine; na realidade, apenas promovem a adaptação das regras que estabelecem a competência da referida agência para regular e fiscalizar as atividades de comunicação audiovisual,

contidas no artigo 7º da Medida Provisória nº 2.228-1/01, às hipóteses em que a prestação dessas atividades ocorre por meio do serviço de acesso condicionado”.

Com efeito, a Medida Provisória nº 2.228-1/01, ao criar a ANCINE, atribuiu-lhe, *ab initio*, dentre outras missões a de “fiscalizar o cumprimento da legislação referente à atividade cinematográfica e videofonográfica nacional e estrangeira nos diversos segmentos de mercados, na forma do regulamento” (art. 6º, III), bem como a de “coordenar as ações e atividades governamentais referentes à indústria cinematográfica e videofonográfica, ressalvadas as competências dos Ministérios da Cultura e das Comunicações” (art. 6º, IV). Ora, pela dicção da MP, as obras cinematográficas e videofonográficas sempre foram espécies de obras audiovisuais (art. 1º, II e III), e a “comunicação eletrônica de massa por assinatura” espécie de “segmento de mercado” (art. 1º, VI). Nada mais natural, previsível e consentâneo com a própria MP nº 2.228-1/01 do que ser também da ANCINE a competência para fiscalizar o cumprimento da novel legislação referente à atividade audiovisual de acesso condicionado. Foi o que determinou o art. 15 da Lei nº 12.485/11.

Em verdade, supondo, apenas para argumentar, válidas constitucionalmente as regras materiais do novo marco regulatório, deve-se reconhecer que a atribuição de poderes à ANCINE para zelar pela sua observância é mero *reflexo marginal* da inovação de substância trazida pela Lei nº 12.485/11. De fato, se é constitucional exigir que a gestão, a responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção inerentes à programação e ao empacotamento sejam privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 (dez) anos (como faz o art. 10, *caput*, da Lei), naturalmente deve haver um órgão do Estado que fiscalize esta regra. O mesmo se pode dizer quanto à necessidade de credenciamento das empresas atuantes no mercado (arts. 12 e 31); à exigência de prestação de informações voltadas a apurar o cumprimento das obrigações legais (art. 13), tais como as cotas de conteúdo nacional (art. 19, §§2º e 3º), ou a solicitação de dispensa de seu cumprimento (art. 21); à fixação normativa de um horário nobre (art. 22); à proibição de oferta de canais com publicidade direcionada ao público brasileiro, com veiculação contratada no exterior, senão por meio de agência de publicidade nacional (art. 25);

às sanções e penalidade aplicáveis pelo descumprimento da legislação (art. 36); e, por fim, ao prazo para a regulamentação da Lei (art. 42).

Todas essas previsões legais impugnadas sob o prisma *formal* (i.e., 10; 12; 13; 19, § 3º; 21; 22; 25, §1º, 31, *caput*; 36 e 42) simplesmente indicam a autoridade do Estado encarregada de exigir o cumprimento de novas regras *materiais* sobre o serviço regulado. É um desdobramento lógico de qualquer regra de conduta que exista órgão encarregado de dar-lhe concreção, de sorte que, diferentemente do que alegado pelos requerentes, a mera inovação formal de atribuições da ANCINE não configura fundamento suficiente para inquinar a validade da Lei nº 12.485/11.

Essa constatação, aliás, foi expressamente registrada no parecer da Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática do Congresso Nacional, ao pontuar que *“a instituição de uma política de cotas de conteúdo nacional [ou de qualquer outra obrigação material, complemento] demanda a atribuição de poderes a algum ente governamental para fiscalizá-la e regulamentá-la. No âmbito do Poder Executivo, a instituição que se encontra em melhores condições para assumir essas responsabilidades é a Ancine, pois nenhuma outro órgão público está capacitado para lidar com o principal objeto da política de cotas: o conteúdo nacional, sobretudo aquele de maior valor agregado – o conteúdo de espaço qualificado”*.

Anote-se, ademais, que o próprio art. 9º, parágrafo único, da Lei nº 12.485/11 foi categórico ao prever que *“as atividades de programação e de empacotamento serão objeto de regulação e fiscalização pela Agência Nacional do Cinema - Ancine no âmbito das competências atribuídas a ela pela Medida Provisória no 2.228-1, de 6 de setembro de 2001”* (sem grifos no original), remetendo, portanto, a delimitação das fronteiras de autoridade da ANCINE ao ato normativo editado, em 2001, pelo Chefe do Poder Executivo.

Por tais razões, entendo que a Lei nº 12.485/11 não promoveu alterações na fisionomia do Estado brasileiro que descaracterizassem sua identidade da Administração a ponto de justificar a glosa judicial com fulcro no art. 61, §1º, “e”, da CRFB. O legislador foi prudente o suficiente

para apenas adaptar o arcabouço institucional brasileiro (e a partilha de atribuições até então existente) a um novo marco regulatório do setor, cujas modificações não passariam de levianas promessas se não acompanhadas de instrumentos operacionais mínimos para dar-lhes eficácia.

Ex positis, voto pela rejeição da arguição de inconstitucionalidade formal imputada aos arts. 9º, parágrafo único; 10; 12; 13; 15; 19, § 3º; 21; 22; 25, § 1º, 31, *caput*; 36 e 42, todos da Lei nº 12.485/11.

II.(d) Inconstitucionalidade material

II.(d).1 Restrições à propriedade cruzada (art. 5º, *caput* e §1º) e vedação à verticalização da cadeia de valor do audiovisual (art. 6º, I e II)

A Lei nº 12.485/11, ao definir o novo marco regulatório da TV por assinatura no país, estabeleceu restrições à propriedade cruzada (*cross-ownership*) entre os setores de telecomunicações e de radiodifusão (art. 5º, *caput* e §1º), bem como segmentou a cadeia de valor do audiovisual (art. 6º, I e II), separando as atividades de produção de conteúdo e de transmissão do produto ao consumidor final. Eis o teor das novas regras:

Art. 5º - O controle ou a titularidade de participação superior a 50% (cinquenta por cento) do capital total e votante de empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo não poderá ser detido, direta, indiretamente ou por meio de empresa sob controle comum, por concessionárias e permissionárias de radiodifusão sonora e de sons e imagens e por produtoras e programadoras com sede no Brasil, ficando vedado a estas explorar diretamente aqueles serviços.

§1º - O controle ou a titularidade de participação superior a 30% (trinta por cento) do capital total e votante de concessionárias e permissionárias de radiodifusão sonora e de sons e imagens e de produtoras e programadoras com sede no Brasil não poderá ser detido, direta, indiretamente ou por

meio de empresa sob controle comum, por prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, ficando vedado a estas explorar diretamente aqueles serviços.

Art. 6º - As prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, bem como suas controladas, controladoras ou coligadas, não poderão, com a finalidade de produzir conteúdo audiovisual para sua veiculação no serviço de acesso condicionado ou no serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens:

I - adquirir ou financiar a aquisição de direitos de exploração de imagens de eventos de interesse nacional; e

II - contratar talentos artísticos nacionais de qualquer natureza, inclusive direitos sobre obras de autores nacionais

Segundo a Associação NEOTV TV e a Associação Brasileira de Radiodifusores (ABRA), tais dispositivos encontrar-se-iam eivados de inconstitucionalidade material, por violação aos arts. 1º, IV (valor social da livre iniciativa), 170, *caput* e IV (livre iniciativa e livre concorrência como fundamentos da ordem econômica) e 5º, LIV (princípio da proporcionalidade), todos da Carta da República.

Quanto à vedação da propriedade cruzada (art. 5º, *caput* e §1º) entre os setores de radiodifusão e de telecomunicações, apontam que “o dispositivo impugnado simplesmente impede, sem motivação adequada, que empresas de telecomunicações de interesse coletivo, bem assim concessionárias de radiodifusão sonora e de sons e imagens e produtoras e programadoras, exerçam plenamente as suas atividades”, estabelecendo “uma grave restrição à atuação de dadas empresas, impedindo que elas detenham determinada participação societária ou assumam o controle de outras companhias”. Aduzem ainda que “as finalidades buscadas pelos dispositivos em questão (proteção da concorrência e tutela do consumidor) não são mensuráveis e sequer se sabe se ocorrerão”, de modo que, na prática, tem-se “um mecanismo extremamente gravoso sobre dadas empresas, com resultados absolutamente incertos”.

Quanto à proibição da verticalização da cadeia produtiva do audiovisual (art. 6º, I e II), arguem que é “inadmissível que uma dada

empresa, autorizada a prestar um determinado serviço, venha a ser impedida, peremptoriamente, de realizar a contratação de todo e qualquer talento artístico e de adquirir os direitos de imagem de eventos de cunho nacional , configurando uma indevida interferência na esfera de atuação destas companhias, que têm a sua capacidade competitiva sensivelmente reduzida”.

As motivações do legislador ordinário ao criar tais regras constam dos diversos pareceres exarados pelas Comissões do Congresso Nacional durante a tramitação do PL nº 29/2007, que deu origem ao ato ora impugnado. Os pareceres, acostados aos autos por intermédio da manifestação da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, dão conta de que a *mens legislatoris* não foi a de restringir a competição, mas sim promovê-la, evitando que agentes econômicos dotados de significativo poder de mercado pudessem dominar o setor e, ao final, aniquilar a livre concorrência.

Nesse sentido, a restrição à propriedade cruzada (art. 5º, *caput* e §1º) e a vedação à verticalização da cadeia de valor do audiovisual (art. 6º, I e II) representariam uma restrição pontual à liberdade de iniciativa de alguns (*i.e.*, aqueles potencialmente dotados de poder de mercado) em proveito da liberdade de iniciativa de todos os demais *players* do segmento produtivo e, *a fortiori*, do hígido funcionamento daquele setor. Confirmam-se os seguintes trechos dos pareceres (todos sem grifos no original):

Parecer da Comissão de Defesa do Consumidor às Emendas ao Substitutivo do Relator Deputado Vital do Rêgo Filho

“Participação cruzada de capital entre empresas de telecomunicações e do audiovisual.

Um dos principais argumentos que embasaram a demanda por uma nova disciplina na comunicação audiovisual eletrônica por assinatura consistiu na verificação da necessidade de ampliar o número de atores nesse segmento, com vistas a fomentar a competitividade e, por consequência, elevar a penetração e a qualidade dos serviços. Ao longo dos

debates acerca do assunto, contudo, consolidou-se, de forma quase unânime, a compreensão de que a abertura indiscriminada do mercado poderia ter efeitos nefastos, dada, principalmente, a potencialidade de ingresso de competidores com excessivo poder de mercado. Nessa linha, para assegurar um aumento prudente dos atores e a manutenção de condições equilibradas de concorrência na futura formação do mercado, decidiu-se pela imposição de restrições na participação cruzada entre os setores de telecomunicações e de audiovisual”.

Parecer da Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática ao Substitutivo ao Projeto de Lei nº 29, de 2007

“9. Restrições cruzadas na cadeia de valor
(...)

Considerando a discrepância entre a magnitude dos faturamentos dos setores de telecomunicações e de produção de audiovisual, optamos por acatar a referida emenda. A medida permitirá que sejam evitadas potenciais distorções induzidas por aplicações massivas de capitais transnacionais na produção artística e cultural nacional. Além disso, permitirá que seja mantido o espírito da proposta original, qual seja, impedir que tanto o segmento das telecomunicações quanto o da radiodifusão controlem toda a cadeia produtiva da comunicação audiovisual de acesso condicionado”.

Trecho da manifestação do Deputado Paulo Roberto na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática.

“A aquisição ou financiamento à aquisição de direitos de exploração de imagens de eventos, assim como a contratação de talentos artísticos de qualquer natureza, aí incluídos os direitos sobre obras de autores são insumos fundamentais para as atividades de produção e programação e, conseqüentemente, implicam nos principais custos para aqueles que atuam neste

segmento.

Por outro lado, as prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo são as principais empresas detentoras do insumo essencial na cadeia produtiva da distribuição de conteúdo audiovisual ao assinante, qual seja, as suas redes telecomunicações.

Ao se permitir que as prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo adquiram ou financiem a aquisição de direitos de exploração de imagens e eventos, além de contratar talentos artísticos, estar-se-ia criando um cenário de competição desigual. Isto porque somente os produtores e programadores serão onerados com os custos de remuneração das redes para que os seus conteúdos audiovisuais sejam distribuídos.

Desta feita, a eliminação do termo 'exclusividade' impõe aos prestadores de serviços de telecomunicações de interesse coletivo a restrição para adquirir ou financiar a aquisição de direitos de exploração de imagens de eventos nacionais, bem como contratar talentos artísticos nacionais de qualquer natureza, inclusive direitos sobre obras de autores nacionais, obstaculizando, assim, a criação de uma concorrência predatória neste mercado".

Parecer da Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática ao Projeto de Lei nº 29, de 2007

"Principais alterações efetuadas no Substitutivo apresentado na CCTCI

(...)

5. Direitos de exploração de imagem e contratação de talentos artísticos

Diversas emendas foram oferecidas ao Substitutivo com o objetivo de flexibilizar ou tornar mais restritivas as disposições contidas no art. 6º, que impõe limites às operadoras de telecomunicações de interesse coletivo para adquirir direitos de exploração de imagem de eventos de interesse nacional e contratar talentos artísticos nacionais.

Em nosso entendimento, o texto do Substitutivo original já está redigido de forma suficientemente equilibrada, pois assegura a necessária proteção da indústria brasileira de audiovisual contra a competição das grandes prestadoras de serviços de telecomunicações, que poderia se revelar prejudicial para o desenvolvimento das produtoras nacionais. Portanto, recomendamos a rejeição das Emendas nº 4, 45, 47, 66 e 79”.

Bem delimitadas tanto as razões de insurgência da Associação NEOTV e da ABRA quanto os fundamentos que justificaram a edição, pelo Congresso Nacional, das regras legais ora em exame, passo a analisar o tratamento constitucional da matéria, em especial do regime jurídico dispensado à ordem econômica.

Dispõe o Título VII da Constituição da República sobre a “Ordem Econômica e Financeira” assentando suas bases axiológicas na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, bem como nos princípios da livre concorrência e da defesa do consumidor, dentre outros. Sobressaem desse plexo normativo vetores de sentido aparentemente contraditórios. De um lado, a garantia da livre iniciativa desponta como desdobramento da *liberdade* individual projetada nos domínios da economia, a erigir verdadeira proteção do indivíduo contra interferências externas que tolham sua autonomia empreendedora. Cuida-se, aqui, de um típico direito *negativo* ou de *defesa*, oponível precipuamente ao Poder Público e às suas prerrogativas de autoridade.

De outro lado, porém, a proteção da concorrência e a defesa do consumidor exigem uma postura intervencionista do Estado sobre os mercados, de modo a evitar que o poder econômico de um indivíduo possa asfixiar a liberdade dos outros, bem como a impedir que a iniquidade reine nas relações intersubjetivas. Trata-se, portanto, de um dever de atuação do Estado, a que corresponde um direito *positivo* ou *prestacional* do cidadão de ver-se tutelado contra o abuso de terceiros.

Densificando o conteúdo jurídico e conciliando a eficácia desses *princípios* constitucionais fundamentais, a Carta de 1988 positivou *regras* específicas, ao determinar, por exemplo, que a lei reprima o “*abuso do*

poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Particularmente sobre mercado de comunicação audiovisual, a Lei Maior trouxe dispositivo próprio, voltado a proibir a configuração de monopólio ou oligopólio no setor. Eis o teor dos referidos enunciados normativos (sem grifos no original):

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

(...)

§4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

(...)

§5º - Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

A compreensão do sentido jurídico e da importância social destas regras constitucionais requer uma breve incursão sobre a literatura econômica, responsável por definir, tecnicamente, os conceitos de monopólio e oligopólio. Segundo o conhecimento especializado, trata-se de estruturas de mercado contrastantes com a situação ideal de concorrência perfeita. Justamente porque se afastam do padrão de mercados competitivos, os monopólios e os oligopólios somente podem ser devidamente compreendidos se, antes de tudo, estiver bem caracterizada a estrutura típica da concorrência perfeita.

Pois bem. O modelo de concorrência perfeita é um tipo ideal de

funcionamento dos mercados que supõe, dentre outros aspectos, que todos os agentes econômicos atuantes no setor (consumidores ou fornecedores) são “tomadores de preços” (*price-takers*). Isso significa, segundo Hal Varian, que, sob o ângulo da oferta, “cada firma toma o preço como sendo independente de suas próprias ações, embora seja a ação conjunta de todas elas que determine o preço de mercado” (Tradução livre do original: “*In a competitive market each firm takes the price as being independent of its own actions, although it is the actions of all firms taken together that determine the market price*”. *Microeconomic Analysis*. Nova Iorque: W. Norton & Company Inc, 1992, p. 218). Neste modelo, portanto, inexistente qualquer empresa que detenha *poder de mercado*, *i.e.*, ostente capacidade de, individualmente, praticar os preços que desejar. O preço de mercado, afirma a literatura especializada, tende então a ser equivalente ao custo *marginal* de produção (o que, de forma simplificada, pode ser definido como a variação total dos custos em que incorre a firma ao produzir uma unidade adicional do bem ofertado).

Os economistas apontam que mercados perfeitamente competitivos promovem uma alocação eficiente de recursos escassos, uma vez que maximizam tanto o bem-estar individual, medido pelo excedente do consumidor, quanto o lucro do produtor, aferido pela diferença entre sua receita e seus custos (SAMUELSON, Paul; e NORDHAUS, William D. *Economia*. Porto Alegre: AMGH, 2012, p. 142). Não é difícil perceber, ainda que intuitivamente, essa relação. Se o preço de mercado, em concorrência perfeita, é igual ao custo marginal de produção, somente terão condições de competir as empresas mais eficientes, o que, a um só tempo, aumenta a margem de retorno do produtor e reduz o valor de aquisição do bem ou serviço pelo consumidor. Diz-se então que todo equilíbrio geral competitivo é eficiente no sentido de Pareto, isto é, não admite que qualquer agente econômico tenha sua situação melhorada sem que tal melhora venha ao preço da piora da situação de outro (“*An allocation of resources is Pareto efficient if it is not possible (through further reallocations) to make one person better-off without making someone else worse-off*”. NICHOLSON, Walter; e SNYDER, Christopher. *Microeconomic Theory*.

Basic Principles and Extensions. Ohio: Thomson SouthWestern, 2007, p. 467).

Já o monopólio e o oligopólio são estruturas de mercado que, distanciando-se da concorrência perfeita, não promovem a esperada eficiência alocativa. Isso ocorre porque, ao invés de tomadores de preços, os produtores são *formadores* de preços (*price-makers*), no sentido de que detêm, individualmente (no caso do monopólio) ou em concerto com um número reduzido de empresas (no caso do oligopólio), capacidade para definir o preço de equilíbrio do mercado. Esse poder de manipulação é consequência direta do fato de que apenas um ou alguns poucos produtores são responsáveis por abastecer o mercado inteiro, sendo-lhes possível controlar o volume da oferta agregada e, ato contínuo, o valor de troca em equilíbrio. Em consequência, o preço de mercado passa a ser maior que o custo marginal de produção, gerando o que os economistas rotulam de peso morto (*deadweight loss*) – *i.e.*, uma perda de eficiência alocativa configurada quando a situação de equilíbrio não se caracteriza como ótimo de Pareto. É o que explica Ivo Gico Junior:

“Do ponto de vista prático, todos os consumidores que estiverem dispostos a pagar acima do custo marginal do produto pela sua obtenção, porém possuam preço de reserva abaixo do preço monopolístico, não serão atendidos. O não-atendimento a esses consumidores, ou a perda da utilidade atribuída por eles ao bem, representa um resultado socialmente ineficiente, pois esse valor não é apropriado pelo monopolista, mas simplesmente destruído. A escassez artificial criada pelo monopolista gera uma perda de utilidade que não é compensada de qualquer outra forma e, por isso, diminui a riqueza da sociedade como um todo”.

(GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Cartel. Teoria Unificada da Colusão*. São Paulo: Lex Editora, 2006, p. 80).

Soma-se a esse problema de (in)eficiência, típico da análise econômica, outro de maior evidência jurídica, relativo à *justiça comutativa*

das trocas voluntárias entre os agentes econômicos. Isso porque as estruturas de mercado monopolistas ou oligopolistas permitem que o excedente agregado resultante das transações econômicas seja apropriado integralmente pelo produtor (ou grupo restrito de produtores), em franco detrimento do consumidor, cuja proteção é sabidamente tratada pela Constituição como direito fundamental e princípio geral da ordem econômica (CRFB, art. 5º, XXXII; art. 170, V). Noutras palavras, isso significa que, na presença de monopólios e oligopólios, há uma oferta menor de produtos e serviços no mercado, bem como uma transferência de excedente do consumidor para o produtor na forma de lucros extraordinários.

Essa *distorção* alocativa gerada pelos monopólios e oligopólios explica por que se costuma rotulá-los como *falhas de mercado*, a ensejar intervenção do Estado de modo a preservar e promover condições de livre e hígida concorrência, próximas do modelo de competição perfeita. Tradicionalmente, essa intervenção estatal manifesta-se em duas dimensões distintas, embora complementares. Para os mercados em que a competição entre empresas seja possível, o *direito antitruste* é responsável por *prevenir* a formação de estruturas conducentes à concentração do poder econômico, bem como *reprimir* condutas comerciais sintomáticas desse fenômeno. Para os mercados em que a competição é (tecnicamente) inviável, como nos casos de alguns serviços públicos (*public utilities*) caracterizados, via de regra, como monopólios naturais, caberia ao Estado *regular* variáveis centrais para a prestação do serviço ou produção do bem, tais como condições de entrada e saída do mercado, padrões de qualidade e níveis adequados de informação, além de limites de preço. (cf. KAHN, Alfred. *The Economics of Regulation. Principles and Institutions*. Cambridge: The MIT Press, 1988, p. 1-3; e BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; e LODGE, Martin. *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2012, p. 15-17).

No mercado de produtos audiovisuais, os efeitos deletérios da concentração excessiva de poder econômico suscitam problemas adicionais e de inegável sensibilidade constitucional. Refiro-me aqui aos

desdobramentos nocivos da concorrência imperfeita sobre o direito à liberdade de expressão e à liberdade de informação. Embora tratando do tema principalmente sob a ótica da radiodifusão, transcrevo a lição precisa de Alexandre Sankievicz, cujo magistério, acredito, aplica-se, *mutatis mutandis*, à hipótese da TV por assinatura, enquanto espécie de comunicação social:

“No campo da comunicação social, porém, os efeitos vão além dos prejuízos econômicos. Monopólios e oligopólios acarretam a diminuição da diversidade de informação ofertada na esfera pública com consequências deletérias para a democracia coparticipativa. Concentrações ilegais, nesse campo, não terão como consequência o mero aumento do preço do jornal, mas podem afetar o pluralismo, a veracidade e a objetividade da informação divulgada. Ademais, a diversidade dos produtos midiáticos exerce influência considerável sobre os valores da sociedade que consome tais produtos e contribui para a formação da agenda pública e da opinião da população sobre temas de relevante interesse nacional.

Na mídia, a concentração econômica é considerada uma ameaça ao mercado de ideias, pois tende a provocar um impacto negativo no pluralismo informativo e de conteúdos que se espera dos meios de comunicação social. Quanto menor o número de instituições, menor o número de pessoas tomando decisões sobre a diversidade de conteúdo e, em princípio, menor o número de vozes que conseguem se fazer representar na esfera pública. (...)

Os efeitos indesejados da concentração ademais não são circunscritos apenas à redução da diversidade. Eles também aumentam o risco de que certos interesses políticos, pessoais ou econômicos prevaleçam sobre o dever de veracidade e objetividade. Na área da comunicação social, em especial, concentração econômica significa concentração de influência, que pode ser facilmente usada para obtenção de lucros políticos e ideológicos”.

(SANKIEVICZ, Alexandre. *Liberdade de Expressão e Pluralismo. Perspectivas de Regulação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 89-90).

Diante desse quadro fático e jurídico, não me parece que o art. 5º, *caput* e §1º nem o art. 6º, I e II, ambos da Lei nº 12.485/11, tenham violado qualquer previsão constitucional. Bem ao revés: as regras proibitivas da propriedade cruzada entre os setores de radiodifusão e de telecomunicações, bem como aquelas impeditivas da verticalização da cadeia de valor do audiovisual nada mais fazem do que, *direta e imediatamente*, concretizar os comandos constitucionais inscritos no art. 170, §4º e 220, §5º, da Lei Maior, no sentido de coibir o abuso do poder econômico e evitar a concentração excessiva do mercado. Cuida-se, portanto, de regras antitruste que buscam *prevenir* a configuração de falhas de mercado (monopólios e oligopólios) e a distorção alocativa que lhes é correlata.

De forma *mediata*, as aludidas regras contribuem ainda para promover a diversificação do conteúdo produzido, justamente porque tendem a evitar que o mercado de TV por assinatura se feche, ampliando as fontes de informação disponíveis e o espaço para a manifestação de novos entrantes. Na linha já apontada pela Procuradoria-Geral da República, trata-se de reconhecer que as proibições veiculadas pelo art. 5º, *caput* e §1º, e pelo art. 6º, I e II, ambos da Lei nº 12.485/11, realizam a *dimensão objetiva* do direito fundamental à liberdade de expressão e de informação, no que tem destaque o papel *promocional* do Estado no combate à concentração do poder comunicativo. É esse o magistério de Daniel Sarmiento:

“Na nossa opinião, a intervenção estatal visando a democratizar a esfera comunicativa é indispensável. Mais que uma faculdade, ela deve ser concebida como um verdadeiro dever do Estado, sobretudo em sociedades desiguais como a brasileira, em que os meios de comunicação social se encontram excessivamente concentrados nas mãos de uma pequena elite, e

o mercado não proporciona aos pobres qualquer acesso real à mídia. Essa intervenção não opera contra, mais a favor da liberdade de expressão, que não deve, portanto, ser concebida como um mero direito negativo a uma abstenção estatal”.

(SARMENTO, Daniel. “Liberdade de Expressão, Pluralismo e Papel Promocional do Estado” *in* *Livres e Iguais – Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 286)

Obviamente não se está aqui a “publicizar”, via hermenêutica constitucional, o regime jurídico da TV por assinatura, confundindo-o com o tratamento dispensado pela Lei Maior aos serviços de radiodifusão de sons e imagens (TV aberta). Não se trata disso. Cuida-se, isto sim, de reconhecer que foi a própria Constituição de 1988 que previu diretrizes comuns e gerais aplicáveis indistintamente a todos os veículos de comunicação social, tais como a proteção da livre manifestação do pensamento e da informação e a vedação à censura (CRFB, art. 220, *caput*, §§ 1º, 2º e 3º), a proibição da configuração de monopólio ou oligopólio no setor comunicativo (CRFB, art. 220, §5º) e as regras de preferência de conteúdo a serem estimulados na produção e na programação das emissoras de rádio e televisão (CRFB, art. 221 c/c art. 222, §3º). Esses dispositivos respaldam, a toda evidência, uma postura não meramente passiva do Estado na regulação da TV por assinatura, viabilizando (e porque não dizer *reclamando*) verdadeira atuação positiva do Poder Público na *promoção* dos valores constitucionais pertinentes ao setor.

Entendo, à luz de tais razões, que não procede a alegação das associações requerentes no sentido de que o art. 5º, *caput* e §1º, da Lei do SeAC, impediria “*sem motivação adequada, que empresas de telecomunicações de interesse coletivo, bem assim concessionárias de radiodifusão sonora e de sons e imagens e produtoras e programadoras, exerçam plenamente as suas atividades*”, configurando ultraje à liberdade de iniciativa (CRFB, art. 1º, IV; art. 170, *caput*). Embora haja, de fato, um impedimento legal à plena

liberdade desses agentes econômicos, sua existência é justificada por razões econômicas, *prima facie*, consistentes, as quais, a seu turno, se reconduzem a regras constitucionais expressas (CRFB, art. 170, §4º e art. 220, §5º).

Relembro aqui que tais regras representam autêntica *ponderação constitucional* entre os princípios reitores da ordem econômica brasileira, notadamente a livre iniciativa, de um lado, e a livre concorrência e a proteção do consumidor, de outro. O que pretendeu e fez o legislador foi simplesmente operacionalizar, em concreto, a *acomodação otimizada* desses valores já ponderados em abstrato pelo constituinte de 1988. No mesmo sentido se manifestou a Procuradoria-Geral da República:

“As regras de restrição à propriedade cruzada e à propriedade vertical (art. 5º e 6º da Lei nº 12.485/11) consistem em medidas de implementação da vedação constitucional ao monopólio ou oligopólio nos meios de comunicação social (art. 220, §5º, da CR)”.

De qualquer sorte, insta frisar que a Lei nº 12.485/11, se analisada em comparação com o marco regulatório anterior, acabou por ampliar direitos ao invés de reduzi-los. Assim é que, por exemplo, revogou a antiga regra constante do art. 15 da Lei nº 8.977/95 (Lei do Cabo), que somente autorizava a prestação do serviço de distribuição de sinal de TV a cabo por concessionária de telecomunicações “*na hipótese de desinteresse manifesto de empresas privadas*”. Ao dar fim a tal proibição, a Lei nº 12.485/2011, na verdade, promoveu a livre iniciativa ao invés de restringi-la, revelando-se, sob este ângulo, menos onerosa à liberdade do que a legislação anterior.

É verdade que essa ampliação de direitos foi apenas parcial, uma vez que as regras que vedam a propriedade cruzada (art. 5º, *caput* e §1º) ainda constituem óbice à entrada no mercado. Trata-se, porém, de medida deliberada e justificada pelo legislador, na medida em que “*a abertura indiscriminada do mercado poderia ter efeitos nefastos, dada, principalmente, a potencialidade de ingresso de competidores com excessivo poder de mercado*”.

Destarte, o preceito do art. 5º adveio como uma espécie de mecanismo de compensação, *“para assegurar um aumento prudente dos atores e a manutenção de condições equilibradas de concorrência na futura formação do mercado* (trechos supratranscritos do parecer da Comissão de Defesa do Consumidor ao PL nº 29/2007).

A mesma racionalidade econômica explica a validade jurídico-constitucional da proibição constante do art. 6º, I e II, da Lei nº 12.485/11. Aqui, mais uma vez, o legislador procurou zelar pela livre concorrência e pela ampla competitividade no mercado audiovisual brasileiro. A medida encontrada para tanto foi impedir que os detentores da infraestrutura responsável pela transmissão do sinal ao consumidor pudessem também produzir conteúdo (seja pela aquisição ou financiamento da aquisição de direitos de exploração de imagens de eventos de interesse nacional, seja pela contratação talentos artísticos nacionais de qualquer natureza, inclusive direitos sobre obras de autores nacionais).

A lógica por trás desse impedimento parte da constatação, pelo legislador, de que a aquisição ou financiamento à aquisição de direitos de exploração de imagens de eventos, assim como a contratação de talentos artísticos de qualquer natureza, aí incluídos os direitos sobre obras de autores *“são insumos fundamentais para as atividades de produção e programação e, conseqüentemente, implicam os principais custos para aqueles que atuam neste segmento”*. Ocorre que *“as prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo são as principais empresas detentoras do insumo essencial na cadeia produtiva da distribuição de conteúdo audiovisual ao assinante, qual seja, as suas redes telecomunicações”* (Trecho supracitado da manifestação do Deputado Paulo Roberto na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática). Pretendeu, portanto, o legislador evitar que um único agente econômico controle insumos essenciais para etapas diferentes da cadeia de valor do audiovisual (no caso, as etapas de produção de conteúdo e de distribuição do sinal), concentrando verticalmente mais de um elo estratégico da estrutura produtiva. Quis-se, com isso, impedir um *“cenário de competição desigual”*.

Essa preocupação do legislador em relação à verticalização da

estrutura produtiva tem respaldo nas lições do direito antitruste. Embora não sem relativa divergência (cf. FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do Antitruste*. São Paulo: RT, 2011, p. 402-406), costuma-se afirmar que concentrações verticais realizadas por empresa com forte posição dominante implicam elevada probabilidade de efeitos anticompetitivos líquidos sobre os mercados relevantes em questão. Nesse sentido é o magistério de Calixto Salomão Filho, *verbis*:

“A doutrina identifica várias conseqüências específicas das concentrações verticais que causam preocupação concorrencial. (...) E isso por duas razões bastante evidentes. Em primeiro lugar porque nesses casos sobram muito poucas alternativas aos produtores sobram muito poucas alternativas aos produtores e/ou distribuidores independentes para respectivamente vender ou comprar seus produtos em condições concorrenciais. Mas também a concorrência potencial se limita substancialmente. Com efeito, novos potenciais concorrentes que queiram entrar em um dos mercados deverão entrar em ambos para ter alguma chance de concorrer. É por esse motivo que uma das principais objeções de natureza concorrencial à concentrações verticais está exatamente no aumento substancial de barreiras à entrada no mercado por elas proporcionado”.

(SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial. As Estruturas*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 310)

Os dados trazidos à Corte durante as audiências públicas realizadas apontam que tanto o *diagnóstico* quanto o *prognóstico* do legislador são consistentes. De fato, conforme apontado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), antes da promulgação da Lei nº 12.485/11, a regulação fragmentada do setor audiovisual brasileiro acabou por estimular tanto uma *limitação* quanto uma *concentração excessiva* do mercado de TV por assinatura no Brasil. A limitação ficava evidente quando se comparava a penetração (inferior) do serviço de TV paga no

Brasil (12,7%) com a de outros países. Na América Latina, por exemplo, a Argentina (77%), a Colômbia (72%) e o Uruguai (48,6%) estavam em patamares bastante superiores ao brasileiro. Já a concentração excessiva era ilustrada pelo fato de que apenas um grupo econômico (Telmex - controlador das operadoras NET Serviços e Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A – Embratel) detinha, em 2010, 55% do mercado.

Já os dados oficiais trazidos aos autos pela ANCINE e pela ANATEL ilustram que o remédio regulatório tem se mostrado, até então, eficaz para reverter a patologia do mercado audiovisual brasileiro. Desde a aprovação da Lei, a Anatel recebeu 50 pedidos de licenciamento de novas estações (prestadores já atuantes no mercado) e 88 novos pedidos de outorga de SEAC (novos prestadores). Isso significa um aumento de quase 70% no número de municípios com TV por assinatura. A ampliação da oferta fica ainda mais evidente quando se revela que, em 2012, o Brasil atingiu o patamar 16 milhões de assinaturas de TV paga, número que representa o dobro daquele observado em 2009. Em 2016, estima-se que o país deva alcançar 30 milhões de assinantes. Também o *market share* das empresas atuantes no setor começou a apresentar contornos menos concentrados a partir da entrada de novos *players*, como é o caso da GVT, que de nenhum assinante em setembro de 2011 passou a ter 425.635 assinaturas em dezembro de 2012, e da Oi, que, no mesmo período, apresentou crescimento de 85% na sua base de assinantes.

Em síntese, não vislumbro na espécie qualquer violação à livre iniciativa (CRFB, art. 1º, IV; art. 170, *caput*) que possa ser imputada ao artigo 5º, *caput* e §1º, e ao artigo 6º, I e II, ambos da Lei nº 12.485/11, máxime diante da existência, em seu favor, de razões econômicas, *prima facie*, consistentes e albergadas por regras constitucionais expressas (CRFB, art. 170, §4º e art. 220, §5º).

II.(d).2 Extensão dos poderes normativos conferidos à ANCINE (art. 9º, parágrafo único; art. 21 e art. 22)

O Partido Democratas alega que o art. 9º, parágrafo único, da Lei nº

12.485/11, representaria *“inconstitucional delegação do poder de legislar e, logo, abuso do poder legislativo por parte do Congresso Nacional”*, uma vez que determinou que as atividades de programação e de empacotamento serão objeto de regulação e fiscalização pela Agência Nacional do Cinema (ANCINE) sem, no entanto, fixar balizas objetivas para o exercício da competência regulatória pela autoridade administrativa. Isso, a seu ver, violaria *“a reserva legal de lei federal estabelecida expressamente na Constituição em seu art. 220, § 3º”*.

Aponta ainda que os princípios encartados no art. 3º da Lei nº 12.485/11 não ostentariam densidade normativa suficiente para restringir a discricionariedade conferida à agência, de modo que, na prática, a entidade seria transformada em *“regulador absoluto de atividades de produção, programação e empacotamento relacionadas à distribuição do serviço de televisão por assinatura, com poderes para editar normas, expedir licenças e aplicar sanções, desde que atenda aos princípios da comunicação audiovisual materializados pela própria norma em questão”*. Eis o teor do enunciado cuja validade se questiona:

Art. 9º As atividades de produção, programação e empacotamento são livres para empresas constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no País.

Parágrafo único. As atividades de programação e de empacotamento serão objeto de regulação e fiscalização pela Agência Nacional do Cinema - Ancine no âmbito das competências atribuídas a ela pela Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001.

Segundo a inicial subscrita pelo DEM, o mesmo vício de inconstitucionalidade acometeria ainda dois outros artigos da Lei nº 12.485/11, razão pela qual os destaco para análise conjunta à do art. 9º, parágrafo único. O primeiro deles é o de número 21, que permite que a ANCINE dispense o cumprimento de cotas de conteúdo nacional (fixadas nos arts. 16 a 18) nas hipóteses de comprovada impossibilidade de seu

integral cumprimento pelos agentes econômicos do setor. O segundo é o de número 22, que atribui à Agência Nacional do Cinema poderes para definir a faixa de horário nobre na TV por assinatura. Confira-se a redação de ambas as previsões legais:

Art. 21. Em caso de comprovada impossibilidade de cumprimento integral do disposto nos arts. 16 a 18, o interessado deverá submeter solicitação de dispensa à Ancine, que, caso reconheça a impossibilidade alegada, pronunciar-se-á sobre as condições e limites de cumprimento desses artigos.

Art. 22. Regulamentação da Ancine disporá sobre a fixação do horário nobre, respeitado o limite máximo de 7 (sete) horas diárias para canais de programação direcionados para crianças e adolescentes e de 6 (seis) horas para os demais canais de programação.

Quanto ao art. 21, o Partido requerente afirma que *“a referida Lei silencia quanto aos critérios adotados na hipótese [de a ANCINE] consentir com a operação de empresas que não conseguirem cumprir a integralidade das exigências estabelecidas nos arts. 16 e 18”*, o que evidenciaria *“a intenção de conceder poder absoluto à ANCINE sobre o setor audiovisual de acesso condicionado”*. Nesse sentido, afirma o DEM *“que (...) esses critérios deveriam estar definidos na própria Lei nº. 12.485/2011 e não em termos genéricos como consta no dispositivo”*.

Quanto ao art. 22, alega o DEM que se caracteriza violação à Constituição *“impor restrições à liberdade de expressão do setor audiovisual de acesso condicionado, valendo-se, para tanto, tão somente de regulamento a ser por ela [ANCINE] editado”*, quando, em verdade, tais restrições deveriam constar de lei, e não de ato administrativo, o que implicaria ofensa também ao *caput* dos artigos 170 e 174, o inciso IV do art. 170, e inciso IX do art. 5º da Lei Maior.

Delimitado o debate, enfrento as alegações suscitadas.

Ressalto, *ab initio*, que a questão jurídica suscitada na presente arguição de inconstitucionalidade toca o cerne da dogmática juspublicista

e, não por outro motivo, vem sendo objeto de acalorados debates doutrinários aqui e alhures. Cuida-se de definir os limites dos poderes normativos conferidos às agências reguladoras, pauta temática que, no Brasil, passou a ganhar relevo na vida política e jurídica com a reforma gerencial por que passou a Administração Pública a partir da década de 90 do século passado. Sua importância é auto-evidente: o reconhecimento de autoridade *normativa* a agências reguladoras independentes põe em xeque concepções mais tradicionais quanto à centralidade da lei *formal* na disciplina das relações sociais. O que está em jogo, portanto, é a própria noção conceitual de legalidade, pedra de toque do Estado de Direito.

O debate, porém, não pode ignorar que a comunidade política que temos hoje já não é - sob o ângulo estritamente descritivo - aquela que existia nos albores do jusnaturalismo racionalista que inspirou os movimentos de ruptura com o Antigo Regime no final do século XVIII. O Estado, como registrou o i. Min. Joaquim Barbosa em sede doutrinária, sofreu uma verdadeira *“metamorfose”* marcada pelas *“frequentes e profundas alterações, todas elas desencadeadas pela formidável evolução da técnica, pela radical transformação do modo de produção econômica e pela conseqüente modificação das estruturas sociais”*. (BARBOSA, Joaquim. “Agências Reguladoras: A ‘Metamorfose’ do Estado e da Democracia (Uma Reflexão de Direito Constitucional e Comparado)” *in* BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 21).

Com efeito, o modelo oitocentista de Estado, de perfil minimalista no que diz respeito à atuação junto à iniciativa privada, deu lugar a um Estado interventor nas esferas antes hegemônicas da sociedade civil, assumindo o papel de provedor de necessidades fundamentais e corretor de antigas e novas iniquidades. Esse perfil interventivo, ao projetar-se sobre os mais variados ramos da vida social, passou a exigir cada vez mais conhecimento técnico e especializado dos órgãos estatais, além de respostas mais rápidas do que as propiciadas pelo naturalmente moroso processo legislativo formal. A resposta institucional a essa demanda da sociedade contemporânea veio na forma de *agências reguladoras*

independentes. No Brasil, essas autoridades surgem como autarquias de regime especial, dotadas de autonomia reforçada e concentradoras de funções públicas normalmente distribuídas entre poderes do Estado.

Destaca-se, para os fins do presente julgamento, a competência *normativa* das agências reguladoras independentes. Essa função é, em boa medida, decorrente das conhecidas “leis-quadro” (*lois-cadre*) ou *standartizadas*, que acabam por abrir espaços, mais ou menos amplos, à atividade normativa das agências reguladoras. Isso porque, caracterizadas pela baixa densidade normativa, tais leis permitem “o desenvolvimento de normas setoriais aptas a, com autonomia e agilidade, regular a complexa e dinâmica realidade social subjacente” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 408).

A questão que se coloca nestes autos é saber se esse modelo de relação entre lei e regulamento é necessariamente incompatível com o princípio da legalidade. A resposta, a meu sentir, é negativa.

O princípio da legalidade, neste novo cenário histórico e político, não pode mais se prender ao paradigma liberal clássico, que enxergava na lei *formal* (i.e., aquela emanada dos órgãos constitucionalmente investidos de função legiferante, notadamente o Parlamento) o *único* padrão de regência da vida pública ou privada, capaz de esgotar, em seu relato abstrato, todos os comandos necessários à disciplina social. É o que defende com brilhantismo o professor Alexandre Santos de Aragão ao propugnar “por uma superação da separação rígida entre as versões extremas de conformidade legal, sustentando que o mínimo de densidade normativa que as leis devem possuir para atribuir poderes à Administração Pública consiste em habilitações normativas calcadas em princípios e valores”, ao que o autor denota por **legalidade principiológica** ou **legalidade formal axiológica**, “no sentido de que as atribuições de poderes pela lei devem, por sucintas que sejam, ser pelo menos conexas com princípios que possibilitem o seu controle; princípios aqui considerados em seu sentido amplo, abrangendo finalidades, políticas públicas, standards etc.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. “A Concepção Pós-Positivista do Princípio da Legalidade” *in* Revista de

Direito Administrativo, v. 236, 2005, p. 12).

Vê-se, portanto, que a autoridade normativa das agências reguladoras não implica, *per se*, uma crise da legalidade (e, *a fortiori*, do Estado de Direito), mas antes a superação de uma forma oitocentista (e totalizante) de enxergá-la, como bem anota Floriano de Azevedo Marques Neto:

“O que parece estar em questão é a motriz da legalidade. Ou seja: o tipo de prescrição que deverá estar contida no comando legal. Presente parece estar a inviabilidade de se pretender que o princípio da legalidade imponha que a norma legal deva trazer, precisamente, o conteúdo, a forma, a oportunidade e a ocasião do exercício da atividade regulatória. **Em crise não está o princípio da legalidade, mas o conteúdo totalizante da prescrição legal.** (...) A relação das agências reguladoras com o Direito se dá em face de uma nova legalidade: a lei define as metas principais e os contornos da atividade do órgão regulador, cometendo-lhe (nestes limites e sob o controle do Judiciário e do próprio Legislativo) ampla margem de atuação. Atuação, esta, que segue um novo tipo de discricionariedade, pautado fundamentalmente pelos objetivos definidos na lei para serem implementados no setor regulador”. (sem grifos no original)

(MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 94-95).

Obviamente nem toda atribuição de poderes normativos à Administração Pública receberá o beneplácito constitucional. Como preleciona Carlos Ari Sundfeld, “a constitucionalidade da lei atributiva depende de o legislador haver standards suficientes, pois do contrário haveria delegação pura e simples de função legislativa”. Sem embargo, “saber qual é o conteúdo mínimo que, nessas circunstâncias, a lei deve ter é uma das mais clássicas e tormentosas questões constitucionais, como se vê da jurisprudência

comparada, em países tão diferentes quanto os Estados Unidos, a Alemanha e a França” (“Introdução às Agências Reguladoras” *in* *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 27).

Sem prejuízo das controvérsias, nos Estados Unidos, Erwin Chemerinsky relata que, em mais de sessenta anos desde o julgamento dos casos *Panama Oil* e *Schechter*, que assentaram, ainda durante o período do New Deal, as bases teóricas da *non-delegation doctrine*, a Suprema Corte norte-americana não declarou inconstitucional nenhuma lei que tenha conferido poderes normativos a agências reguladoras independentes. Todas as delegações, ainda que amplas, foram reputadas válidas. Segundo o festejado professor da Universidade da Califórnia (Irvine), “isso reflete um entendimento judicial de que delegações abrangentes são necessárias em um mundo complexo, bem como que o Poder Judiciário não está bem preparado para traçar limites claros”. (Tradução livre do original: “Undoubtedly, this reflects a judicial judgment that broad delegations are necessary in the complex modern world and that the judiciary is ill-equipped to draw meaningful lines” - *Constitutional Law: Principles and Policies*. Nova Iorque: Wolters Kluwer, 2011, p. 335).

É preciso, pois, cautela do Poder Judiciário ao declarar a inconstitucionalidade de leis que atribuam poderes normativos às agências reguladoras. Richard Stewart, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Nova Iorque (*New York University* - NYU), alerta sobre os inconvenientes e obstáculos inerentes à tentativa de tolher, pela via judicial, os espaços de discricionariedade das instâncias administrativas, exigindo um tratamento exaustivo dos diferentes assuntos no plano legislativo:

“Enquanto as cortes podem, em alguns casos, limitar amplas delegações legislativas por intermédio de interpretação jurídica, a adoção generalizada da doutrina da não-delegação (*nondelegation doctrine*) seria claramente pouco sábia. No mundo contemporâneo, previsões legislativas detalhadas de políticas públicas não seriam nem factíveis nem desejáveis, e os juízes não estão bem preparados para distinguir as situações.

Em relação a muitas medidas estatais, pode ser impossível especificar o curso particular de ação a ser seguido. Isso é mais óbvio em um novo campo regulatório. A administração é um exercício de experimentação. Se a matéria é política ou economicamente volátil – como a definição de salários ou preços – mudanças constantes nos parâmetros básicos do problema impedem o desenvolvimento de uma política detalhada que possa ser aplicada por qualquer período maior de tempo. (...)

Ademais, há sérias limitações institucionais à habilidade do Congresso em detalhar políticas regulatórias. As maiorias legislativas representam tipicamente coalizões de interesse que devem guardar harmonia não apenas entre si, mas também com oponentes. Políticos com frequência preferem não tomar posição firme e clara em assuntos controversos de políticas econômicas ou sociais. A previsão legislativa detalhada exigiria investigação intensa e contínua, decisão, e revisão de complexos e específicos assuntos. Tal tarefa demandaria recursos que o Congresso, na maioria dos casos, não tem capacidade ou interesse em reunir. Um esforço generalizado de legislar em detalhes também exigiria um grau de descentralização que poderia erodir a já fragilizada *accountability* das decisões congressuais. Essas circunstâncias tendem a justificar amplas delegações de autoridade a agências administrativas. Além disso, para além desses fatores, alguém poderia questionar se o Poder Legislativo é mais provável de produzir decisões responsáveis sobre questões de políticas públicas do que as agências.

Por fim, há sério problema em confiar ao Poder Judiciário a missão de aplicar a teoria da não-delegação (*nondelegation doctrine*). As cortes podem impropriamente insistir em um detalhamento legislativo maior do que a matéria comporte. Porém, como decidirá o juiz acerca do grau de especificação normativa possível, por exemplo, na regulação de salários e preços quando esta é inicialmente implementada? Como ele decidirá se há possibilidade de maior detalhamento legislativo

em razão do conhecimento acumulado sobre a matéria? E se a situação política é tal que o processo legislativo seja incapaz de gerar qualquer previsão normativa mais detalhada? Como o juiz diferencia este caso daqueles em que o Poder Legislativo está evitando exercer suas ‘próprias’ responsabilidades? Tais julgamentos são necessariamente subjetivos, e a doutrina que os enxerga como determinantes da legitimidade da atuação administrativa pode inviabilizar a própria administração, seja pela sua exposição à contínua ameaça de invalidação, seja pelo incentivo à recalcitrância que desperta naqueles que a ela se opõem. Dados esses parâmetros subjetivos, e o caráter controverso de decisões quanto à invalidade de decisões legislativas, tais decisões irão inevitavelmente parecer partidárias, e poderão com frequência sê-lo”.

(STEWART, Richard. “The Reformation of American Administrative Law” *in Harvard Law Review*, vol. 88, p. 1695-1697 - tradução livre do original)

No âmbito do direito pátrio, o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de reconhecer a validade de lei federal que, ao instituir agência reguladora, conferiu-lhe, com relativa amplitude, poder normativo. No julgamento da ADI nº 1.668/DF, arguiu-se a inconstitucionalidade do art. 16, incisos IV e X, da Lei nº 9.472/97, que criou a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e atribuiu-lhe competência para “*expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público*” (inciso IV) e “*expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado*” (inciso X). Tratar-se-ia, segundo os requerentes, de inadmissível delegação legislativa à agência administrativa. Rejeitando a impugnação, o voto do i. Min. Marco Aurélio assentou que seria suficiente para preservar a higidez dos dispositivos emprestar-lhes interpretação conforme a Constituição de modo a reconhecer que “*a atuação da Agência há de fazer-se de acordo com as normas de âmbito legal e regulamentar de regência*”.

Na espécie, a solução, acredito, deve ser a mesma. Muito embora o

art. 9º, parágrafo único da Lei nº 12.485/11 estabeleça que *“as atividades de programação e de empacotamento serão objeto de regulação e fiscalização pela Agência Nacional do Cinema (ANCINE)”*, a própria Lei dispõe que tal atribuição deverá ser exercida com observância das regras fixadas pela Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, que criou a agência reguladora. Tal circunstância, por si, já revela um cometimento do legislador federal, que cuidou de apontar, de imediato, ato normativo a balizar a conduta da ANCINE.

E não é só. Em seu artigo 3º, a Lei nº 12.485/11 prevê, expressamente, diversos princípios fundamentais da comunicação audiovisual de acesso condicionado. Transcrevo o dispositivo:

**CAPÍTULO II
DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA
COMUNICAÇÃO AUDIOVISUAL DE ACESSO
CONDICIONADO**

Art. 3º A comunicação audiovisual de acesso condicionado, em todas as suas atividades, será guiada pelos seguintes princípios:

- I - liberdade de expressão e de acesso à informação;**
- II - promoção da diversidade cultural e das fontes de informação, produção e programação;**
- III - promoção da língua portuguesa e da cultura brasileira;**
- IV - estímulo à produção independente e regional;**
- V - estímulo ao desenvolvimento social e econômico do País;**
- VI - liberdade de iniciativa, mínima intervenção da administração pública e defesa da concorrência por meio da livre, justa e ampla competição e da vedação ao monopólio e oligopólio nas atividades de comunicação audiovisual de acesso condicionado.**

Parágrafo único. Adicionam-se aos princípios previstos nos incisos deste artigo aqueles estabelecidos na Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões

Culturais, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 485, de 20 de dezembro de 2006.

Ora, ainda que genéricos, tais princípios fixam diretrizes de atuação a conformar a conduta de todas as autoridades do Estado que estejam envolvidas na disciplina do setor audiovisual brasileiro, impedindo que qualquer delas se transforme em órgão titular de um pretensão poder regulatório absoluto, como sugere o Partido Democratas. Qualquer cidadão ou empresa que se sinta prejudicado pela atuação das agências reguladoras poderá reclamar a adequada tutela jurisdicional, que cuidará de aferir a compatibilidade entre as medidas da autoridade e o parâmetro normativo traçado pela Lei. E mais: o próprio Poder Legislativo, em verificando a atuação exorbitante das agências, poderá, com fulcro expresso no art. 49, V, da Constituição, “*sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar*”.

A bem de ver, a técnica legislativa empregada no diploma em exame é exatamente aquela típica do Estado regulador contemporâneo, em que a lei define as metas principais e os contornos da atividade do órgão regulador, cometendo-lhe (nestes limites e sob o controle do Judiciário e do próprio Legislativo) margem relativamente ampla de atuação. E, como também já apontado, é bom que assim o seja, na medida em que (i) a matéria, de um lado, se reveste de significativo dinamismo, como denotam as tendências de convergência tecnológica que tornaram obsoleta a legislação nacional anterior, e (ii) a disciplina do setor audiovisual, em diferentes aspectos, suscita questões de elevada complexidade técnica, a exigir conhecimento especializado, como aquele titularizado pela ANCINE. Nesse cenário, exigir que a lei formal esgote o conteúdo normativo aplicável à espécie é tanto *impraticável* quanto *desaconselhável*, reconduzindo-nos a um paradigma de legalidade criado para um perfil de Estado que já não existe mais.

Essa conclusão se aplica também aos arts. 21 e 22 da Lei nº 12.485/11. Note-se, em primeiro lugar, que a definição da impossibilidade do cumprimento das cotas é matéria evidentemente técnica, a envolver o emprego do conhecimento especializado da ANCINE na análise de

variáveis concretas muito voláteis. Hoje, inclusive, algumas dessas variáveis constam de ato regulamentar expedido pela própria agência. São elas o porte econômico da programadora ou da empacotadora, seu número de assinantes e o tempo de atuação no mercado, consoante a Seção III do Capítulo VII da Instrução Normativa nº 100/2012. Parece-me que, aqui, o legislador agiu com prudência e remeteu a análise de tais aspectos ao caso concreto, ao invés de engessar o tema com regras gerais incapazes de (i) assimilar os nuances de cada situação particular dos agentes econômicos e (ii) incorporar o próprio dinamismo da matéria, que, por exemplo, comporta compensações entre canais e pacotes para fins de cumprimento das obrigações de conteúdo criadas pela Lei nº 12.485/11, tais como registra o portal da ANCINE na internet, em que constam – com ampla publicidade e transparência – diversos pedidos de dispensa bem como as respectivas decisões.

Também o art. 22 não me parece afrontar a legalidade administrativa porquanto aqui, igualmente, a matéria envolve aspectos técnicos, suscetíveis, assim, de delegação a órgãos especializados. Foi esse, inclusive, o fundamento expresso que motivou a origem do dispositivo, conforme registrado no parecer da Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática do Congresso Nacional, apresentado ao Substitutivo ao Projeto de Lei nº 29, de 2007:

“Competências da Ancine

Diversas emendas propõem a eliminação das competências fiscalizatórias e regulatórias atribuídas pelo Substitutivo à Ancine. No entanto, é imprescindível reiterar os seguintes pontos:

(...)

c) a competência regulatória da Ancine cinge-se exclusivamente às atividades de programação e empacotamento. Sendo assim, é inverídico o argumento de que as atribuições conferidas pelo Substitutivo à Agência tenham por finalidade interferir na produção de conteúdos ou até mesmo censurá-los. **É importante salientar ainda que determinadas matérias relacionadas à política de cotas**

propostas, em função da sua natureza, merecem ser tratadas em regulamentação infra-legal, e não em legislação ordinária. Esse é o caso, por exemplo, da fixação do horário nobre. Por esse motivo, há algumas referências no texto do Substitutivo em relação ao papel da Ancine. No entanto, nos limitados a fazê-lo exclusivamente nos casos em que a atuação da Agência se faz necessária”. (sem grifos no original).

De qualquer sorte, note-se que o temor do Partido requerente quanto à suposta criação de um órgão dotado de poderes ilimitados não é minimamente razoável. É que o próprio art. 22 da Lei do SeAC, muito embora delegue à ANCINE o poder de fixar o horário nobre na TV por assinatura, impõe, desde logo, limite máximo de horas que podem ser considerados diariamente para este fim, o que, por si, já representa significativa barreira à atuação da agência reguladora.

Ante o exposto, rejeito a arguição de inconstitucionalidade imputada ao arts. 9º, parágrafo único, 21 e 22 da Lei nº 12.485/11.

II.(d).3 Restrição à participação de estrangeiros nas atividades de programação e empacotamento de conteúdo audiovisual de acesso condicionado (art. 10, caput e §1º)

O Partido Democratas alega que o artigo 10, *caput* e §1º, da Lei nº 12.485/2011 ofende a igualdade entre brasileiros e estrangeiros (CRFB, art. 5º, *caput*) na medida em que *“estende, em determinada parte, algumas condições exigidas pelo art. 222 da Constituição para a direção e responsabilidade editorial de empresas de jornalismo e radiodifusão”*. Tal restrição violaria também uma suposta reserva de Constituição para restringir o exercício profissional de estrangeiros no território nacional. Nas palavras do partido requerente, *“as restrições ao exercício de atividade profissional a estrangeiros somente são admitidas, respeitadas as regras de imigração, quando previstas na Constituição Federal, o que não ocorre”*. Eis o teor do texto impugnado:

Art. 10 A gestão, a responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção inerentes à programação e ao empacotamento são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 (dez) anos.

§1º As programadoras e empacotadoras deverão depositar e manter atualizada, na Ancine, relação com a identificação dos profissionais de que trata o *caput* deste artigo, os documentos e atos societários, inclusive os referentes à escolha dos dirigentes e gestores em exercício, das pessoas físicas e jurídicas envolvidas na sua cadeia de controle, cujas informações deverão ficar disponíveis ao conhecimento público, inclusive pela rede mundial de computadores, excetuadas as consideradas confidenciais pela legislação e regulamentação, cabendo à Agência zelar pelo sigilo destas.

A racionalidade que inspirou o dispositivo questionado está expressa na justificção do PL nº 70/2007, proposto pelo Deputado Nelson Marquezelli (PTB/SP):

“O papel crucial da comunicação social, sua enorme capacidade de influenciar a opinião e o comportamento das pessoas e pautar a agenda política, social e cultural do país, no cenário do mundo globalizado, no qual as disputas por mercados e influência política e econômica ignoram as fronteiras nacionais.

(...)

Ocorre que, desde as décadas finais do século passado, a comunicação social teve sua dinâmica alterada em face das novas tecnologias e serviços multimídia que surgiram ou convergiram entre si, com abrangência e espectro muito além dos veículos tradicionais da radiodifusão.

(...)

Assim, estamos convencidos da instantaneidade e urgência mesmo, de uma legislação infraconstitucional que dê tratamento equânime a qualquer empresa que explore a

produção, a programação ou o provimento de conteúdo nacional por meio eletrônico.

É gritante a necessidade de se aplicar *[sic]* os princípios constitucionais a todos os meios de comunicação social que, face à evolução tecnológica e convergência digital, não se limitam mais apenas às formas tradicionais de fazer TV, rádio e jornal. Muito ao contrário, dados oficiais mostram o avassalador crescimento, ano a ano, do número de pessoas no mundo e no Brasil que consomem notícias, esporte e entretenimento através de novas plataformas como internet e telefonia móvel.

(...)

Só com uma legislação abrangente e aplicável a toda a comunicação social eletrônica, como a aqui proposta, é que podemos garantir espaço para que o Brasil continue a ser retratado e visto através da mídia com os olhos e os valores do próprio brasileiro. Só com esse aparato legal é que teremos empresas brasileiras, criadas e regidas por leis brasileiras, essencialmente comprometidas com o sucesso da economia nacional, que efetivamente se responsabilizarão pela produção, seleção e oferta da produção nacional dirigida a brasileiros. Só assim, nós, a exemplo do que ocorre nas nações mais desenvolvidas do mundo, conseguiremos manter no Brasil e em poder de empresas brasileiras, os benefícios sociais e econômicos proporcionados por uma indústria cultural forte”.

Traçadas as balizas da divergência, nota-se que o debate tem como foco a viabilidade constitucional da extensão *parcial* do regime jurídico da radiodifusão a novas plataformas tecnológicas de comunicação de massa, em especial a TV por assinatura, cuja disciplina normativa foi recentemente unificada pela Lei nº 12.485/11. Diz-se que essa extensão foi apenas *parcial* porque o art. 10, *caput* e §1º, da Lei do SeAC se refere tão somente às regras que restringem a gestão, a responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção inerentes à programação e ao empacotamento, na linha do que prescreve o art. 222, §2º, da CRFB quanto à radiodifusão. A Lei federal não cogitou de estender à TV paga

outros aspectos do regime jurídico da TV aberta, como a necessidade de concessão especial, aprovada pelo Congresso Nacional (CRFB, art. 223) ou a restrição à participação societária do capital estrangeiro (CRFB, art. 222, *caput* e §1º).

Não me parece que tal previsão legislativa viole o princípio constitucional da igualdade (CRFB, art. 5º, *caput*) entre brasileiros e estrangeiros nem mesmo represente injustificada restrição à liberdade profissional de não-nacionais no Brasil. Ao revés, entendo que a restrição operada pelo art. 10, *caput* e §1º, da Lei nº 12.485/11 representa típica interpretação legislativa *evolutiva* do comando constitucional encartado no art. 222, §2º, da Lei Maior, de todo condizente com os vetores axiológicos que informam, no plano constitucional, a atividade de comunicação de massa, dentre os quais a preservação da *soberania* e *identidade* nacionais, o *pluralismo* informativo e a *igualdade* entre os prestadores de serviço a despeito da tecnologia utilizada na atividade.

Inicialmente, convém observar que a Constituição de 1988 firmou compromisso com a proteção da soberania nacional e valorização da cultura brasileira, alçando a primeira como princípio fundamental da República (art. 1º, I) e a segunda como diretriz da produção e da programação das emissoras de rádio e televisão (art. 221, II). Tal compromisso geral foi densificado (embora não exaurido), ao longo da Carta Constitucional, por *regras* específicas, dentre as quais as previstas no art. 222 da Lei Maior, que definiram os traços fundamentais da radiodifusão. A relevância constitucional da mídia de massa se explica pela capacidade (significativa) de influência desses veículos de comunicação sobre o imaginário dos cidadãos, o livre fluxo de ideias e os valores fundamentais cultivados pela sociedade.

Sucedendo que, no momento da promulgação da Carta de 1988, o cenário nacional da comunicação de massa era bem distinto do atual. A TV por assinatura não tinha qualquer presença nos lares brasileiros. Somente em dezembro de 1989, por intermédio da Portaria nº 250 do Ministério das Comunicações, é que a TV paga foi oficialmente introduzida no país sob o rótulo de “Distribuição de Sinais de TV por

Meios Físicos” (DISTV). Diante daquela realidade, não se poderia esperar que o constituinte, em outubro de 1988, fizesse referência literal no art. 220 da Lei Maior a outras mídias que não o rádio e a televisão. Eram esses os únicos veículos de comunicação de massa existentes e, portanto, os únicos a merecerem preocupação estratégica do constituinte.

Os tempos, porém, mudaram. Com os avanços tecnológicos operados no setor, cada vez mais a TV paga se insere como veículo de comunicação com elevado poder de penetração na sociedade brasileira. Foi o que registrou o expositor Marcos Dantas, Professor Titular da Escola de Comunicação da Universidade Federal do Rio de Janeiro, durante a audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal:

“Desde os fins do século XX, a população mundial que tem acesso cotidiano à televisão vem migrando da TV aberta (‘free-to-air’) para a TV por assinatura. Desde 2010, o número de lares com televisão que optaram pela TV paga, supera, no mundo, o número de lares que ainda permanece na TV aberta. Na América Latina e no Brasil, a TV aberta ainda é hegemônica (mas não na Argentina ou Colômbia). Num futuro próximo, a TV por assinatura (atmosférica, cabeada ou satelital) será a principal forma de acesso à televisão em todo o mundo, inclusive no Brasil”.

E prosseguiu o expositor para constatar que:

“Ora se referindo às mudanças mundiais ‘nos modos de recepção de TV’ (confirmando que a recepção por cabo ou satélite cresce, enquanto a ‘terrestre’ decresce) ora se referindo às taxas de penetração das ‘diferentes plataformas de radiodifusão (*broadcasting*)’ (mostrando que a transmissão por cabo e satélite supera 50% na maioria dos países da UE), estudos e relatórios atestam que o mundo inteiro entende que televisão é ainda televisão, não importa se nas frequências VHF e UHF, como até passado recente, ou se no cabo, no satélite, em altas frequências atmosféricas, ou até em formato

IPTV (via internet)". (grifos no original)

Hoje, portanto, as mesmas preocupações estratégicas que moveram o constituinte a fixar algumas das regras do Capítulo V do Título VIII da Constituição estão presentes também em outros veículos com significativo poder de comunicação, mas que se valem de outras plataformas tecnológicas para a transmissão do sinal.

A questão que se coloca perante a Corte é definir, sob o ângulo jurídico, se a extensão a outros meios de comunicação de massa de regra constitucional expressamente direcionada a veículos de radiodifusão pode ser feita por lei formal ou, diferentemente, dependeria de emenda à Constituição.

A meu juízo, não há qualquer impedimento a que essa extensão de disciplina normativa seja operacionalizada por lei, dispensando a alteração direta do próprio texto constitucional. Há ao menos duas razões para tanto.

Em *primeiro* lugar, inexistente, em qualquer recanto da Lei Maior, regra jurídica que interdicte, expressa e pontualmente, a distinção entre brasileiro e estrangeiro, ao contrário do que acontece com a situação do brasileiro nato e do naturalizado, para a qual há explícita reserva constitucional acerca das hipóteses de tratamento diferenciado (*ex vi* do art. 12, §2º, da Constituição: “A lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição”). Essa conclusão não se altera mesmo após a Emenda Constitucional nº 6/95, que suprimiu do texto constitucional a distinção entre empresa de capital nacional e de capital estrangeiro. Em verdade, a partir da EC nº 6/95 a distinção apenas deixou de ser *constitucionalmente obrigatória*, o que é absolutamente diferente de ser *constitucionalmente proibida*. Nem tudo que se retira da Constituição se torna proibido para o legislador. Assim é que, não se pode, como quer o Partido requerente, extrair daí uma reserva constitucional para a diferenciação jurídica do brasileiro e do estrangeiro.

Obviamente, isso não significa que toda e qualquer discriminação entre brasileiro e estrangeiro seja, *per se*, tolerada constitucionalmente, sobretudo pela incidência do princípio geral da *igualdade*, encartado no

art. 5º, *caput*, da Lei Maior. Esse limite ao legislador é de natureza *material*, e não formal (como o é a pretensa reserva constitucional sustentada pelo DEM). Em respeito à igualdade, é preciso que exista uma razão constitucional suficiente que justifique a diferenciação, bem como é necessário que esse tratamento diferenciado guarde pertinência com a causa jurídica distintiva. Como explica Robert Alexy, *“a assimetria entre a norma de tratamento igual e a norma de tratamento desigual tem como consequência a possibilidade de compreender o enunciado legal de igualdade como um princípio de igualdade, que prima facie exige tratamento igual e que permite um tratamento desigual apenas se isso for justificado por princípios contrapostos”*.

Aqui surge a *segunda* razão contrária à pretensão deduzida na inicial. No caso dos autos, a restrição específica veiculada pelo art. 10, *caput* e §1º, da Lei nº 12.485/11 me parece promover o princípio da igualdade, ao invés de violá-lo, como sustenta o DEM. De fato, seria justamente a não aplicação de regras dessa natureza que poderia caracterizar ultraje à isonomia, porquanto imporia tratamento diferenciado a comunicadores com poder de influência semelhante, mas que, entre si, diferenciam-se apenas pela plataforma empregada para a transmissão do sinal.

Em um cenário como o atual, marcado pela forte convergência tecnológica e pela sobreposição dos mercados de conteúdo audiovisual, seria um retrocesso sustentar discriminações fundadas nos meios técnicos de prestação do serviço. Estas sim, a meu sentir, seriam ofensivas ao conteúdo do princípio da igualdade, além de, no limite, criarem ambiente jurídico propício para verdadeiras fraudes ao art. 222, §2º, da Constituição, ao incentivar que comunicadores de radiodifusão passassem a se valer de outras tecnologias para, assim, escapar da restrição veiculada pela Carta de 1988.

Relevante, pois, notar que a motivação do legislador ao criar a regra aqui impugnada foi justamente a de corrigir uma assimetria de fato surgida após a promulgação da Constituição com o avanço de novas tecnologias de comunicação de massa, as quais passaram a disputar

espaço com a TV aberta. É essa, aliás, a justificativa do PL nº 70/2007, já transcrita acima, ao pontuar o convencimento do Parlamento brasileiro quanto à *“atualidade e [à] urgência mesmo, de uma legislação infraconstitucional que dê tratamento equânime a qualquer empresa que explore a produção, a programação ou o provimento de conteúdo nacional por meio eletrônico”*.

Essas razões jurídicas que conduziram a atuação do legislador foram muito bem explicadas, em doutrina, pelo hoje Ministro e sempre professor Luís Roberto Barroso, cujo magistério transcrevo *in verbis*:

“(…) se outras plataformas oferecem os mesmos serviços [de comunicação de massa], suscitam automaticamente as mesmas preocupações associadas à radiodifusão, referentes à soberania nacional, à opinião pública, à cultura nacional e à responsabilização. Cabe aqui enfatizar, ainda uma vez, a constatação evidente de que o constituinte só fez referência a rádio e televisão, como empresas de radiodifusão, porque este era o ‘estado da arte’, em termos de meios de comunicação de massa, ao mento tempo em que se desenvolveram os trabalhos de elaboração da Constituição.

(…) Ora bem: já foram enunciadas, anteriormente, as finalidades constitucionais que inspiraram toda a disciplina da comunicação social, destinada originalmente às empresas de radiodifusão – a preservação da soberania, da identidade e da cultura nacionais, a livre formação da opinião pública interna e a viabilidade efetiva da eventual responsabilização por ilícitos. É fora de dúvida, assim, que se há outros meios de comunicação de massa oferecendo programação equivalente à de rádio e televisão, sem se sujeitarem ao regime jurídico vigente, haverá manifesto esvaziamento dos propósitos constitucionais”.

O ilustre constitucionalista aponta ainda outro sério problema que decorre de uma leitura excessivamente textualista do art. 222 da Constituição, em especial de seu parágrafo segundo:

“Há ainda um outro ponto, tão ou mais grave, que pode até mesmo comprometer a seriedade com que devem ser interpretadas as normas e respeitadas as instituições. É que basta que as empresas de radiodifusão já existentes passem a oferecer programação de rádio e televisão por outros meios técnicos – o que agora já se tornou possível – para, por esse artifício, se evadirem da normatização constitucional a que estariam sujeitas. Claro: se as normas constitucionais não se estendessem às demais plataformas tecnológicas, bastaria que as concessionárias atuais de radiodifusão passassem a servir-se delas. Ou seja, a interpretação acriticamente apegada à literalidade do texto acabaria por permitir a fraude a seu conteúdo. Nada legitimaria isso”.

(BARROSO, Luís Roberto. “Constituição, Comunicação Social e as Novas Plataformas Tecnológicas” *in* *Temas de Direito Constitucional*, tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 109).

Compartilho, em parte, desse entendimento, no sentido de que é possível à lei *formal* estender a disciplina da radiodifusão a outros veículos de comunicação de massa, ao menos quanto à regra específica prevista no art. 222, §2º, da CRFB. Ressalto, porém, que isso **não** significa a viabilidade de extensão puramente *interpretativa* (sem fundamento legal expreso) daquelas regras a outras plataformas tecnológicas.

Em síntese, não vislumbro, de um lado, qualquer reserva constitucional de tratamento diferenciado entre brasileiro e estrangeiro, ao mesmo tempo em que, de outro lado, reputo devidamente motivada em razões constitucionais a restrição legal da gestão, da responsabilidade editorial e das atividades de seleção e direção inerentes à programação e ao empacotamento a brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 (dez) anos.

Firme nestas convicções, rejeito a impugnação dirigida ao art. 10, *caput* e §1º, da Lei nº 12.485/11, assentando sua conformidade com a Constituição da República.

II.(d).4 Exigência de prévio credenciamento junto à ANCINE para exercício das atividades de programação e empacotamento (art. 12); dever de prestação de informações solicitadas pela agência para fins de fiscalização do cumprimento das obrigações de programação, empacotamento e publicidade (art. 13); e vedação à distribuição de conteúdo empacotado por empresa não credenciada pela ANCINE (art. 31, caput, §§ 1º e 2º)

Tendo em vista a afinidade temática existente ente os arts. 12, 13 e 31 da Lei nº 12.485/11, bem como em razão da proximidade das *causae petendi* articuladas pelos requerentes em relação a esses dispositivos, entendi, a bem da racionalidade e da clareza do julgamento, reunir, para exame em conjunto, as três disposições legais impugnadas. Passo a apreciá-las.

O Partido Democratas sustenta que o art. 12 da Lei nº 12.485/11 configura “*censura prévia*” tanto para as liberdades de expressão (CRFB, art. 5º, IX), quanto para a liberdade de criação audiovisual no interesse do consumidor (CRFB, art. 5º, XXXII), além de ultrajar manifestamente o art. 220 da Lei Maior, que “*garante a liberdade de comunicação e afirma que a manifestação do pensamento, a criação e a expressão da informação não sofrerão qualquer restrição*”. Tudo isso porque, nas palavras do requerente, “*o dispositivo confere à ANCINE verdadeiro poder de ‘outorga’ para as atividades de programação e empacotamento, vez que é vedada a veiculação de conteúdos audiovisuais por meio das distribuidoras que não tenham sido fornecidos por empacotadora credenciada junto à agência reguladora ANCINE*”.

De igual modo, a Associação Brasileira de Radiodifusores (ABRA) questiona a validade jurídico-constitucional do art. 12, *caput* e parágrafo único, da Lei do SeAC. No entender da entidade, os aludidos dispositivos “*revelam-se claramente inconstitucionais por violação às liberdades de manifestação do pensamento (CF, art. 5º, IV), de comunicação e expressão artística (CF, art. 5º, IX) e de imprensa e informação jornalística (CF, art. 220, caput e §1º)*”. Segundo a ABRA, não está clara qual a finalidade do do

credenciamento prévio junto à ANCINE, que seria incompatível com o estatuto constitucional da liberdade de expressão.

Já com relação ao art. 13 da Lei nº 12.485/11, o DEM argui violação aos incisos IX e XXXII do artigo 5º, bem como ao artigo 220, todos da Constituição, *“vez que são restringidas as liberdades de expressão, de comunicação e de criação”*. Segundo a exordial do Partido, *“os programas da TV por assinatura são vendidos de acordo com a vontade de quem compra, se, por ilustração, o usuário deseja incluir em seu pacote um canal que transmita somente notícias em espanhol, por que agora esse canal será obrigado a incluir em sua programação um programa brasileiro?”*. Nas palavras da requerente, *“revela-se inadmissível, em um Estado Democrático de Direito pautado pela ampla liberdade de expressão em todas as suas acepções, que se atribua a um dado órgão governamental a tarefa de credenciamento (...) de empresas jornalísticas que produzam ou empacotem programas destinados à comercialização pelas prestadoras de serviços de acesso condicionado”*.

Quanto ao art. 31 da Lei nº 12.485/11, o Partido Democratas articula violação ao art. 220 da Constituição, uma vez que o dispositivo legal *“simplesmente impede as prestadoras de serviço de acesso condicionado de veicular seus programas livremente”*, restringindo *“sobremaneira as liberdades de expressão, de comércio e de contratar”*. Aduz ainda que *“as prestadoras de serviço de acesso condicionado são sustentadas de acordo com os interesses de seus consumidores diretos, que pagam para desfrutar dos programas que lhes satisfaçam, ou seja, são os consumidores que determinam o conteúdo da programação da comunicação audiovisual de acesso condicionado”*.

Eis o teor dos dispositivos impugnados:

Art. 12. O exercício das atividades de programação e empacotamento é condicionado a credenciamento perante a Ancine.

Parágrafo único. A Ancine deverá se pronunciar sobre a solicitação do credenciamento no prazo de até 30 (trinta) dias e, em não havendo manifestação contrária da Ancine nesse período, o credenciamento será considerado válido.

Art. 13. As programadoras e empacotadoras credenciadas pela Ancine deverão prestar as informações solicitadas pela Agência para efeito de fiscalização do cumprimento das obrigações de programação, empacotamento e publicidade.

Parágrafo único. Para efeito de aferição das restrições de capital de que trata esta Lei, além das informações previstas no *caput*, as programadoras deverão apresentar a documentação relativa à composição do seu capital total e votante, cabendo à Ancine zelar pelo sigilo das informações consideradas confidenciais pela legislação e regulamentação.

Art. 31. As prestadoras do serviço de acesso condicionado somente poderão distribuir conteúdos empacotados por empresa regularmente credenciada pela Ancine, observado o § 2º do art. 4º desta Lei.

§1º As prestadoras do serviço de acesso condicionado deverão tornar pública a empacotadora do pacote por ela distribuído.

§2º A distribuidora não poderá ofertar aos assinantes pacotes que estiverem em desacordo com esta Lei.

Não obstante a argumentação lançada pelos requerentes, tenho como constitucionalmente válidos os artigos 12, 13 e 31 da Lei nº 12.485/11.

De plano é necessário refutar a tese de que caracterizaria censura prévia a exigência de credenciamento junto à ANCINE para o exercício das atividades de programação e empacotamento. É que, em nenhum momento, a Lei admite, pelo menos em relação a esses dispositivos, a influência do Estado sobre a liberdade de expressão ou criação intelectual, em quaisquer de suas três dimensões (*i.e.*, produção de conteúdo audiovisual, estruturação da programação e formatação de pacotes). Credenciar-se perante um órgão público ou prestar a ele informações não são obrigações que tolham a liberdade de manifestação de nenhum agente econômico, na medida em que nada têm a ver com o objeto final das atividades de *produção, programação e empacotamento*, como

faz querer crer o partido requerente.

Aliás, essa mesma argumentação já havia sido suscitada, debatida e rejeitada perante a Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática do Congresso Nacional, cujo parecer ao PL nº 29/2007 registrou o seguinte:

**“Parecer da Comissão de Ciência e Tecnologia,
Comunicação e Informática ao Substitutivo ao Projeto de Lei
nº 29, de 2007**

Competências da Ancine

Diversas emendas propõem a eliminação das competências fiscalizatórias e regulatórias atribuídas pelo Substitutivo à Ancine. No entanto, é imprescindível reiterar os seguintes pontos:

(...)

c) a competência regulatória da Ancine cinge-se exclusivamente às atividades de programação e empacotamento. Sendo assim, é inverídico o argumento de que as atribuições conferidas pelo Substitutivo à Agência tenham por finalidade interferir na produção de conteúdos ou até mesmo censurá-los.”

Agregue-se a isso o fato de que tanto o art. 12 quanto o art. 13 da Lei simplesmente fixam deveres *instrumentais* de colaboração das empresas para fins de permitir a atividade fiscalizatória da ANCINE quanto ao cumprimento das novas obrigações *materiais* a que estão sujeitos todos os *players* do mercado. Nesse sentido, pode-se dizer que o credenciamento prévio e a prestação de informações à agência simplesmente servem para que a ANCINE possa determinar se os agentes econômicos estão a prestar o respectivo serviço em conformidade com a disciplina normativa aplicável. Ora, se existem requisitos legais necessários para que alguém possa realizar alguma atividade, é consequência lógica imediata que exista algum órgão responsável por aferir o seu preenchimento, sob pena de, na prática, não existir requisito nenhum.

Não vejo, a propósito, qualquer empecilho a que essa fiscalização seja realizada *previamente* sempre que a obrigação instituída por lei seja exigível dos seus destinatários antes mesmo do início das suas atividades. É o que ocorre, na hipótese, com o credenciamento de programadoras e empacotadoras, que se presta a aferir, por exemplo, se a gestão, a responsabilidade editorial ou as atividades de seleção e direção inerentes à programação e ao empacotamento estão designadas a brasileiros natos ou naturalizados, como exige o art. 6º da Lei do SeAC. Assentada a constitucionalidade desta exigência material (consoante os fundamentos aduzidos no item anterior), não é possível a uma sociedade empresária atuar no mercado sem cumpri-la rigorosamente. Daí ser evidentemente natural que o órgão competente controle seu cumprimento desde o primeiro momento possível. Diferentemente do sustentado pela ABRA, portanto, está bem clara qual é a finalidade do credenciamento prévio junto à ANCINE.

Impende ainda salientar que a Lei nº 12.485/11 deixa claro ser a concessão do credenciamento a regra geral, como bem destaca a Advocacia-Geral da União, *verbis*:

“De modo diverso, a referida condição destina-se, tão somente, a comprovar o cumprimento de obrigações legais pelas empresas interessadas. Observe-se, ainda, que, nos termos do parágrafo único do artigo 12 da Lei nº 12.485/11, se a agência não se manifestar no prazo de 30 (trinta) dias, o credenciamento será considerado válido.

Verifica-se, portanto, que a regra é a concessão do credenciamento, mediante o cumprimento de obrigações legais, a afastar a suposta ofensa às normas previstas no inciso IX do artigo 5º e no inciso I do §3º do artigo 220 da Constituição Federal”.

Está-se aqui diante de exercício típico do poder de polícia preventivo do Estado, ou, como preferem doutrinadores mais modernos, do *direito administrativo ordenador* (cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo*

ordenador. São Paulo: Malheiros, 2003), o qual tem no consentimento prévio da Administração Pública etapa necessária para o exercício regular de certas liberdades, como as aqui discutidas (*i.e.*, exploração da atividade de programação e de empacotamento de conteúdo audiovisual). Tal etapa de consentimento só existe porque – *antes* – existe uma obrigação material a ser cumprida. Válida esta última, válida será, em consequência, aquela primeira.

Há ainda outra finalidade que justifica a existência de credenciamento perante a ANCINE, bem como a prestação de informações relevantes à agência. Por tais meios, fornece-se à autoridade regulatória substrato fático mínimo para que possa *mapear* o mercado audiovisual brasileiro e, assim, desempenhar, satisfatoriamente, sua outra (e principal) missão institucional: a de *fomentar* o setor cultural brasileiro, especialmente as indústrias cinematográfica e videofonográfica, bem como, agora, a produção audiovisual de acesso condicionado. Sem que ANCINE tenha acesso a dados precisos sobre a composição do mercado audiovisual, qualquer política pública de fomento padeceria de dificuldades em diagnosticar as áreas carecedoras de estímulo estatal e aquelas em que já há suficiente oferta de conteúdo. Destarte, os arts. 12 e 13 da Lei nº 12.485/11 preveem meros instrumentos para que a agência conheça adequadamente o mercado em que deve intervir e atuar.

Por fim, ressalto que não há razão para temer que a ANCINE fixe critérios arbitrários para a concessão do credenciamento ou exija informações impertinentes acerca das empresas programadoras ou empacotadoras do SeAC. O alarde não se justifica em *abstrato* e muito menos em *concreto*.

Em *abstrato*, a agência encontra-se subordinada à Constituição e à Lei, não lhe sendo franqueado poder de condicionar a exploração de atividade econômica para além do que delimitado, proporcionalmente, pelo legislador constitucional e ordinário, seja por regras específicas, seja por princípios setoriais. Em todo caso, qualquer subversão dos comandos constitucionais e legais sempre se abre ao controle pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, os requisitos para a aprovação do credenciamento e os

objetivos que devem pautar a atuação regulatória devem guardar íntima conexão com as obrigações materiais criadas pela Lei e a que servem o registro prévio.

Em *concreto*, o receio é infundado porque a própria ANCINE já editou ato regulamentar sobre o tema, disciplinando, com parcimônia, o credenciamento de agente econômico perante a agência. De fato, após a promulgação da Lei nº 12.485/11, a ANCINE alterou a Instrução Normativa nº 91/2008 que dispõe sobre o credenciamento de agentes econômicos de modo a adaptá-la à nova legislação do SeAC, o que veio a acontecer por intermédio da Instrução Normativa nº 101/2012. Segundo disciplina regulamentar, o agente econômico interessado em obter registro perante a agência deverá apresentar diversos documentos e informações, todos arrolados no Anexo I daquele ato. São eles:

- CNPJ
- Razão social/denominação
- Nome fantasia
- Data da constituição
- Natureza Jurídica
- Endereço Fiscal: Logradouro; número; Complemento; Bairro/Distrito; Município; UF; CEP
- Endereço de Correspondência - se houver: Logradouro; número; Complemento; Bairro/Distrito; Município; UF; CEP
- Telefone
- Fax
- Correio Eletrônico
- Página Eletrônica – se houver
- Nº do registro da Junta Comercial ou Registro Civil de Pessoas Jurídicas
- Atividade Econômica Principal
- Atividade(s) Econômica(s) Secundária(s) - se houver
- Atos Constitutivos: Tipo; data de averbação no órgão competente; número da alteração contratual; resumo das alterações

- Quadro societário - no caso de Pessoa Jurídica Sociedade Anônima, pessoas naturais ou jurídicas portadoras de 5% ou mais de ações ordinárias e preferenciais: Nacionalidade/País de Origem; CPF/CNPJ; Nome ou Razão Social / Denominação; Função; Percentual das ações ordinárias; percentual das ações preferenciais; Se detém poder de controle.

- Quadro societário - no caso de Pessoa Jurídica Sociedade Limitada, portadores de cotas: Nacionalidade/País de Origem; CPF/CNPJ; Nome ou Razão Social / Denominação; Função; Percentual do capital social; Se detém poder de controle.

- Representante legal ou procurador: se representa isoladamente ou em conjunto; Nacionalidade/País de Origem; CPF/CNPJ; Nome ou Razão Social / Denominação; Função; Vigência da representação; Tipo de procuração; Poderes constituídos

- Diretoria: Nacionalidade; CPF; Nome; Função; Término do mandato

- Conselho de Administração - se houver: Nacionalidade; CPF; Nome; Se presidente do conselho; Término do mandato

- Pessoas Jurídicas Coligadas - se houver: País de origem; CNPJ/número de identificação no país de origem; Número de Identificação no Registro próprio, se houver; Participação no capital social; nome fantasia; natureza jurídica

- Pessoas Jurídicas Controladas - se houver: País de origem; CNPJ/número de identificação no país de origem; Número de Identificação do Registro de Empresas (NIRE), se houver; Participação no capital votante

- Filiais/Agências ou Outros - se houver: CNPJ; Nome Fantasia; Logradouro; número; Complemento; UF; CEP; telefone fixo; fax; telefone celular; correio eletrônico;

Caso o agente econômico tenha como atividade econômica Programação de Comunicação Eletrônica de Massa por Assinatura, informar sobre seus canais:

- Nome

- Data de Início de oferta ao público

- Classificação do canal nos termos do art. 8º C desta instrução normativa
- Número de assinantes previstos nos contratos com as distribuidoras ou prestadoras dos serviços de TV Paga
- Densidade da definição em que é transmitido: definição padrão ou alta definição
- Se em alta definição:
 - o Se sua programação e denominação são similares a de canal de definição padrão.
 - o Nome do canal de programação de definição padrão similar (se informação anterior for afirmativa)

Caso o agente econômico tenha como atividade econômica Empacotamento de Comunicação Eletrônica de Massa por Assinatura, informar:

Em relação aos seus pacotes:

- data de início da oferta ao público;
- número do registro na ANCINE dos canais de programação que o compõem;
- nome dos canais de programação que o compõem;
- municípios em que é distribuído;
- preço cobrado ao assinante desconsiderados os canais à la carte, os canais pay-per-view, canais de distribuição obrigatória ou quaisquer serviços adicionais ofertados;
- número de assinantes.

Em relação aos seus canais à la carte:

- data de início da oferta ao público;
- número do registro na ANCINE;
- nome;
- municípios em que é distribuído;
- preço cobrado ao assinante desconsiderados quaisquer serviços adicionais ofertados;
- número de assinantes.

Em relação ao seus canais pay-per-view:

- data de início da oferta ao assinante;
- número de registro na ANCINE;
- nome;
- municípios em que é distribuído;
- preço cobrado ao assinante desconsiderados quaisquer serviços adicionais ofertados.

Trata-se, a toda evidência, de documentos e informações que guardem estreita pertinência com as obrigações criadas pela Lei nº 12.485/11, limitando-se a permitir a identificação da sociedade empresária e a viabilizar a verificação do preenchimento das obrigações legais para o desempenho regular da atividade (dentre as quais o cumprimento das cotas de conteúdo nacional, cuja constitucionalidade será analisada a seguir). Nesse sentido, o credenciamento perante a ANCINE representa garantia de eficácia das diversas obrigações materiais criadas pela Lei do SeAC.

O raciocínio até aqui desenvolvido serve também para rechaçar a arguição de inconstitucionalidade imputada ao art. 31. Isso porque a proibição de distribuição de conteúdo empacotado por empresa não credenciada pela ANCINE ou em desconformidade com a Lei nº 12.485/11 consubstancia mero desdobramento lógico da exigência de credenciamento das empacotadoras (art. 12) e da necessidade de cumprimento das cotas de programação (arts. 17 e 18). De fato, se as empacotadoras estão sujeitas a um *dever de credenciamento* (cuja validade já se chancelou linhas atrás) e a um *dever de veiculação* de conteúdo brasileiro (cuja validade se analisará no próximo item), seu descumprimento impede a atuação no mercado audiovisual brasileiro. Em consequência, se a empresa empacotadora está impedida de atuar no setor, nada mais natural do que as empresas distribuidoras serem impedidas de com elas contratar.

Em verdade, o art. 31 da Lei nº 12.485/11 representa uma engenhosa estratégia do legislador para conduzir as empacotadoras ao credenciamento exigido pela nova disciplina normativa, bem como ao

cumprimento das respectivas cotas de conteúdo nacional. Com efeito, ao criar uma proibição para as empresas distribuidoras (passível de sanção, nos termos dos arts. 35 e 36), a Lei restringe a demanda por serviços de empacotadoras que atuem fora dos quadros da legalidade. Pela regra, tais empresas, além de estarem diretamente impedidas de atuar no setor (art. 12), terão ainda significativa dificuldade de escoar seus produtos, dado que as distribuidoras que o adquirirem também violarão a Lei do SeAC. Os *riscos* da ilegalidade de empacotadoras são, assim, compartilhados com as distribuidoras, o que acaba, na prática, por incentivar o mercado a dirigir-se na direção da regularidade jurídica.

Ao lado, portanto, de uma previsão típica de comando e controle (*command and control regulation*), como o é o art. 12, o art. 31 da Lei nº 12.485/11 consagra um autêntico instrumento de regulação por incentivos. Esse arranjo regulatório visa apenas garantir a conformação legal por parte das empresas empacotadoras. Não vislumbro, no modelo erigido pelo legislador, qualquer inconstitucionalidade.

Pelo exposto, rejeito a impugnação dirigida aos arts. 12, 13 e 31 da Lei nº 12/485/11, assentando sua conformação constitucional.

II.(d).5 Cotas de conteúdo nacional (arts. 16, 17, 18, 19, 20, 23)

Em seguida, consoante já relatado, o Partido Democratas e a Associação Brasileira de Radiodifusores (ABRA) questionam, nas respectivas ações diretas, os arts. 16, 17, 18, 19, 20, 23 da Lei nº 12.485/11, que compõem o cerne do Capítulo V do diploma legal. É esse conjunto de previsões legais que institui e detalha a disciplina das já tão divulgadas “*cotas de conteúdo nacional*”, objeto de atenção da mídia e dos setores especializados desde a edição da Lei.

Transcrevo, a seguir, apenas o *caput* dos arts. 16, 17, 18, seguidos por uma breve síntese das impugnações, já detalhadamente expostas no relatório. Os demais dispositivos (arts. 19, 20, 23) se limitam a, em essência, fixar regras *instrumentais* que detalham a incidência e aplicação daqueles três primeiros artigos.

Art. 16. Nos canais de espaço qualificado, no mínimo 3h30 (três horas e trinta minutos) semanais dos conteúdos veiculados no horário nobre deverão ser brasileiros e integrar espaço qualificado, e metade deverá ser produzida por produtora brasileira independente.

Art. 17. Em todos os pacotes ofertados ao assinante, a cada 3 (três) canais de espaço qualificado existentes no pacote, ao menos 1 (um) deverá ser canal brasileiro de espaço qualificado.

Art. 18. Nos pacotes em que houver canal de programação gerado por programadora brasileira que possua majoritariamente conteúdos jornalísticos no horário nobre, deverá ser ofertado pelo menos um canal adicional de programação com as mesmas características no mesmo pacote ou na modalidade avulsa de programação, observado o disposto no § 4º do art. 19.

Como se observa pela sua simples leitura, os artigos da Lei aqui analisados instituem *três* obrigações fundamentais: (i) veiculação mínima de *conteúdo brasileiro* nos canais de TV por assinatura (art. 16), (ii) existência de um número também mínimo de *canais brasileiros* nos pacotes ofertados aos assinantes (art. 17) e, por fim, (iii) disponibilização de, pelo menos, um *canal alternativo de jornalismo* sempre que, no pacote vendido, houver canal de programação gerado por programadora brasileira que possua majoritariamente conteúdos jornalísticos no horário nobre (art. 18).

Em apertada síntese, os requerentes alegam que essas obrigações instituídas pela Lei nº 12.485/11 violariam a liberdade do assinante em escolher ao que assistir na TV paga, bem como criariam privilégio mercadológico injustificado para as empresas brasileiras, em flagrante prejuízo do capital estrangeiro investido no país. Tal circunstância implicaria ainda ofensa à livre iniciativa e à liberdade profissional, na medida em que as empresas atuantes no mercado de TV por assinatura

seriam privadas de decidir livremente a respeito da composição do produto que poderia vir a ser oferecido ao consumidor. Ao final, afirma-se que há instrumentos alternativos e mais eficazes do que cotas para promover o estímulo à indústria nacional (tais como *“incentivos fiscais, subsídios, campanhas de conscientização e maciços investimentos na formação e treinamento de profissionais”*).

Bem circunscrita a matéria controvertida, registro que, por qualquer enfoque que se dê ao tema, é inegável que as novas obrigações criadas pela Lei nº 12.485/11 afetam, consideravelmente, a esfera jurídica de todos os agentes econômicos que participam do mercado de TV por assinatura, sejam eles os prestadores do serviço, sejam eles os próprios consumidores. Esse simples fato, porém, não nos conduz a qualquer conclusão peremptória sobre a validade constitucional do diploma aqui questionado. É que, de um lado, não há cidadão imune aos impérios da lei, porquanto, como é cediço, direitos não são absolutos. Sucede que, de outro lado, o legislador não pode tudo, adstrito que está às balizas constitucionais de sua atuação. A questão perante a Corte, portanto, é exatamente saber se o legislador, na hipótese aqui versada, agiu ou não com excesso, impondo restrições arbitrárias ou desproporcionais aos direitos do cidadão.

Adianto, de saída, que não me parece que o legislador brasileiro, ao instituir as aqui questionadas obrigações de conteúdo brasileiro para a TV por assinatura, tenha exorbitado dos limites constitucionais de sua autoridade. Os impactos sobre a esfera jurídica dos envolvidos encontram-se suficientemente justificados e compensados pela promoção de outros valores constitucionalmente relevantes, como a promoção da cultura e da identidade nacional, o estímulo à indústria audiovisual brasileira, sobretudo a independente, e a promoção dos interesses do consumidor. Disso não decorre – faço aqui o registro expresso – que a Constituição imponha qualquer política de cotas de conteúdo e de programação. Em verdade, como destacado no início deste voto, trata-se apenas de *uma* escolha regulatória legítima dentre as *diversas* que se abrem ao legislador em um regime democrático.

A legitimidade constitucional dessa medida requer, em primeiro lugar, a identificação do seu fundamento e seus objetivos, isto é, daquilo que ela visa a promover. Na espécie, o respaldo constitucional é expresso no art. 221 da Lei Maior, que estabelece diversos princípios reitores da produção e a da programação das emissoras de rádio e televisão, dentre os quais se destacam a “*promoção da cultura nacional e regional e o estímulo à produção independente que objetive sua divulgação*” (CRFB, art. 221, II). Logo em seguida, no artigo 222, §3º, incluído pela Emenda Constitucional nº 36/2002, a própria Lei Maior estabelece que “*os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais*” (sem grifos no original).

Esse quadro normativo, a despeito de qualquer convicção política que se tenha sobre o assunto, fornece lastro suficiente para que o Estado brasileiro adote medidas voltadas a promover a cultura nacional e a produção independente (CRFB, art. 221, II), ainda que o veículo comunicativo de que se trate seja a TV por assinatura (CRFB, art. 222, §3º). Foi exatamente o que pretendeu a Lei nº 12.485/11 ao criar a sistemática de cotas para conteúdo e programação, conforme consta da justificativa do PL nº 70/2007, apresentado pelo Deputado Nelson Marquezelli (PTB/SP):

“Na realidade, a produção e a transmissão de bens culturais assumiu o papel de instrumento hegemônico de economias centrais, ocupando o quinto lugar em termos de importância econômica no mundo.

Além de seu valor econômico direto, essa indústria é parte de uma estratégia de dominação cultural dos mercados emergentes, em apoio à dominação econômica e política, disseminando valores, criando demanda e abrindo mercados desvinculados da realidade e dos interesses nacionais.

O volume e a força desses conteúdos estrangeiros são viabilizados por grandes produtoras mundiais de mídia e

entretenimento, por gigantes das telecomunicações, que não apenas acessam mercados mundiais diluindo seus custos de produção, como contam com capitais a baixos custos e incentivos dos seus governos de origem que inviabilizam a competição e a sobrevivência de empresas nacionais de produção cultural na maioria dos países periféricos do mundo.

Deparamo-nos com uma ameaça real à cultura genuinamente brasileira e à capacidade de criação e produção cultural em nosso país. A indústria cultural mundial é sustentada não só pelo livre jogo de mercado mas também por marcos regulatórios e sistemas de incentivos governamentais que as protegem em seus países de origem e as projetam para o domínio de mercados mundiais.

Há portanto entre nós, a necessidade e a urgência de marcos regulatórios infraconstitucionais adequados para preservar e incentivar essa indústria, como fator de desenvolvimento econômico e social e de preservação da identidade e soberania nacionais.

(...)

Só com uma legislação abrangente e aplicável a toda a comunicação social eletrônica, como a aqui proposta, é que podemos garantir espaço para que o Brasil continue a ser retratado e visto através da mídia com os olhos e os valores do próprio brasileiro. Só com esse aparato legal é que teremos empresas brasileiras, criadas e regidas por leis brasileiras, essencialmente comprometidas com o sucesso da economia nacional, que efetivamente se responsabilizarão pela produção, seleção e oferta da produção nacional dirigida a brasileiros. Só assim, nós, a exemplo do que ocorre nas nações mais desenvolvidas do mundo, conseguiremos manter no Brasil e em poder de empresas brasileiras, os benefícios sociais e econômicos proporcionados por uma indústria cultural forte”.

Essa finalidade pretendida pelo legislador encontra eco também no direito internacional de que o Brasil é parte. Com efeito, a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais,

internalizada pelo Decreto nº 6.177/2007, dispõe, em seu art. 6º, que “*cada Parte poderá adotar medidas destinadas a proteger e promover a diversidade das expressões culturais em seu território*”. E prossegue para enumerar medidas que caracterizem a proteção e a promoção da diversidade cultural no país, no que têm destaque, para os fins dos processos sob julgamento, as seguintes:

“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 culturais 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;

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;”

Ao lado desses fundamentos *jurídico-positivos*, há ainda ao menos dois fundamentos *materiais*, de ordem *econômica*, a justificar a presente intervenção regulatória do Estado.

O *primeiro* deles é o de criar condições para que as empresas brasileiras atuantes no setor possam ter um mínimo de competitividade com o produto estrangeiro, o qual, em razão de sua escala mundial de comercialização, no mais das vezes chega ao mercado pátrio com preços insuperáveis pela oferta genuinamente brasileira. Na sistemática legislativa, as cotas de conteúdo e de programação, como toda política afirmativa, servem justamente para equalizar, no plano normativo, uma situação fática desigual.

O ponto foi muito bem exposto pelo Intervozes – Coletivo Brasil de

Comunicação Social, representado pelo Sr. Gésio Passos, e pela Associação Brasileira de Produtoras Independentes de Televisão (ABPITV), através do Sr. José Maurício Fittipaldi, durante a audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal. Conforme apontado pelas entidades, os desafios para atingir pluralidade e diversidade no setor de TV por assinatura começam na própria estrutura do mercado, caracterizado por significativas *economias de escala*, que favorecem à concentração do poder econômico.

De fato, o mercado de comunicação apresenta uma peculiaridade estrutural que o distancia dos mercados de bens materiais, como carros ou aparelhos eletrônicos. É que a comunicação lida essencialmente com informação, bem economicamente qualificado como *não rival*, assim compreendidos aqueles bens cujo consumo de uns *não* priva o consumo de outros (ou, mais precisamente, bens cujo custo marginal social do consumo se aproxima de zero. cf. NICHOLSON, Walter; e SNYDER, Christopher. *Microeconomic Theory. Basic Principles and Extensions*. Ohio: Thomson SouthWestern, 2007, p. 221). Em termos práticos, isso significa que os custos majoritários do setor são, fundamentalmente, os custos fixos para produzir, originalmente, o conteúdo audiovisual. Após, com a conclusão da obra artística, é praticamente idêntico o custo de reproduzi-lo para uma única pessoa e o de distribuí-lo para milhões de pessoas. Ao fim e ao cabo, o custo de produção de um programa de TV só é diluído (ou seja, só vale a pena investir neste mercado) se o produto atingir um grande público, caracterizando a *economia de escala* do setor.

Essa característica do mercado faz surgir significativas *barreiras à entrada* de novas empresas que pretendam produzir conteúdo ou realizar a programação para a TV por assinatura, o que reduz substancialmente a concorrência no mercado e, ato contínuo, favorece o aumento dos preços. Não é difícil compreender o fenômeno. Como narrado por vários expositores em audiência pública, a produção audiovisual de diversos países, em especial dos Estados Unidos da América, tem uma escala *global* de distribuição, o que significa que, ao tomar a decisão de produzir (e de investir na produção), os criadores de conteúdo (e os investidores)

têm consciência da dimensão do público que podem atingir e, portanto, da capacidade de diluição dos custos da sua obra a preços acessíveis.

Já indústria audiovisual brasileira, ao contrário, é majoritariamente *local*, dependendo essencialmente do mercado interno para recuperar o investimento realizado. Esse fato reduz substancialmente a base de diluição de seus custos e, por isso, aumenta o preço médio da unidade comercializada. O resultado é bem claro: a indústria nacional não apresenta condições de competir em igualdade com a estrangeira, a qual passa a ostentar autêntica *posição dominante* no mercado. É o explica a Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados:

“Obviamente, se o mercado de distribuição de audiovisual operasse de forma perfeitamente concorrencial, não haveria justificativa para a instituição de cotas. Na plena competição, os conteúdos de melhor qualidade – sejam eles nacionais ou estrangeiros – encontrariam naturalmente seus espaços para veiculação sem necessidade da intervenção do Poder Público. Essa, porém, ainda é uma realidade distante no mercado brasileiro. Primeiramente, em virtude da discrepância entre o poder de distribuição das operadoras estrangeiras e das brasileiras. Enquanto os norte-americanos dispõem de uma eficiente malha de distribuição que permite diluir os custos de suas produções em praticamente todo o planeta, as produtoras nacionais contam quase que exclusivamente com o mercado interno para amortizar seus custos. (...)”

(PAZ FILHO, José de Sousa; NAZARENO, Cláudio. “Cotas de Programação na Televisão”. Estudo de Julho/2008. Disponível em Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados: http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1315/cotas_programacao_pazetali.pdf?sequence=1>).

Dados da ANCINE apresentados pelo IPEA e pela ABPITV revelam exatamente a elevada concentração do mercado audiovisual brasileiro e a não-competitividade do conteúdo nacional. Consoante a Associação

Brasileira das Produtoras Independentes, antes da edição da Lei do SeAC, *“excluindo-se o Canal Brasil, e tomadas em conjunto as programações de diversos canais, somente 1,4% dos filmes exibidos eram nacionais e 1,2% do tempo total de programação foi dedicado à programação nacional”*. Diante desses fatos, não há como sustentar que a cultura nacional e a produção independente detenham acesso pleno e irrestrito aos meios de comunicação.

O fim pretendido pela Lei nº 12.485/11 foi exatamente o de romper com esse cenário, oferecendo, por limitado período de tempo (doze anos, *ex vi* do art. 41 da Lei), tratamento *jurídico* desigual no afã de corrigir ou ao menos minimizar a desigualdade *fático-econômica* que caracteriza nosso mercado audiovisual. Criam-se, assim, condições de competitividade para a indústria brasileira, em especial **a independente**, o que, além de valioso *per se*, gera efeitos positivos também sobre os assinantes do serviço, como apontado no parecer da Comissão de Defesa do Consumidor do Congresso Nacional, subscrito pelo Deputado Relator Vital do Rêgo Filho:

“Não se duvida que a instituição das cotas mostra-se benéfica também para o consumidor, pois o fortalecimento do mercado nacional de audiovisual introduz uma nova variável para a formação dos preços praticados para os pacotes e programações. Caso seja mantida a política de veicular majoritariamente conteúdos estrangeiros, os preços das programações continuarão a ser estabelecidos nos países de origem, dificultando às produtoras brasileiras o escoamento de sua produção. Não obstante, as cotas não podem servir apenas para a substituição da dominância de grupos econômicos estrangeiros por nacionais. A instituição de cotas sem a garantia de espaço para produtores independentes significa igualmente favorecer a concentração do mercado de produção nacional, já altamente concentrado na mão de poucos grupos ligados a radiodifusores”.

Não se ignora que a racionalidade econômica usada para explicar a

existência de cotas de conteúdo e de programação seja objeto de fortes debates na literatura especializada. Com efeito, o argumento da “indústria nascente” (*infant industry*), apesar de deitar raízes historicamente longínquas, remontando ao clássico *Principles of Political Economy* (1848) de John Stuart Mill, tem sido alvo de ferozes ataques por economistas mais modernos (cf., por exemplo, BALDWIN, Robert. “The case against infant industry protection” *in Journal of Political Economy*, nº 75, ano 1969, p. 295-305). Não obstante isso, ainda se pode dizer que há fundamentos economicamente consistentes a justificar o protecionismo temporário (como é o caso analisado nestes autos) de setores produtivos em fase de amadurecimento, como aponta Marc Melitz, professor de economia da Universidade de Harvard (“When and how should infant industries be protected?” *in Journal of International Economics*, nº 66, ano 2005, p. 177-196).

Há mais. A Lei nº 12.485/11 carrega ainda um *segundo* objetivo material. Trata-se de ampliar o leque de opções de conteúdo e programação disponíveis ao consumidor de TV por assinatura, em face à tendência “homogeneizante” do livre mercado audiovisual de acesso condicionado. Explico-me.

Desde o artigo seminal *Stability in Competition* de Harold Hotelling, renomado matemático e estatístico norte-americano, publicado em 1929 pelo *The Economic Journal*, o pensamento econômico em geral reconhece que os mercados competitivos, em situação de equilíbrio, apresentam uma excessiva tendência à *similaridade* (*sameness*) dos produtos ofertados pelas diferentes firmas. E isso porque “*existe um incentivo para que [os produtores] façam o novo produto muito semelhante ao antigo, introduzindo algumas pequenas modificações que sejam percebidas como melhoramentos para tantos consumidores quanto possível, sem ir longe demais nessa direção*”. A racionalidade desse comportamento dos agentes econômicos é explicada por Hotelling a partir do objetivo de “*obter para o novo produto tantos consumidores do produto antigo quanto possível*” ou, em outras palavras, “*de estar entre o seu competidor e a massa de consumidores*” (HOTELLING, Harold. “Stability in Competition” *in The Economic Journal*, vol. 39, nº 153,

ano 1929, p. 55 – grifos no original – tradução livre).

Nesse sentido, a oferta de conteúdo da TV por assinatura, diferentemente do que se poderia supor, não é exatamente o resultado da livre distribuição das preferências do consumidor. Como apontado pelo Interveniente: “*competidores economicamente racionais tenderão a se concentrar na metade do espectro de gostos do consumidor, em vez de prover uma gama diversa de produtos*”. Pode-se, por isso, dizer que o mercado audiovisual – deixado por si próprio – é incapaz de promover a diversidade de conteúdo e o pluralismo que se espera dos meios de comunicação de massa. Tal conjectura é corroborada por pesquisa IBOPE realizada no ano de 2011 (em período, portanto, anterior à entrada em vigor da Lei nº 12.485/11) acerca da TV por assinatura no Brasil. Segundo o estudo, o maior objetivo buscado pelos assinantes de TV paga é ter uma variedade de canais e de programação mais ampla do que na TV aberta. Sem embargo, a maior insatisfação do consumidor brasileiro era, à época, em relação ao número excessivo de repetições de conteúdo.

Pertinente é, por isso, a consideração levantada pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) também durante a audiência pública realizada perante o Supremo Tribunal Federal. Por intermédio da expositora Sra. Veridiana Alimonti, a entidade questionou a real liberdade do consumidor no mercado audiovisual brasileiro, notadamente em relação à programação de cada canal e ao conjunto de canais que integram cada pacote. Isso porque é notório que a grande massa de contratos de assinatura de TV são típicos *contratos de adesão*, confeccionados prévia e unilateralmente pelos fornecedores do serviço. Nesse contexto, a pretensa liberdade do consumidor bradada pelos requerentes é apenas *parcial* e sempre *limitada* pelas opções que lhe são oferecidas pela empresa. Ademais, Como destaca a Presidência da República em suas informações, *verbis*:

“(...) no SeAC a audiência é passiva. Pode-se, é verdade, rejeitar a mensagem televisiva, ora pela troca de canal, ora pela cessação da recepção. Entretanto, o fato é que, na comunicação audiovisual televisiva, apenas a reação do assinante é proativa,

ainda assim, expressa sempre de forma negativa. Sabe-se, ainda, que. Com efeito, a postura afirmativa da lei garante a opção de conteúdo audiovisual brasileiro aos assinantes, na forma do texto constitucional.”

Destarte, as cotas de conteúdo nacional não se voltam a restringir a liberdade do consumidor, mas sim a ampliá-la, rompendo, ao menos em parte, com a tendência homogeneizante do livre mercado audiovisual.

Esse propósito *pluralista e diversificador* fica ainda mais nítido quando se analisa a regra contida no art. 18 da Lei, que estabelece a obrigatoriedade da disponibilização de, pelo menos, um canal alternativo de jornalismo sempre que, no pacote vendido, houver canal de programação gerado por programadora brasileira que possua majoritariamente conteúdos jornalísticos no horário nobre. Consta do parecer da Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática (CCTCI) do Congresso Nacional que a regra foi inspirada na legislação espanhola de 2006 com o propósito de “*gerar maior diversidade de informações, estimular a produção jornalística no País e, em última instância, contribuir para o fortalecimento da democracia*”. Ao assim proceder, o legislador assegura que o assinante sempre terá, no mínimo, duas fontes jornalísticas alternativas para manter-se informado, o que, evidentemente, é bem distante de tolher-lhe a liberdade.

Tudo isso serve para dizer que a sistemática de cotas de conteúdo e de programação introduzida pelos arts. 16, 17, 18, 19, 20, 23 da Lei nº 12.485/11 visa a promover *finalidade* evidentemente *legítima* segundo a ordem constitucional brasileira, qual seja, a proteção e o estímulo à cultura nacional (CRFB, art. 221, II c/c art. 222, §3º; Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, art. 6º) em um cenário mercadológico caracterizado pela concentração do poder econômico internacional, pela existência de barreiras à entrada das empresas produtoras brasileiras, em especial das independentes, e pela tendência à homogeneização dos conteúdos disponibilizados ao assinante.

Assentada da juridicidade do *fim* pretendido pelo legislador, resta,

então, investigar se os *meios* empregados observam, na hipótese, o postulado constitucional da *proporcionalidade*.

Como já devidamente assentado na dogmática jurídica, o dever de proporcionalidade constitui autêntica pauta de moderação e prudência a orientar toda a atuação do Poder Público. Sua *função* é permitir a harmonia axiológica do sistema normativo. Seu *fundamento* é a própria noção de princípios jurídicos como *mandamentos de otimização* em face de restrições fáticas e jurídicas, na esteira do magistério de Robert Alexy (*Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 116). Sua *operacionalização* é metodologicamente desdobrada em três etapas ou fases: adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Na primeira etapa do exame de proporcionalidade, a análise de *adequação* investiga a aptidão da medida estatal para atingir a finalidade constitucional almejada. Trata-se, aqui, de um cotejo entre meio e fim, a exigir que o meio selecionado seja empiricamente idôneo à promoção do fim perseguido. Obviamente a promoção da finalidade colimada admite graus distintos de intensidade, qualidade e certeza. Por razões democráticas e técnicas, ligadas, respectivamente, à soberania popular (CRFB, art. 1º, parágrafo único) e à Separação dos Poderes (CRFB, arts. 2º c/c 60, §4º, III), deve-se respeitar a vontade objetiva do Legislativo e do Executivo (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 178-182). Assim, a adequação é satisfeita com a simples escolha de um meio que promova minimamente o fim, mesmo que não seja o mais intenso, o melhor, nem o mais seguro. A anulação de atos estatais, nesta fase, somente será justificável quando a inadequação da medida for evidente.

Na espécie, as cotas de conteúdo nacional consubstanciam, *prima facie*, meio idôneo à promoção da cultura e da identidade nacional ao estimular a indústria audiovisual do país. Com efeito, tanto a veiculação mínima de conteúdo brasileiro nos canais de TV por assinatura quanto a exigência de um número também mínimo de canais brasileiros nos pacotes ofertados aos assinantes estimulam a *demand*a pelos produtos da

indústria audiovisual nacional, o que, em consequência, aquece a cadeia produtiva do setor e favorece seu desenvolvimento e consolidação. Esse raciocínio intuitivo é corroborado por evidências empíricas trazidas ao debate durante a audiência pública realizada perante o STF.

Segundo a ANCINE, a quantidade de veiculações mensais de obras audiovisuais brasileiras em 15 canais selecionados cresceu quase *quatro* vezes, comparando-se o primeiro quadrimestre de 2012 (quando as cotas de conteúdo nacional ainda não estavam em pleno vigor) e o último quadrimestre de 2012 (quando a novel disciplina já era inteiramente aplicável a todos os *players* do setor). Ainda segundo a agência, a quantidade de requisições de Certificados de Registro de Títulos (CRTs) referentes a obras brasileiras não publicitárias aumentou quase *três* vezes entre o primeiro e o segundo semestre de 2012. Já em agosto de 2013, a ANCINE divulgou, em seu portal na internet, um balanço dos efeitos gerados pela Lei nº 12.485/11 sobre o mercado audiovisual, revelando que a nova regulação *triplicou* o total de horas de conteúdo brasileiro exibido por mês na TV por assinatura. Por sua vez, a ABPITV relatou ter testemunhado, desde a entrada em vigor da Lei nº 12.485/11, um crescimento de mais de 60% de produtoras nacionais independentes associadas a seus quadros, cuja magnitude saltou de 175 em dezembro de 2011 para 283 em fevereiro de 2013.

Esses dados revelam, de um lado, que o novo modelo regulatório tem sido eficaz no estímulo à indústria audiovisual brasileira, bem como que, de outro lado, tem favorecido a ampliação e a diversidade do conteúdo oferecido ao assinante de TV paga no Brasil, o que denota a idoneidade da medida à promoção dos fins a que se destina.

Ainda quanto à adequação da nova política regulatória, oportuno enfrentar alegação do Partido Democratas quanto aos supostos equívocos dos critérios vigentes de qualificação do conteúdo audiovisual como brasileiro (Lei nº 2º, VIII c/c MP nº 2.228/01), além dos conceitos legais de produtora e programadora brasileira (Lei nº 12.485/11, art. 2º, XVIII e XXI). Segundo o DEM, tais critérios focam aspectos *subjetivos* relativos à autoria da obra e à composição do capital da sociedade empresária, ao

invés de pautarem-se por parâmetros *objetivos* referentes ao conteúdo audiovisual e à sua pertinência com a cultura brasileira.

A impugnação, porém, não convence. Ressalto, primeiramente, que essa opção por critérios subjetivos foi intencionalmente adotada pelo legislador, como registra o parecer o Parecer da Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática (CCTCI) do Congresso Nacional, subscrito pelo Deputado Relator Jorge Bittar (PT/RJ):

“Já para o conteúdo nacional, optou-se pela conceituação já consolidada no Brasil desde a edição da MP nº 2.228-1, conhecida como MP da Ancine. Entende-se como conteúdo brasileiro aquele produzido por brasileiro ou por empresa de maioria de capital de brasileiros ou aquele produzido em regime de co-produção”.

Essa intenção se justifica não só por sua *histórica* aplicação, mas também porque um dos objetivos da Lei nº 12.485/11 é exatamente fortalecer a indústria audiovisual nacional e a produção independente no país. Só há como fazê-lo se os critérios de identificação dos beneficiários da norma forem verdadeiramente *subjetivos*, incorporando aspectos da formação do capital social e da nacionalidade de seus titulares. O que de fato caracteriza uma obra brasileira não são aspectos meramente formais, mas a efetiva participação de profissionais técnicos brasileiros nas produções audiovisuais. Assim, a medida evidentemente guarda adequação ao seu propósito.

Outrossim, não me parece que uma pretensa primazia de critérios supostamente objetivos fosse mais apropriada para a espécie. Isso porque nem sempre há tamanha objetividade. O tema da obra audiovisual, *per se*, não é muitas vezes claro o suficiente para permitir uma definição inequívoca acerca de sua pertinência com a cultura do país. Imagine-se que um episódio de seriado estrangeiro seja gravado no Brasil, registrando nossas belezas naturais e contando com a participação de artistas brasileiros. Seria essa obra digna de proteção e estímulo do nosso Estado? A resposta não é tão simples. Uma obra intelectual *sobre e no*

Brasil não é necessariamente uma obra brasileira. Por mais incrível que possa parecer, o critério subjetivo é, na hipótese, o mais objetivo, fornecendo mais segurança e menos margens a dúvidas.

Não por outra razão tem sido exatamente o critério *subjetivo* empregado por outros países na definição de sua política de estímulo ao respectivo conteúdo nacional. Como apresentado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) durante a audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal, no **Canadá** a definição da nacionalidade do programa depende, dentre outros aspectos, da nacionalidade do produtor e do pessoal-chave de criação. Na **Austrália**, o conteúdo nacional de ter sido produzido sob o controle criativo de australianos natos ou residentes permanentes no país. Na **África do Sul**, só se considera nacional o programa se os diretores e/ou roteiristas forem sul-africanos, se 50% dos atores principais, 75% do elenco coadjuvante e 50% da equipe forem sul-africanos. Na **União Europeia**, consideram-se europeias as obras originárias de Estados-Membros ou de Estados terceiros europeus que sejam parte na Convenção Europeia sobre a Televisão Transfronteiras do Conselho da Europa.

Não impressiona o argumento de que, *“pelos critérios vigentes, uma programadora pode ser classificada como brasileira sem produzir um único minuto sequer de conteúdo brasileiro”*, nem o de que *“basta que a empresa seja registrada no Brasil para ter as benesses da Lei, ainda que opere com fatores de produção externos e sem agregar qualquer valor à economia local”*. Reporto-me aqui às constantes advertências do i. Min. Marco Aurélio Mello no sentido de que *“não se pode presumir o excepcional”*. De um lado, muito embora as situações narradas pelo Partido requerente sejam imagináveis, não me parecem compatíveis com a realidade. O Requerente não aponta um exemplo sequer dos “absurdos” que narra. Poderia tê-lo feito na inicial ou agora, quando já passados quase quatro anos de entrada em vigor da Lei. Quão frequente é existência de empresa de capital nacional que não produz qualquer conteúdo brasileiro? Qual a probabilidade de uma empresa brasileira de produção audiovisual operar exclusivamente com fatores externos? Em situações normais e rotineiras, produtoras e

programadoras brasileiras estão localizadas no país, agregam valor à economia local e geram conteúdo pertinente à identidade cultural nacional. Sem qualquer indício concreto do contrário, não há como invalidar o ato legislativo.

De outro lado, os dados trazidos aos autos e já mencionados revelam que a política tem surtido efeitos positivos sobre a indústria brasileira em geral e sobre a produção brasileira independente em particular.

Reputo, por essas razões, os arts. 16, 17, 18, 19, 20 e 23 da Lei nº 12.485/11 como adequados aos fins pretendidos.

Na *segunda* etapa do exame de proporcionalidade, investiga-se a *necessidade* ou *exigibilidade* da medida estatal. Procede-se, aqui, a uma análise comparativa entre meios alternativos e o fim público perseguido. O objetivo é perquirir a existência (ou não) de meios substitutos àquele originalmente escolhido pelo Estado e, em seguida, compará-los tanto em relação ao grau de adequação à finalidade pública, quanto ao impacto sobre bens jurídicos contrapostos. Quer-se, com isso, evitar qualquer excesso da intervenção estatal, interditando que o Poder Público se valha de termos mais gravosos quando existentes alternativas igualmente eficazes, porém menos incisivas sobre a esfera jurídica de terceiros.

Na hipótese versada, não vislumbro qualquer excesso da medida estatal. Reconheço, de plano, que há alternativas à promoção da indústria audiovisual brasileira (*e.g.*, isenções fiscais e patrocínio estatal) que impõem restrições menos onerosas aos bens jurídicos contrapostos. Não obstante isso, tais mecanismos não me parecem igualmente eficazes para a promoção do fim desejado pela política pública em exame. E isso por uma simples razão: instrumentos fiscais e financeiros sempre existiram e foram aplicados em proveito da indústria nacional. Tanto assim o é que a ANCINE fora concebida, originalmente, como agência de fomento. Sem embargo, o setor de TV paga permaneceu dominado pelas obras estrangeiras, como extensivamente comprovado pelos dados trazidos aos autos. A produção nacional e independente continuou marginalizada. Somente com a política de cotas é que esse cenário começou a ser substancialmente modificado (e mais: sem comprometer em demasia o

erário).

Em verdade, deve-se reconhecer que o próprio *fomento* à produção de conteúdo brasileiro, para ser realmente eficaz, requer instrumentos outros que, atuando *conjuntamente*, deem vazão ao produto desenvolvido. O ponto foi exposto com precisão pela Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados:

“A essência das políticas de cotas de conteúdo pode ser sintetizada por meio de uma analogia simples. Imagine-se que um certo país opte pela adoção de uma política de incentivo à indústria automobilística e que, para tanto, estabeleça linhas de crédito para a compra de automóveis pela população. De que adiantará esse mecanismo se, em paralelo, não forem construídas rodovias para que os veículos possam circular? As cotas de produção nacional representam isso: vias de circulação para o conteúdo. A comparação é singela e certamente simplista, mas é capaz de dar uma noção da ineficácia da criação de instrumentos de fomento dissociada de uma política que garanta, por via das cotas, a veiculação de conteúdos nacionais”.

(PAZ FILHO, José de Sousa; NAZARENO, Cláudio. “Cotas de Programação na Televisão”. Estudo de Julho/2008. Disponível em Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1315/cotas_programacao_pazetali.pdf?sequence=1>).

Sem razão, portanto, a ABRA ao afirmar que a medida mais eficaz para a promoção da indústria nacional seria a concessão de “*incentivos fiscais, subsídios, campanhas de conscientização e maciços investimentos na formação e treinamento de profissionais*”. Em um mercado significativamente dominado por produtos estrangeiros, tais mecanismos de fomento estatal não são suficientes para o atendimento dos fins visados pelo legislador, além de sobrecarregarem excessivamente o erário. Daí por que não promovem, na mesma intensidade, os valores constitucionais em jogo.

Assento, pois, a exigibilidade da política regulatória erigida pela Lei nº 12.485/11.

Por fim, na última etapa do itinerário metodológico, o teste da proporcionalidade em sentido estrito impõe a comparação dos custos e dos benefícios da medida restritiva. Consoante a abalizada lição de Robert Alexy: *“quanto mais alto é o grau de não-cumprimento ou restrição de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”* (ALEXY, Robert. *“On balancing and subsumption: a structural comparison” in Ratio Juris*, vol. 16, nº 14, Oxford, dezembro-2003, p. 436 - tradução livre do original). É a lei da ponderação. Pretende-se, com ela, aquilatar a importância dos bens jurídicos em jogo, fundamentando juridicamente a calibragem das restrições derivadas da intervenção estatal.

Verifico, na espécie, que o grau de prejuízo imposto à liberdade de iniciativa e à liberdade de expressão das empresas estrangeiras é ínfimo, na medida em que o legislador não impediu, em qualquer momento, a comercialização de conteúdos audiovisuais de outros países nem o acesso de agentes econômicos estrangeiros ao mercado pátrio. O que fez a Lei foi apenas garantir uma demanda mínima por conteúdos audiovisuais nacionais, inclusive independentes, fortalecendo a produção audiovisual e as programadoras brasileiras, bem como estimulando a diversificação do conteúdo oferecido ao assinante. Como bem observado pela PGR, *“tais diretrizes não obstam a exibição de quaisquer programas estrangeiros, mas impõem uma obrigação comissiva de inclusão de um percentual mínimo de conteúdo brasileiro nas suas grades de programação”*. O mesmo fato também foi apontado pela Presidência da República nas informações prestadas nestes autos:

“Vale ressaltar, por oportuno, que nenhum canal terá que mudar o perfil de sua programação para cumprir as obrigações de veiculação de conteúdos nacionais. Ou seja, canais de filmes, séries, animação e variedades continuarão a exibir filmes, séries, animação e variedades, ainda que devam incluir algumas horas semanais de obras brasileiras. Cada canal poderá escolher

livremente que obras brasileiras veicular, de acordo com seu perfil de programação, e em que horário irá veiculá-las”.

Soma-se a isso o fato de que as cotas brasileiras são extremamente tímidas quando comparadas (i) com a grade total de programação das empresas e (ii) com as praticadas em outros países do mundo. Veja-se, inicialmente, que o art. 16 da Lei do SeAC exige apenas 3h30 (três horas e trinta minutos) por semana do horário nobre para conteúdos gerados por produtora brasileira independente. Trata-se de menos de 10% (dez por cento) do horário nobre semanal de 6h (seis horas) diárias fixadas pela IN-ANCINE nº 100 /2012. Já o art. 17 estabelece que, em todos os pacotes ofertados ao assinante, a cada 3 (três) canais de espaço qualificado existentes, ao menos 1 (um) deverá ser canal brasileiro de espaço qualificado. Nesse contexto específico, um terço do total de canais não parece ser fração excessiva, sobretudo porque as programadoras remanescem livres para escolher qualquer canal brasileiro. Considerada a moderação do legislador, não se pode – como fazem os requerentes – afirmar que a Lei tenha imposto uma “*linha de programação*”.

No direito comparado, a experiência de vários países sobre a matéria foi trazida a debate pelos expositores presentes durante a audiência pública realizada perante a Corte. Na **África do Sul**, pelo menos 35% do conteúdo televisivo deve ser de origem sul-africana, assim como 20% das músicas tocadas nas rádios. Na **Austrália**, desde 1999 os conteúdos locais devem ocupar 55% da grade de programação no horário nobre. No **Canadá**, as emissoras de TV particulares devem garantir que, pelo menos, 60% de sua programação total e 50% da programação no horário de pico de audiência sejam de origem canadense, seguindo-se rígidos critérios para obter tal classificação. Na **União Europeia**, pelo menos 50% do conteúdo da televisão deve ser produzido, predominantemente, com autores, trabalhadores e produtores residentes em todos os Estados-membros da União Europeia. Além disso, todas as emissoras de televisão, públicas e privadas, devem reservar 10% de sua programação a produções independentes (“Televisão sem Fronteiras”). No **Reino Unido**, além da iniciativa do Canal 4 (*Channel 4*), criado pelo próprio governo

para transmitir conteúdo gerado por produtores independentes, todos os canais abertos (ou seja, os seis canais da BBC mais os três canais comerciais de abrangência nacional) devem reservar no mínimo 25% de seu tempo de transmissão para “*uma variedade e diversidade de produções independentes*”.

Além de impor um sacrifício *leve* à liberdade de iniciativa, observo que esse sacrifício é *temporário* e deverá ser suportado de modo *progressivo* pelos agentes econômicos, resguardado que lhes foi período razoável de adaptação e planejamento. Com efeito, a política de cotas de conteúdo nacional foi criada com data para terminar, consoante dispõe o art. 41 da Lei nº 12.485/11 (“*Os arts. 16 a 23 deixarão de vigor após 12 (doze) anos da promulgação desta Lei*”). Mais que isso: a política vem sendo implementada de forma gradual, visando a não causar nenhum impacto instantâneo no setor, *ex vi* do art. 23 da Lei do SeAC, o qual dispõe que, nos dois primeiros anos de vigência do diploma, o número de horas de que trata o *caput* do art. 16 serão reduzidos nas seguintes proporções: 2/3 (dois terços) no primeiro ano de vigência da Lei, e 1/3 (um terço) no segundo ano de vigência da Lei.

Cuida-se, pois, de medida *transitória* e *cautelosa* arquitetada pelo legislador como resposta *temporária* à fragilidade do mercado audiovisual brasileiro frente ao poder econômico internacional. Espera-se que, uma vez fortalecida, a indústria pátria possa caminhar por suas próprias pernas e ofertar produtos competitivos interna e externamente.

De outra banda, o grau de importância dos fins visados pela legislação é elevado e seus efeitos permanentes. Como já ressaltado, o que está em jogo são mandamentos constitucionais e supralegais expressos de valorização da cultura e da identidade nacional (CRFB, art. 221, II c/c art. 222, §3º; Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, art. 6º), com enormes desdobramentos para a indústria audiovisual do país e para os interesses do consumidor de serviços de TV por assinatura. Todas essas repercussões foram apontadas *supra*.

Nesse quadro fático e jurídico, entendo que as vantagens

proporcionadas pela promoção do fim intentado pela Lei nº 12.485/11 superam, em larga medida, as desvantagens que lhe são correlatas, caracterizando a proporcionalidade estrita da regulação estatal.

Ante o exposto, rejeito a arguição de inconstitucionalidade material dirigida aos arts. 16, 17, 18, 19, 20, 23 da Lei nº 12.485/11.

II.(d).6 Tempo máximo de publicidade comercial (art. 24)

O DEM questiona ainda o art. 24 da Lei do SeAC, que fixou limites máximos para a publicidade comercial na TV por assinatura. Eis o teor do dispositivo impugnado:

Art. 24. O tempo máximo destinado à publicidade comercial em cada canal de programação deverá ser igual ao limite estabelecido para o serviço de radiodifusão de sons e imagens.

Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo não se aplica aos canais de que trata o art. 32 desta Lei e aos canais exclusivos de publicidade comercial, de vendas e de infomerciais.

Frise-se que o Partido requerente não desenvolve fundamentação específica para justificar a declaração de inconstitucionalidade do artigo em comento. Limita-se a mencionar a previsão legal ao questionar a validade da sistemática de cotas de conteúdo e programação. Ocorre que a relação entre as matérias não é tão intensa a ponto de os mesmos fundamentos serem suficientes para amparar ambos os pleitos aqui deduzidos. Essa falta de pertinência entre a fundamentação e o pedido fica evidente no único trecho da inicial que faz referência ao art. 24 da Lei:

“Há reserva de quantidade de canais, de espaço em canais ou de horários para conteúdo brasileiro, como dispõe o art. 16 da Lei; para conteúdo audiovisual brasileiro produzido por produtora brasileira independente, conforme arts. 17 e 18; e

para conteúdo audiovisual brasileiro produzido por produtora brasileira independente nos sete anos anteriores a sua veiculação, de acordo com o disposto no art. 20, inc. I. Isso sem comentar as restrições à duração da publicidade comercial (art. 24) e uma reserva de mercado em favor de agências de publicidade nacional (art. 25).

Daqui se infere que o legislador restringiu sobremaneira a liberdade do destinatário, reservando mercado para empresas de capital nacional e para produtos brasileiros, e ainda, impondo a compra casada daqueles produtos ou de produtos (ainda que estrangeiros) fornecidos por empresas de capital nacional”.

Ora, qual a relação entre liberdade do consumidor e limitação da publicidade na TV por assinatura? Estaria a Lei nº 12.485/11 a restringir a liberdade do consumidor ao protegê-lo contra o excesso de propaganda comercial? O argumento não faz sentido. Em verdade, tudo indica que o fundamento citado neste trecho não mantém pertinência com o art. 24. Ocorre que em nenhum outro momento a peça vestibular se refere ao dispositivo. Tal fato é, *per se*, suficiente para não conhecer do pedido quanto ao art. 24 da Lei nº 12.485/11, uma vez que o art. 3º, I, da Lei nº 9.868/99 exige que se conte da inicial *“o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações”*.

Sem embargo, caso o Plenário do Supremo Tribunal Federal supere a questão preliminar suscitada neste item, passo a me pronunciar sobre a validade jurídica do art. 24 da Lei nº 12.485/11.

Ressalto, de plano, sua cabal compatibilidade com a ordem constitucional brasileira, em especial com a previsão que impõe ao legislador infraconstitucional um dever de proteção do consumidor (CRFB, art. 170, V). E qual a relação entre a proteção do consumidor e a limitação do tempo de publicidade na TV por assinatura? Simples e direta: o consumidor do SeAC, ao assinar um pacote de canais, desembolsa recursos justamente para obter maior diversidade de

conteúdo e programação audiovisual, o que, obviamente, não se refere a propaganda comercial. Canais diferentes são conhecidos pelos seus programas e não pela publicidade que transmite.

Não por outro motivo o excesso de veiculação de propaganda comercial na TV por assinatura vinha sendo objeto de muitas reclamações por parte dos assinantes. No período de 2006 a 2011, a ANATEL recebeu cerca de 11 (onze) mil queixas de consumidores, o que ensejou, a propósito, a confecção de artigo específico sobre o tema na proposta de regulamento do setor editada pela própria agência. O dispositivo proposto também limitava o tempo de publicidade na, à época, TV a cabo. Em seu voto sobre a questão, o Conselheiro Relator da proposta João Batista de Rezende defendeu a aplicação à TV paga dos limites existentes para a radiodifusão:

“Por fim, a título de esclarecimento, relativamente ao percentual máximo diário de inserção de publicidade na programação do prestador de serviço de TV a Cabo proposto nos §§ 3º e 4º do art. 63 da Proposta sob exame, cumpre comentar que esta é originária da SCM [*Superintendência de Serviços de Comunicação de Massa*] e teve como motivação evitar excessos, haja vista as reclamações de assinantes na Anatel quanto à programação, inclusive quanto à quantidade de publicidade nos canais pagos.

3.1.5. No período 2006 a 2011 foram recebidas pela Anatel cerca de 11 mil reclamações relativas a programação. Dentre as principais críticas, observou-se a insatisfação dos assinantes ao assistirem a uma programação interrompida em demasia por intervalos comerciais. Em alguns casos foi relatada a ocorrência de quantidade de publicidade superior à verificada nos canais abertos (radiodifusão), mantidos essencialmente por estas receitas, numa relação que chegava a igualar o tempo de exibição de um filme ou episódio de seriados ao tempo de publicidade veiculada durante sua apresentação. Também foi relatado pelos assinantes que a inserção de publicidade apresentou crescimento ao longo do tempo.

3.1.6. Desse modo, verifica-se que uma veiculação elevada, desproporcional e ilimitada de propaganda e publicidade pode descaracterizar o Serviço de TV a Cabo que já se remunera pela assinatura mensal paga pelo assinante. Ademais, a prática, nesses termos, pode caracterizar vantagem manifestamente excessiva, podendo ser considerada abusiva nos termos do art. 39, V, do Código de Defesa do Consumidor (CDC)”.

A proteção do consumidor, portanto, é o interesse constitucional relevante a respaldar a limitação de publicidade na TV por assinatura. A juridicidade da medida fica ainda mais evidente quando se leva em conta que, na TV aberta, já vigora tal limitação, conforme dispõe o art. 124 do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/62): *“o tempo destinado na programação das estações de radiodifusão, à publicidade comercial, não poderá exceder de 25% (vinte e cinco por cento) do total”*. Ora, enquanto a radiodifusão baseia suas receitas nas verbas provenientes da publicidade comercializada, a TV paga é suportada primordialmente por receitas oriundas de suas assinaturas. Nesse contexto, se existe limitação para a primeira, com muito maior razão deve existir para a segunda. Tal aspecto foi levado em conta pelo legislador, como consta do parecer da Comissão de Defesa do Consumidor no Congresso Nacional, subscrito pelo Deputado Relator Vital do Rêgo Filho:

“Interessa observar que, ao passo em que o entretenimento pago não possui, na atualidade, regramento quanto à veiculação de publicidade, o Código Brasileiro de Telecomunicações determina que a radiodifusão comercial não poderá ultrapassar o limite de 25% do tempo destinado à programação com comerciais. Ora, se a radiodifusão, que deve buscar seu faturamento no mercado publicitário, possui limite de veiculação, não se mostra justificável liberar a televisão por assinatura para veicular comerciais em qualquer proporção”.

Note-se, ademais, que o legislador foi extremamente cauteloso ao prever, no parágrafo único do art. 24, uma exceção natural ao seu *caput*.

Cuida-se exatamente daqueles canais voltados exclusivamente para a publicidade, em relação aos quais o assinante tem expectativa de que veiculem apenas propaganda comercial, o que não acontece com canais não-publicitários, que, via de regra, sequer têm nestes conteúdos sua matéria precípua de veiculação.

Por tais razões, caso o plenário do Supremo Tribunal Federal conheça da impugnação específica, voto, no mérito, pela sua rejeição.

II.(d).7 Impossibilidade de oferta de canais que veiculem publicidade comercial direcionada ao público brasileiro contratada no exterior por agência de publicidade estrangeira (art. 25)

O Partido Democratas alega que o art. 25 da Lei nº 12.485/11 cria uma *“reserva de mercado em favor de agências de publicidade nacional”*, caracterizando *“uma inconstitucional discriminação à atividade de empresas de capital estrangeiro no Brasil, não prevista na Constituição”*. Confira-se o teor do dispositivo impugnado:

Art. 25. Os programadores não poderão ofertar canais que contenham publicidade de serviços e produtos em língua portuguesa, legendada em português ou de qualquer forma direcionada ao público brasileiro, com veiculação contratada no exterior, senão por meio de agência de publicidade nacional.

§ 1º A Ancine fiscalizará o disposto no caput e oficiará à Anatel e à Secretaria da Receita Federal do Brasil em caso de seu descumprimento.

§ 2º A Anatel oficiará às distribuidoras sobre os canais de programação em desacordo com o disposto no §1º, cabendo a elas a cessação da distribuição desses canais após o recebimento da comunicação.

Diferentemente do Partido requerente (e como já assentado linhas atrás), não vislumbro qualquer reserva constitucional para a instituição de tratamento diferenciado entre brasileiro e estrangeiro, mesmo após a

promulgação da Emenda Constitucional nº 6/95. De qualquer sorte, como também já consignado, o princípio geral da igualdade, enquanto *regra de ônus argumentativo*, exige que o tratamento diferenciado seja acompanhado de causa jurídica *suficiente* para amparar a discriminação.

Obviamente, esse critério de suficiência envolve um *problema de valoração*, que, no limite, permitiria que o Poder Judiciário substituísse os critérios de relevância eleitos pelo legislador. Pode-se, todavia, evitar esse problema conferindo ao Poder Legislativo significativa margem de discricionariedade para lidar com a matéria. É esse o magistério de Robert Alexy, quando enfrenta o tema à luz do Tribunal Constitucional Federal alemão:

“(...) se existem razões suficientes para a admissibilidade de um tratamento desigual, o tratamento igual não é obrigatório. Mas, sob essas condições, um tratamento desigual também não é obrigatório, pois a fórmula (9) [*se houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então o tratamento desigual é obrigatório*] exige, para tanto, razões suficientes não apenas para a admissibilidade do tratamento desigual, mas também para a obrigatoriedade desse tratamento. Se há casos nos quais estejam presentes razões suficientes para a admissibilidade mas não para a obrigatoriedade de um tratamento desigual, então, há também casos nos quais o enunciado geral da igualdade não exige nem um tratamento igual, nem um tratamento desigual, mas permite tanto um quanto o outro. Isso significa que ao legislador é conferida uma discricionariedade.

(...) não se pode argumentar que a vinculação do legislador ao enunciado da igualdade faz com que ao Tribunal Constitucional Federal seja conferida uma competência para substituir livremente as valorações do legislador pelas suas próprias. É possível apenas argumentar que o enunciado geral de liberdade confere ao tribunal determinadas competências para definir os limites das competências do legislador. Embora isso signifique que algumas valorações do tribunal tenham

precedência em relação àquelas do legislador, isso não é suficiente para fundamentar uma objeção.

Todo controle do legislador por parte do Tribunal Constitucional Federal implica que, em uma determinada extensão, algumas valorações do tribunal terão precedência em relação àquelas do legislador. (...) Por isso, se não se pretende, com a vinculação ao enunciado da igualdade, abdicar de toda e qualquer jurisdição constitucional, não se pode querer fundamentar a tese segundo a qual esse enunciado conduz a uma extensão indevida das competências do Tribunal Constitucional Federal simplesmente com base no fato de que sua aplicação pressupõe valorações. Necessário seria demonstrar que a aplicação do enunciado geral da igualdade implica um tal grau de valorações subjetivas – ou seja, não controláveis – que seria plausível exigir que esse enunciado, no que diz respeito à vinculação do legislador, seja tratado de forma diversa das outras normas de direitos fundamentais”.

(ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 412-415).

No caso dos autos, porém, esses riscos de supressão da discricionariedade legislativa sequer se colocam. É que não houve, em nenhum momento, indicação clara e precisa das razões que embasariam a discriminação em tela. Seja nas justificativas aos Projetos de Lei que deram origem à Lei nº 12.485/11, seja nos pareceres das Comissões congressuais que os analisaram, seja ainda nas diversas manifestações juntadas aos autos dos órgãos naturalmente encarregados da defesa do ato impugnado (AGU, Presidência da República, Câmara dos Deputados e Senado Federal), não existe uma análise minimamente transparente acerca dos fundamentos para a restrição contida no art. 25 da Lei do SeAC. Em um cenário como este, é tormentoso para Tribunal perquirir a suficiência da diferenciação criada pelo legislador, na medida em que não houve explicitação adequada da razão justificadora da reclamação. Destarte, não se pode falar em *problema de valoração*.

Veja-se, a propósito, que em todas as demais disposições desta Lei em que houve a instituição de tratamento favorecido a brasileiros (*e.g.*, arts. 10, 16 e 17), foram apresentadas razões (independentemente se boas ou ruins) em seu suporte. Dada a plausibilidade das justificativas, votei pelo reconhecimento de sua constitucionalidade, evitando qualquer espécie de substituição do juízo emanado do legislador eleito. De fato, a prerrogativa de brasileiros prevista no art. 10 da Lei nº 12.485/11 foi fundamentada nestes autos como forma de *atualizar* a disciplina da comunicação social prevista na Constituição, editada que foi em um período em que não havia TV por assinatura no Brasil. De igual modo, as regras de conteúdo brasileiro (arts. 16 e 17) foram chanceladas tendo em vista a argumentação fática de que o mercado audiovisual brasileiro carece de incentivos mais robustos que os anteriormente empregados, no afã de criar condições de competitividade para a indústria nacional.

Quanto ao art. 25, porém, não houve, durante o processo legislativo ou mesmo nestes autos, explicitação de razões mínimas que justificassem restringir o princípio geral da igualdade insculpido no art. 5, *caput*, da Constituição da República. Seria o mercado publicitário brasileiro ainda imaturo para competir com o internacional? Em caso positivo, o argumento da indústria nascente então seria aplicável, como no caso dos arts. 16 e 17 da Lei nº 12.485/11. Porém, aqui, diferentemente de lá, (i) **não houve indicação de qualquer situação de fato** que justificasse essa proteção das empresas brasileiras; (ii) há uma completa **exclusividade** em proveito das empresas brasileiras (e não apenas preferência percentual); (iii) **não há prazo para ter fim** (*ex vi* do art. 41 da Lei do SeAC), tendo sido pensada para durar eternamente.

Poder-se-ia cogitar que a razão da discriminação seria o favorecimento do mercado publicitário nacional. Ocorre, porém, que esse argumento é *logicamente tautológico*. E essa falácia lógica é anterior a qualquer problema de valoração. Explico.

Em toda e qualquer discriminação, favorece-se algum grupo em detrimento de outro. É, portanto, ínsito ao tratamento diferenciado prestigiar seus beneficiados. A exigência de que existam razões a amparar

essa discriminação supõe que sejam fornecidos fundamentos outros que não simplesmente o favorecimento dos beneficiados. Em outras palavras, a desigualdade deve ser vista com um *meio* para promover certas *finalidades*. Essas finalidades é que formam o substrato de justificação da desigualdade. O simples favorecimento é a própria desigualdade, ou seja, é o meio empregado pelo legislador.

Essa compreensão, além de logicamente mais consistente, evita que o argumento de discricionariedade legislativa seja utilizado para justificar discriminações sem qualquer fundamento externo, mas que apenas pretendem privilegiar alguns em detrimento dos demais. Um exemplo esclarece o ponto.

Imagine-se que uma lei hipotética estabeleça que torcedores de certo time de futebol terão isenção do imposto de renda. Não havendo outras razões em suporte da discriminação, poderíamos considerar que seu fundamento seria apenas o de beneficiar aqueles indivíduos. Daí em diante a discussão acerca da legitimidade jurídica da distinção demandaria uma reavaliação desse fundamento legislativo pelo Poder Judiciário. É evidente que esse caminho revela-se muito mais abstrato e pouco controlável argumentativamente. Saber se faz sentido jurídico prestigiar um grupo ou outro não é tarefa fácil nem objetiva. Por isso, é muito mais seguro reconhecer que, antes de qualquer juízo de reavaliação judicial sobre a suficiência das razões legislativas, existe um escrutínio lógico a ser enfrentado, consistente na verificação da existência de razões externas à própria discriminação. O problema valorativo da suficiência deve surgir, portanto, somente *após* considerações lógicas sobre o caráter externo das razões.

Em obra dedicada ao estudo da regulação jurídica, Carlos Ragazzo, professor da Escola de Direito da FGV-Rio, analisou com profundidade o papel do Poder Judiciário na revisão *substantiva* de marcos regulatórios, destacando seu potencial para aumentar a *accountability* das autoridades, produzir mais transparência e viabilizar o questionamento popular informado das escolhas públicas. Nesse sentido, registra o professor:

“(...) o Poder Judiciário exercerá uma dupla função na

revisão de marcos regulatórios: (i) evita arbitrariedades e regulações que são resultados de influência indevida de grupos de interesse, impondo limites substantivos a serem observados pelo Poder Legislativo e demais órgãos reguladores; e (ii) estimula o Poder Legislativo e as agências reguladoras a desenvolverem uma capacidade analítica maior, com a imposição de requisitos procedimentais em hipóteses específicas, a fim de que os órgãos reguladores identifiquem claramente os objetivos regulatórios, bem como a alternativa que represente a melhor relação de custo e benefício, contribuindo para o aumento da transparência e, portanto, da participação democrática”.

(RAGAZZO, Carlos. *Regulação Jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Renovar: Rio de Janeiro, 2011, p. 255-256)

E prossegue para assentar diretriz imediatamente aplicável ao caso em exame:

“O Judiciário funcionaria como um avalizador das barganhas legislativas, impedindo acordos explícitos ou implícitos que estejam em desacordo com os princípios constitucionais. Os próprios *standards* podem se transformar na metodologia que assegura a transparência e que evita as arbitrariedades legislativas, sejam elas produto de grupos de interesse ou não.

Seguindo essa linha de pensamento, **uma importante regra é a que assegura consistência legislativa**. A consistência interna de uma regulação ou de uma legislação primária depende de um juízo de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito entre o que se propõe (objetivo regulatório) e a medida (finalidade regulatória). Já a consistência externa demanda a possibilidade de os objetivos propostos por um ato normativo serem alcançados pela Administração Pública (consistência de recursos). **Ao impor**

regras de análise substantiva, avaliando consistência interna e externa ao processo político, o Judiciário provoca um incentivo para que os trade-offs sejam mais claros ainda na fase de formulação das regulações, incentivando-os a abordar os problemas sociais e econômicos de uma forma mais realista.

Exposições de motivos que não informem claramente os motivos que justificam a edição da norma regulatória, portanto, estariam mais sujeitos ao escrutínio judicial, sobretudo porque, nessas ocasiões, a avaliação de consistência interna e externa se tornaria bem mais complicada”.

(RAGAZZO, Carlos. *Regulação Jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Renovar: Rio de Janeiro, 2011, p. 267-268 – sem grifos no original)

Isso tudo serve apenas para assentar que o puro e simples favorecimento do mercado publicitário nacional não é razão jurídica logicamente idônea a fundamentar a discriminação articulada pelo art. 25 da Lei nº 12.485/11, o que – somado à pouca clareza dos fundamentos da medida – impõe a sua declaração de inconstitucionalidade por violação ao princípio geral da igualdade (CRFB, art. 5º, *caput*).

Corroborar esse entendimento o fato de que, diferentemente dos arts. 10, 16 e 17, a discriminação introduzida pelo art. 25 da Lei do SeAC não encontra eco imediato em nenhuma norma constitucional expressa. Como já apontado, o art. 10 da Lei funda-se em uma extensão de um regime já constitucional já criado e positivado no art. 222, §2º, da CRFB. Já os arts. 16 e 17 retiram seu fundamento de validade art. 221, II c/c art. 222, §3º, da Constituição, bem como do art. 6º da Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais. O privilégio à indústria publicitária brasileira, porém, não tem respaldo imediato em qualquer previsão constitucional. Qual seria o interesse legítimo que pretendeu avançar o legislador? Sendo mais modesto: que interesse (de qualquer tipo: legítimo ou não) quis promover o legislador com tal exclusividade? Difícil responder ante a ausência de informações que

supram o ônus de justificação imposto pelo princípio da igualdade.

Há mais, porém. A própria racionalidade deste dispositivo é de difícil explicação. Basta imaginar uma situação em que ele teria incidência para constatar sua fragilidade. Figure-se, por exemplo, a hipótese de uma grande marca de carros estrangeiros que resolva desenvolver uma mesma peça publicitária a ser veiculada em canais internacionais por todo o planeta. Considere-se ainda que o conteúdo transmitido envolva mais imagens do que propriamente falas ou textos escritos. Em cada país, a propaganda comercial seria então ajustada simplesmente para permitir que as poucas palavras pudessem ser compreendidas em idioma local. Pelo texto da Lei nº 12.485/11, essa propaganda, se contratada no exterior, deveria ser intermediada por agência de publicidade nacional, sob pena de **o canal internacional** (e não apenas a propaganda) não poder sequer ser veiculado no Brasil.

O efeito imediato da regra é a criação de embaraços significativos para que o público brasileiro da TV por assinatura possa ter acesso pleno a canais internacionais. Pode-se até mesmo conjecturar que seja mais interessante para o canal estrangeiro, por um lado, deixar de alcançar o público brasileiro (e, com isso, evitar os custos de contratação de publicidade especialmente para o Brasil) e, por outro lado, continuar a veicular suas peças publicitárias mundialmente, contratadas de uma única vez no país que lhe seja mais interessante. Ao final, pode ser que os propósitos de ampliação de informação e diversificação de conteúdos colimados pela Lei sejam, a rigor, solapados por essa reserva de mercado *prima facie* injustificável por ela instituída.

Por todas essas razões, acolho o pedido deduzido pelo Partido Democratas e voto pela declaração de inconstitucionalidade do art. 25 da Lei nº 12.485/11 por violação ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, *caput*), núcleo elementar de qualquer regime republicano e democrático.

II.(d).8 Outorga do serviço de distribuição do SeAC por autorização administrativa sem necessidade de prévia licitação (art. 29)

Quanto ao art. 29 da Lei nº 12.485/11, o DEM, a Associação NEOTV e a ABRA postulam que se confira ao dispositivo interpretação conforme a Constituição para reconhecer que a outorga do serviço de comunicação de acesso condicionado seja precedida por procedimento licitatório (como se extrairia dos arts. 21, XI; 175, *caput*; e 37, *caput* e XXI, da CRFB). Segundo sustentam, haveria uma “*inviabilidade técnica*” para a participação de todos os interessados no setor. Essa dificuldade decorreria da limitação de infraestrutura disponível para a prestação do serviço (*i.e.*, escassez de meios físicos). A Associação NEOTV chega a afirmar que “*a entrada indiscriminada de novos agentes no mercado favorece as grandes empresas que já prestam o serviço ou as companhias de telecomunicações*”, as quais “*já dispõem do necessário acesso à rede de cabos, dispondo da infraestrutura que lhes permitirá a prestação dos serviços correlatos*”, ao passo que “*os pequenos operadores serão alijados do mercado*”. As entidades apontam ainda que o dever de licitar decorreria ainda do princípio constitucional da impessoalidade na seleção dos futuros prestadores do serviço. Eis o texto a que se pede interpretação conforme a Constituição:

Art. 29. A atividade de distribuição por meio do serviço de acesso condicionado é livre para empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País, sendo regida pelas disposições previstas nesta Lei, na Lei no 9.472, de 16 de julho de 1997, e na regulamentação editada pela Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel.

Parágrafo único. A Anatel regulará e fiscalizará a atividade de distribuição.

Os argumentos não merecem guarida pela Corte.

Importante consignar um aspecto interessante da presente impugnação. Ao longo de todo o exposto até aqui, pode-se notar que o fio

condutor dos questionamentos apresentados à Lei nº 12.485/11 tem sido uma leitura um tanto quanto *maximalista* do princípio constitucional da livre iniciativa. Nos itens anteriores, ficou clara a percepção dos requerentes quanto a uma suposta ingerência excessiva do Poder Público no setor audiovisual brasileiro. Em linhas gerais, argumentam eles que a nova política regulatória teria criado privilégios injustificados ao produto e às empresas brasileiras, desequilibrando uma “saúdável” a competição do livre mercado. A demanda dos requerentes era por *menos* regulação e *mais* liberdade.

Sucede que o art. 29 da Lei do SeAC, destoando do perfil mais interventivo dos outros dispositivos, promove uma verdadeira liberalização da entrada no mercado audiovisual brasileiro. Isso porque remove algumas das antigas barreiras regulatórias que restringiam o acesso à distribuição de TV por assinatura. Era de se esperar, portanto, que a medida fosse festejada pelos requerentes. Isso, porém, não ocorreu. Os mesmos autores que se arvoravam de bastiões da liberdade de iniciativa pleiteiam, aqui, exatamente o oposto. Desejam ver declarada nula a abertura do mercado e, portanto, limitada a iniciativa econômica dos interessados em empreender no setor. Aqui, a demanda dos requerentes é, surpreendentemente, por *mais* regulação e *menos* liberdade. A incoerência é flagrante e não passou despercebida.

Feito o registro, examino, com mais vagar, as alegações articuladas nas peças iniciais. Esclareço, de plano, que o dever constitucional de licitar (CRFB, art. 37, XXI c/c art. 175, *caput*) somente incide nas hipóteses em que o acesso de particulares a alguma situação jurídica de vantagem relacionada ao Poder Público não possa ser universalizada. Seu pressuposto é, portanto, a escassez relativa do bem jurídico pretendido, em geral a celebração de algum contrato com a Administração Pública. Somente aí é que faz sentido confrontar propostas e selecionar apenas a mais vantajosa. Certames licitatórios não têm lugar nos casos em que todo e qualquer cidadão possa ter acesso à situação pretendida. É o que explica Marçal Justen Filho:

“Mas somente se impõe a licitação quando a contratação

por parte da Administração pressupuser a competição entre os particulares por uma contratação que não admita a satisfação concomitante de todos os possíveis interessados. A obrigatoriedade da licitação somente ocorre nas situações de exclusão (*sic*), em que a contratação pela Administração com determinado particular exclui a possibilidade de contratação de outrem. Já que haverá uma única contratação, excludente da viabilidade de outro contrato ter o mesmo objeto, põe-se o problema da seleção da alternativa mais vantajosa e do respeito ao princípio da isonomia. A licitação destina-se a assegurar que essa escolha seja feita segundo os valores norteadores do ordenamento jurídico.

Não haverá necessidade de licitação quando houve um número ilimitado de contratações e (ou) quando a escolha do particular a ser contratado não incumbir à própria Administração. Isso se verifica quando uma alternativa de contratar não for alternativa de outras, de molde que todo o particular que o desejar poderá fazê-lo. O raciocínio não é afastado nem mesmo em face da imposição de certos requisitos ou exigências mínimos. Sempre que a contratação não caracterizar uma 'escolha' ou 'preferência' da Administração por uma dentre diversas alternativas, será desnecessária a licitação".

(JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2008, p. 46)

A dúvida central nestes autos é exatamente saber se existe, de fato, uma "*inviabilidade técnica*" para a participação de todos os interessados no setor (o que atrairia o dever constitucional de licitar), ou se, ao contrário, a qualidade jurídica de prestador do SeAC seria universalizável (o que dispensaria a realização de certames licitatórios para a outorga do serviço).

Não vislumbro fundamento para acolher o entendimento dos requerentes. Em *primeiro* lugar, nenhum dos autores trouxe aos autos indícios mínimos de que os meios de prestação do serviço seriam escassos

e de que, portanto, somente permitiriam a atuação de alguns poucos operadores. Não se desincumbiram, assim, do ônus de justificação mínimo para a infirmar a validade dos atos estatais. Seria por demais leviano pronunciar a nulidade de previsão legal clara e taxativa a partir de afirmações genéricas, sem maior consistência teórica ou empírica.

A bem de ver, o argumento da escassez sequer parece verossímil. Como afirmado pelo Conselheiro da ANATEL, Sr. Marcelo Bechara, durante a audiência pública realizada no STF, *“com a convergência tecnológica e a unificação dos regimes jurídicos aplicáveis às diferentes plataformas de SeAC, não faz mais sentido falar em escassez dos meios físicos. Há diferentes formas de prestar o serviço”*. De fato, a conceituação legal do SeAC torna irrelevante a plataforma tecnológica empregada para a transmissão do sinal. O que importa é o serviço prestado (e não a tecnologia utilizada). Confira-se o teor da norma:

Lei nº 12.485/11, art. 2º, XXIII - **Serviço de Acesso Condicionado:** 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. (sem grifos no original).

Ora, diante dessa nova definição do serviço, não é crível que os meios de prestação sejam escassos quando, a rigor, quaisquer meios eletrônicos, tecnologias, processos e protocolos de comunicação sejam igualmente idôneos para prestar o serviço. A visão dos requerentes ainda está apegada ao cenário regulatório anterior, no qual os mercados relevantes eram definidos segundo a plataforma de transmissão do sinal (e.g., cabos físicos, micro-ondas, satélites, sinais UHF codificados). Talvez naquele contexto houvesse sentido em afirmar o caráter finito dos

suportes do serviço, como cabos físicos. Hoje, porém, não havendo cabos disponíveis, abre-se ao interessado prestar o serviço por outra tecnologia. O conceito legal do SeAC tornou injustificável a criação de barreiras de entradas a novos prestadores.

Em *segundo* lugar, tanto a própria Lei nº 12.485/11 quanto as diversas autoridades do setor que estiveram presentes à audiência pública no STF foram claros o suficiente para assegurar que todo interessado em prestar o serviço de TV por assinatura poderá receber autorização da ANATEL para tanto, desde que preencha os requisitos legais. Ora, quem diz que vai autorizar todo interessado é o próprio órgão encarregado de realizar a outorga do serviço. Nesse cenário, não existe escassez relativa de posições contratuais que reclame procedimento impessoal de escolha dos particulares interessados. Todo aquele que quiser prestar o serviço, em preenchendo as exigências objetivas da lei, passa a titularizar verdadeiro *direito subjetivo* à outorga do serviço.

Essa foi, aliás, uma das maiores inovações trazidas pela Lei nº 12.485/11. Até então, o serviço de TV por assinatura, em especial na sua modalidade de TV a cabo, estava sujeito a um regime de competição *pelo* mercado, e não de competição *no* mercado. Na disciplina aplicável, a antiga Lei do Cabo (Lei nº 8.977/95) e o respectivo regulamento (Decreto nº 2.206/97), (i) permitiam a fixação de número máximo de operadores do serviço na área geográfica de prestação; (ii) determinavam que o título jurídico formalizador da outorga seria o contrato de concessão (com duração de 15 anos), celebrado após licitação pública e avaliação de propostas técnico-financeiras; e (iii) condicionavam a participação das concessionárias de serviços de telecomunicações ao desinteresse manifesto de empresas privadas.

A Lei nº 12.485/11 pretendeu romper com esse desenho regulatório de competição *pela* entrada. Aliás, pouco antes da promulgação da Lei, a ANATEL já havia manifestado interesse na modificação das normas infralegais aplicáveis à TV a Cabo e ao MMDS justamente para dar fim ao processo licitatório prévio à outorga do serviço. Por meio da Resolução nº 551, de 03.12.2010, a Agência havia aprovado, por maioria, novo

Planejamento do Serviço de TV a Cabo (TVC) e do Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto-Multicanal (MMDS), entendendo que as normas que regiam, até então, aqueles serviços criariam barreiras de entrada no setor e seriam incompatíveis com a Constituição, com a Lei Geral de Telecomunicações – LGT (Lei nº 9.472/97) e com própria a Lei do Cabo (Lei nº 8.977/95). No ano seguinte, ao defender a proposta de alteração do regulamento setorial, o Conselheiro Relator João Batista de Rezende (Análise nº 295/2011-GCJR) apontou que, *verbis*:

“(...) importante destacar que no Brasil existem atualmente 5.565 municípios, sendo que 277 contam com população acima de 100 mil habitantes. Nesse contexto apenas 262 municípios brasileiros possuem outorgas de STVC [*Serviço de TV a Cabo*]. Tal cenário que subsiste até este ano de 2011, ou seja, há quase 14 anos após a edição da LGT [*Lei Geral de Telecomunicações – Lei nº 9.472/97*], constitui em forte evidência da necessidade premente da Anatel eliminar as barreiras regulatórias que dificultam a entrada de novos prestadores de serviço em um mercado em que não existe recurso escasso ou limitado, tal qual a imposição de limites de outorgas e licitação antes vigentes, em cumprimento ao seu dever de atuar na promoção da livre, ampla e justa competição, conforme preconizado no art. 6º da LGT”.

Surge aqui a *terceira* razão contrária à pretensão dos requerentes. Não existe qualquer óbice constitucional à outorga do serviço de TV por assinatura mediante simples autorização administrativa (e não por meio de concessão ou permissão). É que o art. 21, XI, da Constituição dispõe que compete à União “*explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei (...)*”. Vê-se, pois, que foi a própria Lei Maior que se referiu à autorização como modalidade plenamente cabível para a outorga de serviços de telecomunicações, de que é espécie o serviço de acesso condicionado (*ex vi* do art. 2º, XXIII, da Lei nº 12.485/11).

Aliás, em matéria de direito das telecomunicações, desde a Lei nº

9.472/97, existe um quadro bem sólido de classificação das espécies do serviço, bem como de seus respectivos regimes jurídicos. A Lei Geral do setor afirma que, *“quanto à abrangência dos interesses a que atendem, os serviços de telecomunicações classificam-se em serviços de interesse coletivo e serviços de interesse restrito”* (art. 62, caput); já *“quanto ao regime jurídico de sua prestação, os serviços de telecomunicações classificam-se em públicos e privados”* (art. 63, caput). Esses conceitos se relacionam por, dentre outras previsões, aquela do art. 64, caput, ao afirmar que *“comportarão prestação no regime público as modalidades de serviço de telecomunicações de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar”*. Parece-me, certamente, que não é o caso da TV por assinatura. Não se cogita nestes autos que a União garanta a universalização e a continuidade desse serviço. Na mesma Análise nº 295/2011-GCJR já citada, o Conselheiro Relator João Batista de Rezende esclareceu o ponto, embora se referindo primordialmente à TV a Cabo:

“3.2.3.29. Como se pode observar, pela LTVC [*Lei da TV a Cabo*] não há qualquer referência a essencialidade do STVC [*Serviço de TV a Cabo*] ou a obrigações de existência, continuidade e universalização a serem asseguradas pela União, nem mesmo que a sua remuneração será mediante a aplicação de tarifas homologadas pelo Poder Concedente ou que o serviço deve abranger todo o território nacional. Ou seja, não tem qualquer semelhança com a outorga de concessão para exploração de serviço em regime público da LGT, ao contrário, tudo concorre para o seu enquadramento no regime privado, mediante a expedição de autorização para a prestação do serviço.

3.2.3.30. Assim, a despeito do STVC, no passado, ter sido outorgado mediante concessão, o mesmo não se reveste da característica de essencialidade para a coletividade - a população brasileira, primordial para sua classificação em regime público, outorgado mediante concessão, na legislação em vigor.

3.2.3.31. Ademais, se assim o fosse, forçosamente, teria que

ser imputado ao mesmo obrigações de um serviço prestado em regime público, tais como existência, continuidade e universalização, além de remuneração mediante tarifas homologadas, com abrangência em todo o território nacional, afinal, a essencialidade se estende a todos os brasileiros. Além disso, novas concessões devem ser objeto de licitação, o que não se aplica ao presente caso, dado que não há limites ao número de outorgas do STVC, conforme o Planejamento do Serviço aprovado pela Anatel”.

Por outro lado, diz a Lei nº 9.472/97 que “a exploração de serviço de telecomunicações no regime privado será baseada nos princípios constitucionais da atividade econômica” (art. 126), devendo observar, dentre outros cânones, “a competição livre, ampla e justa” (art. 127, II). A outorga do serviço ocorre por **autorização** administrativa, disciplinada no Capítulo II do Título III da LGT, inexistindo limitação ao número de prestadores e, bem por isso, prévia licitação. Como o SeAC foi legalmente qualificado como serviço prestado no regime **privado**, nada mais natural do que a sua sujeição ao modelo de autorizações (e não de concessões ou permissões, típicas do modelo público). A Lei nº 12.485/11 simplesmente zelou pela harmonia do sistema normativo aplicável aos serviços de telecomunicações, dispensado à TV por assinatura tratamento jurídico compatível com a sua qualificação.

Por fim, há ainda um *quarto* motivo a determinar a rejeição da tese articulada pelos requerentes. Relembro aqui, mais uma vez, as premissas teóricas lançadas no início deste voto no sentido de que, em matéria de ordem econômica, não existe um modelo de Estado único e inteiramente constitucionalizado no Brasil. Assim, da mesma forma como as antigas restrições de acesso ao mercado não eram *per se* ilegítimas (e sim uma autêntica opção regulatória exercida dentro da moldura constitucional), a nova disciplina também se ajusta às balizas da ordem econômica traçadas na Lei Maior. Consubstanciam, portanto, *outra* opção regulatória legítima do legislador brasileiro. Não há nada no texto constitucional que imponha (ou proíba) um ou outro modelo. Qualquer tentativa de extrair

das *vagas* normas da Constituição um desenho *preciso* de regulação de entrada do mercado audiovisual não passa de uma dissimulação retórica de preferências políticas, atitude de todo incompatível com a autonomia pública reclamada pelo regime democrático. Oportuna, bem por isso, a arguta observação de André Rodrigues Cyrino, ao pontuar que, *verbis*:

“(…) a *ductibilidade* – reforçada pelo caráter compromissório da Constituição como um todo – gera uma ambivalência, isto é, a existência de princípios contrapostos (*e.g.*, ao lado da propriedade há a necessidade de que se observe a sua função social), que, de certa forma, tendem a delegar para os agentes eleitos de cada momento a eleição dos variados modelos ou formas de ordenar a vida econômica, e o maior ou menor protagonismo do Estado”. (grifos no original)

(CYRINO, André Rodrigues. *Direito constitucional regulatório* – elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 122).

Forte nas razões apresentadas, rejeito o pedido de interpretação conforme do art. 29 da Lei nº 12.485/11, assentando a plena constitucionalidade do regime de outorga do SeAC mediante autorização administrativa sem necessidade de prévia licitação.

II.(d).9 Disponibilização gratuita às prestadoras do SeAC de canais de sinal aberto pelas empresas de radiodifusão de sons e imagens (art. 32)

Segundo o Partido Democratas, o art. 32, §§ 2º, 13 e 14, da Lei nº 12.485/11, ao impor a disponibilidade gratuita de canais de programação de distribuição obrigatória, configuraria “*violação à livre iniciativa das empresas de radiodifusão na condução de seus negócios*”, além de ultrajar “*os direitos do autor insculpidos no art. 5º, inc. XXVII, da Constituição e a livre iniciativa prevista no art. 170, caput, da Lei Maior*”. Isso porque, segundo a Lei, as empresas de radiodifusão não podem cobrar das empresas

atuantes na comunicação de acesso condicionado pela entrega de conteúdo por elas gerado, ao passo que esses canais poderão ser vendidos dos assinantes pelas empresas que prestam SeAC, conforme disposto no art. 33, inc. VI, da referida lei.

A Associação Brasileira de Radiodifusores (ABRA) endossa os fundamentos articulados pelo DEM. Assevera a ABRA que, pela dicção legal, *“as empresas de radiodifusão deverão disponibilizar gratuitamente um conteúdo que é por elas produzido ou adquirido onerosamente (...)”*, de sorte que *“os custos por elas arcados na produção/aquisição desse conteúdo simplesmente não serão ressarcidos pelas prestadoras de serviço de acesso condicionado (...)”*. Aponta ainda que *“as empresas de radiodifusão têm direito autoral (CF, art. 5º, XXVII) sobre o conteúdo por elas gerado, e não podem ser obrigadas a disponibilizar tal programação de forma gratuita”*. Por fim, alega que *“a imposição do fornecimento obrigatório de canais viola a livre iniciativa das empresas de radiodifusão”*, uma vez que *“estas companhias estarão obrigadas a celebrar relações jurídicas em termos extremamente desvantajosos, financiando, em alguns casos, as próprias atividades das prestadoras de serviços de acesso condicionado”*.

Art. 32. A prestadora do serviço de acesso condicionado, em sua área de prestação, independentemente de tecnologia de distribuição empregada, deverá tornar disponíveis, sem quaisquer ônus ou custos adicionais para seus assinantes, em todos os pacotes ofertados, canais de programação de distribuição obrigatória para as seguintes destinações:

(...)

§2º A cessão às distribuidoras das programações das geradoras de que trata o inciso I [canais da TV aberta] deste artigo será feita a título gratuito e obrigatório.

(...)

§13. Caso não seja alcançado acordo quanto às condições comerciais de que trata o §12, a geradora local de radiodifusão de sons e imagens de caráter privado poderá, a seu critério, exigir que sua programação transmitida com tecnologia digital seja distribuída gratuitamente na área de prestação do

serviço de acesso condicionado, desde que a tecnologia de transmissão empregada pelo distribuidor e de recepção disponível pelo assinante assim o permitam, de acordo com critérios estabelecidos em regulamentação da Anatel.

§14. Na hipótese de que trata o §13, a cessão da programação em tecnologia digital não ensejará pagamento por parte da distribuidora, que ficará desobrigada de ofertar aos assinantes a programação em tecnologia analógica.

Antes que se proceda à análise das impugnações dirigidas ao art. 32 da Lei nº 12.485/11, mister traçar um breve panorama dos fundamentos e da lógica que presidem as regras veiculadas no *caput*, parágrafos e incisos do aludido dispositivo.

O art. 32 da Lei do SeAC prevê uma série de canais de carregamento *obrigatório* pelas empresas de TV por assinatura. Diz-se *obrigatório* porque tais canais deverão constar de todo e qualquer pacote oferecido aos assinantes, sem custos adicionais. Trata-se do que os norte-americanos rotulam como *must carry*. Na origem, o instituto foi explicado como instrumento de proteção e preservação da radiodifusão em face da concorrência com a TV fechada, razão essa que, inclusive, foi utilizada pela Suprema Corte dos Estados Unidos para julgar, em março de 1997, no caso *Turner Broadcasting System v. FCC* – 520 U.S. 180 (1997) – válida a sistemática do *must carry* instituída, em 1992, pelo *Cable Television Consumer Protection and Competition Act*.

Paulatinamente, porém, o instituto ganhou complexidade. Hoje, por exemplo, as regras de *must carry* apresentam-se como importante instrumento de promoção dos princípios constitucionais da comunicação televisiva, insculpidos no art. 221 da Constituição, tais como a promoção de finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas (§1º), bem como a valorização da cultura nacional e regional (§2º). Assim é que são considerados, segundo o art. 32 da Lei do SeAC, canais de carregamento obrigatório os seguintes, dentre outros: TV Câmara (inciso II), TV Senado (inciso III), TV Justiça (inciso IV), um canal reservado para a prestação de serviços de radiodifusão pública pelo Poder Executivo (inciso VI), um

canal educativo e cultural, organizado pelo Governo Federal e destinado para o desenvolvimento e aprimoramento, entre outros, do ensino a distância de alunos e capacitação de professores, assim como para a transmissão de produções culturais e programas regionais (VII) e um canal comunitário para utilização livre e compartilhada por entidades não governamentais e sem fins lucrativos (VIII).

A arguição de inconstitucionalidade ventilada nas presentes ações diretas refere-se a apenas uma das hipóteses legais de carregamento obrigatório (e, a rigor, menos pelo fato de ele ser obrigatório). Trata-se da previsão contida no inciso I do supracitado art. 32, que prevê o *must carry* dos canais de TV aberta pela TV por assinatura. Consoante o §2º do mesmo dispositivo, a cessão deste conteúdo às distribuidoras do SeAC deverá ser feita “a título gratuito e obrigatório”. Segundo o DEM e a ABRA, essa cessão gratuita violaria a livre iniciativa e afrontaria o direito autoral das radiodifusoras sobre suas criações artísticas e intelectuais.

Não comungo, porém, desse entendimento. A previsão legal consubstancia, a meu sentir, uma escolha legislativa possível dentro de seu espaço legítimo de conformação. A Carta da República não define – nem deveria definir – um formato negocial rígido para distribuição da programação de geradoras locais de radiodifusão de sons e imagens. Cabe ao legislador ordinário disciplinar a matéria e rever suas opções sempre que entender necessário.

Pois bem. Como já assentado no item II.(d).6 (supra), o modelo de negócios da radiodifusão não se estrutura financeiramente sobre receitas cobradas do destinatário do conteúdo. A principal fonte de recursos das prestadoras de TV aberta é a publicidade comercial realizada durante a programação, e não a cobrança de assinatura dos telespectadores. Ora, o que fez a Lei do SeAC foi apenas replicar, no âmbito do serviço de acesso condicionado, essa lógica vigente na televisão aberta. Com isso, pretende assegurar que também o consumidor dos serviços de TV por assinatura tenha acesso gratuito ao conteúdo aberto. Há coerência nessa iniciativa, como bem observou a Advocacia-Geral da União, *verbis*:

“O requerente sustenta, ademais, que o artigo 32, §2º, da

Lei nº 12.485/11 seria inconstitucional por determinar a cessão gratuita e obrigatória de programas produzidos pela televisão aberta. Ocorre que referido dispositivo, apenas, possibilita aos assinantes do serviço em questão o acesso à televisão aberta em virtude da distribuidora contratada, a qual já é disponibilizada, gratuitamente, aos usuários”.

Ao impor a cessão gratuita de conteúdo aberto, o arranjo regulatório evita um aumento da base de custos da TV por assinatura, com relevante potencial de encarecimento do serviço (na contramão dos fins visados pela Lei nº 12.485/11). Registre-se ainda que o direito de exploração do serviço de radiodifusão qualifica-se como serviço público, afastando-se da plena liberdade de iniciativa. Nesse cenário, parece-me razoável reconhecer ao legislador a possibilidade de garantir o acesso livre e gratuito ao conteúdo gerado.

Ademais, a presente regra de gratuidade da cessão de conteúdo aberto tende a simplificar a realidade do consumidor dos serviços de comunicação de massa. É que, necessariamente, todo pacote de TV fechada conterá os canais de TV aberta, de modo que, em um único dispositivo tecnológico o usuário terá acesso a ambos os conteúdos. Na ausência de regras semelhantes, não seria difícil de imaginar situações em que dificuldades negociais entre prestadoras de SeAC e radiodifusoras pudessem comprometer a disponibilização conjunta dos serviços, levando a grande massa de consumidores a ter que administrar mais de uma tecnologia para ter acesso à informação. Seriam flagrantes os embaraços à expansão da TV por assinatura decorrentes dessa interpretação.

Pelo exposto, rejeito a arguição de inconstitucionalidade dirigida ao art. 32, §§ 2º, 13 e 14, da Lei nº 12.485/11, não vislumbrando, na hipótese, qualquer razão jurídica minimamente capaz de infirmar a validade do dispositivo editado pelo Congresso Nacional.

II.(d).10 Possibilidade de cancelamento do registro de agente econômico perante a ANCINE em razão de descumprimento das

obrigações criadas pela Lei nº 12.485/11 (art. 36)

Quanto ao art. 36 da Lei nº 12.485/11, afirma o DEM que o dispositivo “*confere à ANCINE poder de punir a prática da livre expressão, sempre que a empresa que exerce as atividades de programação ou empacotamento descumprir qualquer das obrigações dispostas na referida Lei*”. Sustenta que, “*do ponto de vista constitucional, não acumula a ANCINE competência pra negar tal cadastramento [referindo-se ao credenciamento das empresas programadoras e empacotadoras previsto no art. 12 da Lei] e muito menos suspender ou cassar uma programadora ou empacotadora*”.

Aponta que se trata “*de perigoso precedente admitir a cassação de um canal de programação de televisão por assinatura, sobretudo se considerado que, mutatis mutandis, a cassação de uma estação de radiodifusão apenas ocorre por sentença judicial (art. 223, § 4º da CF) e a não renovação de uma outorga exige um quórum qualificado do Congresso Nacional (art. 223, §2º da CF)*”. Defende que, se em matéria de “*televisão aberta*” o ordenamento impõe “*severas restrições*” à cassação das outorgas para prestação do serviço, “*tanto pior quando se tratar de programação e empacotamento de televisão por assinatura, atividades não sujeitas a outorgas públicas*”.

Art. 36 A empresa no exercício das atividades de programação ou empacotamento da comunicação audiovisual de acesso condicionado que descumprir quaisquer das obrigações dispostas nesta Lei sujeitar-se-á às seguintes sanções aplicáveis pela Ancine, sem prejuízo de outras previstas em lei, inclusive as de natureza civil e penal:

I - advertência;

II - multa, inclusive diária;

III - suspensão temporária do credenciamento;

IV - cancelamento do credenciamento.

§1º Na aplicação de sanções, serão considerados a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes para os assinantes, a vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes, os antecedentes do infrator e a reincidência específica, entendida como a repetição de falta

de igual natureza após decisão administrativa anterior.

§2º Nas infrações praticadas por pessoa jurídica, também serão punidos com a sanção de multa seus administradores ou controladores, quando tiverem agido de má-fé.

§3º A existência de sanção anterior será considerada como agravante na aplicação de outra sanção.

§4º A multa poderá ser imposta isoladamente ou em conjunto com outra sanção, não devendo ser inferior a R\$ 2.000,00 (dois mil reais) nem superior a R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais) para cada infração cometida.

§5º Na aplicação de multa, serão considerados a condição econômica do infrator e o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção.

§6º A suspensão temporária do credenciamento, que não será superior a 30 (trinta) dias, será imposta em caso de infração grave cujas circunstâncias não justifiquem o cancelamento do credenciamento.

Apesar da argumentação articulada pelo Partido requerente, não vislumbro, em suas razões, consistência suficiente para justificar a declaração de inconstitucionalidade do art. 36 da Lei nº 12.485/11, sobretudo porque, na forma do item II.(d).4 deste voto, considerei constitucional a exigência de prévio credenciamento junto à ANCINE como condição *necessária* à exploração regular das atividades de programação e empacotamento no âmbito do serviço de acesso condicionado (SeAC). Destarte, a possibilidade de cancelamento do registro exsurge como mera consequência do descumprimento *superveniente* das regras aplicáveis ao mercado regulado.

De fato, ainda que se considere que as atividades de montagem da *grade de programação* e de elaboração dos *pacotes de canais* configurem autêntica manifestação de pensamento, o cadastro prévio junto à ANCINE está longe de representar qualquer “*censura prévia*”. É que já foi assentada a constitucionalidade das diversas regras *materiais* aplicáveis ao setor (tais como as que fixam a responsabilidade editorial restrita aos brasileiros, as que limitam a participação cruzada de capital e,

notadamente, as que fixam conteúdos brasileiros mínimos a serem veiculados). Ora, se essas regras materiais são válidas, nada mais óbvio do que existir uma autoridade responsável por zelar por seu cumprimento e, em verificando a inobservância dos comandos legais, punir, proporcionalmente, o agente econômico infrator. Daí a precisa ponderação da Advocacia-Geral da União:

“O artigo 36 do diploma legal, por seu turno, cinge-se a dotar a agência dos meios necessários ao exercício do poder de fiscalização que lhe é inerente, de modo a garantir o cumprimento das obrigações legais impostas pelo ato normativo vergastado às empresas do setor de comunicação de acesso condicionado”.

Aliás, é de se questionar qual seria a efetividade das regras materiais criadas pela Lei nº 12.485/11 se os agentes econômicos pudessem ignorá-las sem qualquer repercussão sobre sua continuidade no mercado. De que valeriam, por exemplo, as regras de veiculação mínima de conteúdo brasileiro se fosse possível a uma programadora ou empacotadora desrespeitá-las e, ainda assim, permanecer no mercado de TV por assinatura? Como esperar eficácia das normas que impedem a verticalização do setor se, após a obtenção do credenciamento, qualquer empresa pudesse violá-las e continuar explorando o setor? O art. 36 da Lei do SeAC – da mesma forma como os arts. 12 e 13 da Lei – simplesmente cria instrumentos para que a ANCINE tenha condições de exercer a fiscalização e impor a observância das regras criadas pelo novo marco regulatório do setor.

Em verdade, a possibilidade de cancelamento do registro é análoga à do seu indeferimento inicial. O que distingue uma situação da outra é apenas o momento em que ocorre o descumprimento das exigências legais para prestação do serviço de programação e empacotamento. Explico.

No caso da *negativa* original de credenciamento, o agente econômico não reúne, *ab initio*, as condições legais para explorar a atividade. Assim,

no exercício do poder de polícia *preventivo*, cabe à Administração Pública negar-lhe o registro pretendido. Já no caso do *cancelamento* do cadastro, o agente econômico, *posteriormente* à obtenção do ato de consentimento estatal, deixa de cumprir alguma das condições necessárias à sua regularidade. Aqui, no exercício do poder de polícia *repressivo*, cabe à Administração Pública, após o devido processo legal, cancelar o registro já concedido. Seria uma enorme contradição impedir o início da atividade sem o registro (por não preenchimento originário das exigências legais) e, ao mesmo tempo, permitir a continuidade de sua exploração quando configurada a perda superveniente da regularidade.

Vê-se, portanto, que a exigibilidade do credenciamento e a possibilidade de sua extinção são, a rigor, faces *simétricas* de um mesmo fenômeno: a existência de normas de conduta especificamente dirigidas às atividades em questão. Não há nada de absurdo na possibilidade conferida pela Lei de cancelamento do cadastro de programadoras e empacotadoras. Ou melhor: o cancelamento do registro dos agentes econômicos infratores da Lei é o mínimo que se espera de uma disciplina normativa que se pretenda eficaz.

Por fim, calha rechaçar a comparação feita pelo DEM entre o regime de cassação de canais da TV aberta (art. 223, §4º da CRFB) e as regras aqui impugnadas referentes à TV por assinatura. A comparação não precede porque, em *primeiro* lugar, a regra constitucional é específica e dirigida à radiodifusão, cujo regime jurídico é consideravelmente diferente do SeAC. Ademais, a regra é evidentemente *excepcional*, na medida em cria hipótese mitigadora da retomada do serviço público pelo Poder Concedente (encampação), tal como aceita pela doutrina nacional (cf., por todos, MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 747) e pela jurisprudência desta Corte (RTJ 46/2). É lição mezinha de hermenêutica jurídica que as exceções de interpretam restritivamente (*exceptiones sunt strictissimae interpretationis*).

Em *segundo* lugar, veja-se que a regra constitucional invocada pelo requerente somente se aplica aos casos em que a outorga da radiodifusão ocorre por *concessão* ou *permissão*, não abrangendo os casos de simples

autorização, muito embora seja essa modalidade de outorga igualmente possível (*ex vi* do *caput* do art. 223 da CRFB). Sucede que, diante da nova sistemática da TV paga, só há outorga do SeAC por autorização, de sorte que não cabe aplicar a ela regra expressamente endereçada a outro serviço e, mais que isso, restrita a formas de outorga que sequer existem na TV por assinatura. A impertinência é manifesta.

Consoante tais razões, rejeito a arguição de inconstitucionalidade dirigida ao art. 36 da Lei nº 12.485/11.

II.(d).11 Regime jurídico de transição (art. 37, §§ 1º, 5º, 6º, 7º e 11)

O último capítulo deste julgamento diz respeito às impugnações voltadas às regras de transição criadas pela Lei nº 12.485/11 para disciplinar a migração dos antigos regimes de exploração da TV por assinatura para o novo serviço de acesso condicionado (SeAC). Os dispositivos questionados em todas as quatro ações diretas são os seguintes:

Art. 37. Revogam-se o art. 31 da Medida Provisória no 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e os dispositivos constantes dos Capítulos I a IV, VI e VIII a XI da Lei no 8.977, de 6 de janeiro de 1995.

§1º Os atos de outorga de concessão e respectivos contratos das atuais prestadoras do Serviço de TV a Cabo - TVC, os termos de autorização já emitidos para as prestadoras do Serviço de Distribuição de Canais Multiponto Multicanal - MMDS e do Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura Via Satélite - DTH, assim como os atos de autorização de uso de radiofrequência das prestadoras do MMDS e do Serviço Especial de Televisão por Assinatura - TVA, continuarão em vigor, sem prejuízo da adaptação aos condicionamentos relativos à programação e empacotamento previstos no Capítulo V, até o término dos prazos de validade neles consignados, respeitada a competência da Anatel quanto à regulamentação do uso e à administração do

espectro de radiofrequências, devendo a Agência, no que couber, adequar a regulamentação desses serviços às disposições desta Lei.

(...)

§5º Não serão devidas compensações financeiras às prestadoras dos serviços mencionados no §1º nos casos de adaptação de outorgas de que trata este artigo.

§6º Até a aprovação do regulamento do serviço de acesso condicionado, só serão admitidas pela Anatel renovações de outorgas, de autorização do direito de uso de radiofrequências, alterações na composição societária da prestadora, bem como transferências de outorgas, de controle ou demais alterações de instrumentos contratuais referentes à prestação dos serviços mencionados no §1º para prestadoras que se comprometerem com a Anatel a promover a adaptação de seus instrumentos de outorga para o serviço de acesso condicionado imediatamente após a aprovação do regulamento, que conterà os critérios de adaptação.

§7º Após a aprovação do regulamento do serviço de acesso condicionado pela Anatel, só serão admitidas renovações e transferências de outorgas, de controle, renovações de autorização do direito de uso de radiofrequência, alterações na composição societária da prestadora ou demais alterações de instrumentos contratuais referentes à prestação dos serviços mencionados no § 1º para prestadoras que adaptarem seus instrumentos de outorga para o serviço de acesso condicionado.

(...)

§11 As atuais concessões para a prestação de TVA cujos atos de autorização de uso de radiofrequência estejam em vigor, ou dentro de normas e regulamentos editados pela Anatel, até a data da promulgação desta Lei, poderão ser adaptadas para prestação do serviço de acesso condicionado, nas condições estabelecidas nesta Lei, permanecendo, neste caso, vigentes os atos de autorização de uso de radiofrequência associados pelo prazo remanescente da

outorga, contado da data de vencimento de cada outorga individualmente, não sendo objeto de renovação adicional.

Em breve síntese, o Partido Democratas impugna os parágrafos 6º e 7º do artigo 37 da Lei nº 12.485/11 por imporem *“dificuldades para a continuidade da prestação das atividades das empresas mencionadas no parágrafo 1º desse mesmo art. 37 caso não haja a integral migração para o serviço de acesso condicionado”*. Aduz que a regra enseja *“uma alteração no regime jurídico contratual firmado pela administração com esses prestadores, pelo que a inconstitucionalidade do dispositivo decorre da violação ao princípio da segurança jurídica contido no artigo 5º, inciso XXXVI, bem como da violação ao princípio da moralidade presente no caput do art. 37, todos da Constituição da República”*. Afirma ainda que o art. 37, §5º, da Lei nº 12.485/11 violaria *“o postulado constitucional do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos”*, uma vez que seria *“necessário que, em cada caso, se examine[sse] a eventual ocorrência de prejuízos aos prestadores de serviços pela alteração no regime jurídico”* e, *“caso efetivamente [ocorressem] danos, desequilibrando a relação contratual, a compensação financeira deve[ria] ocorrer”*.

A Associação NEOTV também questiona a constitucionalidade do art. 37 da Lei nº 12.485/11, notadamente dos §§1º, 5º, 6º, 7º e 11. Segundo a entidade autora, os dispositivos violam *“o art. 5º, XXXVI (princípio da proteção à confiança enquanto expressão do postulado da segurança jurídica) e art. 37, XXI (equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos), ambos da Constituição Federal”*. Voltando-se diretamente para o art. 37, §5º, a Associação NEOTV sustenta que *“não se pode e não se deve admitir, contudo, que o legislador simplesmente proscreva a possibilidade de ressarcimento, sem ater-se a circunstâncias fáticas que se façam presentes em cada hipótese”*.

A Associação Brasileira de Radiodifusores (ABRA) reitera a argumentação da Associação NEOTV quanto à inconstitucionalidade do regime de transição criado pela Lei nº 12.485/11, em especial dos §§ 1º, 5º, 6º, 7º e 11 do art. 37 do diploma impugnado.

Por fim, a Associação Brasileira de Televisão por Assinatura em UHF

(ABTVU) também questiona a validade jurídica dos art. 37, §§ 1º e 11, da Lei do SeAC. Segundo a entidade, os aludidos dispositivos seriam inconstitucionais porque *“impedem a renovação dos atuais atos de autorização do uso de radiofrequência de TVA, mesmo depois das altas despesas em equipamentos a que as empresas são obrigadas a investirem para se adaptarem ao novo sistema”*, ao mesmo tempo em que, *“na prática, obrigam as empresas de TVA à imediata migração para o sistema SEAC, antes mesmo do término das atuais outorgas”*. Nesse cenário, violariam a segurança jurídica e trairiam a confiança legítima do particular em suas relações com o Poder Público (CRFB, art. 5º, XXXVI). Nas palavras da ABTVU, *“essa imposição para migração de um sistema para o outro, à custa de elevados investimentos pelas empresas privadas e sem a contrapartida da possibilidade de renovação das concessões de uso de radiofrequência é absolutamente injusta conquanto (sic) desproporcional”*.

Entendo que a análise adequada das diferentes questões constitucionais suscitadas pelos requerentes exige uma prévia cisão das duas hipóteses a que se dirigem as disposições finais e transitórias contidas no art. 37 da Lei do SeAC.

A primeira refere-se aos impactos *imediatos* da nova legislação sobre prestadores de TVC, MMDS, DTH e TVA cujos títulos jurídicos habilitadores da exploração do serviço (*i.e.*, contrato de concessão ou permissão, bem como termo de autorização) tenham sido formalizados antes da promulgação da Lei nº 12.485/11 e ainda estejam em vigor. O art. 37, §1º, muito embora assegure a vigência desses títulos até o seu prazo final, impõe sua adaptação às novas regras de programação e empacotamento veiculadas no Capítulo V da Lei 12.485. O §5º do mesmo dispositivo prevê ainda que *“não serão devidas compensações financeiras às prestadoras dos serviços mencionados no §1º nos casos de adaptação de outorgas de que trata este artigo”*.

Já a segunda situação diz respeito aos impactos *futuros* do novo modelo regulatório sobre essas mesmas outorgas oriundas do regime pretérito, nas hipóteses (i) de sua *renovação* após o fim do respectivo prazo original de vigência ou (ii) de *alterações subjetivas* sobre a figura do

prestador do serviço (*i.e.*, transferências da titularidade da outorga ou mudanças de controle/composição do capital social da pessoa jurídica). Segundo §7º do art. 37, esses atos somente serão admitidos pelos órgãos reguladores se houver a adaptação dos instrumentos para o novo serviço de acesso condicionado.

Pois bem. Quanto a essa segunda questão, acredito que o debate seja mais simples, uma vez que inexiste, na ordem constitucional brasileira, direito adquirido a regime jurídico. Assim é que, vencido o prazo do título ostentado pelo particular, eventuais renovações do instrumento devem se sujeitar às novas regras em vigor, sobretudo porque a própria legislação anterior à Lei do SeAC não assegurava à prestadora do serviço qualquer direito *definitivo* à renovação automática da outorga. A renovação era apenas *possível* (cf. art. 6º c/c 36, III, da Lei do Cabo; art. 15 do Decreto nº 95.744 (TVA), art. 46 do Decreto nº 2.196/1997 c/c item 10.2 da Portaria nº 254/1997 do Ministério das Comunicações (MMDS) e item 9.2 da Portaria nº 321/1997 também do Ministério das Comunicações (DHT)). Foi o que apontou, com propriedade, a Advocacia-Geral da União:

“No que se refere ao artigo 37, §§ 5º, 6º e 7º, da Lei nº 12.485/11, registre-se que o dispositivo questionado resguarda eventuais direitos adquiridos ao determinar a manutenção de outorgas concretizadas anteriormente à edição do diploma sob invectiva, as quais, entretanto, à época de sua renovação, deverão adaptar-se à nova realidade normativa. Portanto, os dispositivos impugnados guardam consonância com os postulados da segurança jurídica e da moralidade, previstos nos artigos 5º, inciso XXXVI, e 37, caput, da Constituição”.

A propósito, essa simples *possibilidade* de renovação da outorga também não me parece respaldar qualquer legítima expectativa de que ela tenha que ocorrer, sempre e invariavelmente, *nos termos originários* da avença. De fato, caso a tutela da confiança legítima fosse invocada para cristalizar certo regime contratual, seria juridicamente impossível rever e

aprimorar marcos regulatórios, bem como adaptar-lhes a novas contingências ditadas pelo interesse público. No limite, esse *engessamento* do arranjo negocial acabaria por comprometer, sob o ângulo *econômico*, a *eficiência* da atuação estatal, além de amesquinhar, sob o ângulo *político*, as opções regulatórias disponíveis a cada maioria ocasional em um regime democrático.

Outrossim, a exigência de adaptação ao SeAC por antigos prestadores não viola qualquer disposição constitucional quando prevista como condição necessária para a viabilidade de *alterações subjetivas* sobre a pessoa do concessionário, do permissionário ou autorizatário. O que o instrumento de outorga assegura, *prima facie*, ao prestador do serviço, como desdobramento imediato da segurança jurídica, é o seu direito de explorar a atividade segundo os padrões objetivos definidos no contrato (ou termo de autorização) durante o respectivo período de vigência. Embora a cessão do título jurídico seja também parte das condições originais do contrato, encontra-se dentro da margem de conformação do legislador a possibilidade de tentar *induzir* os antigos prestadores a migrem para o novo regime, dificultando, por exemplo, a transferência da sua posição contratual originária. Tal medida, ao mesmo tempo em que preserva o núcleo essencial da segurança jurídica, promove, moderadamente, sua concordância prática com as novas regras existentes.

O debate é um pouco mais delicado em relação ao art. 37, §§ 1º e 5º, da Lei nº 12.485/11. É que, ao menos em uma primeira leitura, o dispositivo vedaria – peremptoriamente e sem justificativa plausível – a possibilidade do pagamento de indenização aos antigos prestadores do serviço, os quais, com o advento da Lei do SeAC, passaram a estar sujeitos a novas obrigações não previstas no ato de outorga original. Segundo os requerentes, essa superveniente alteração do conteúdo objetivo dos instrumentos de delegação deveria, nos casos em que comprovado o efetivo prejuízo, ser compensada pelo Poder Público, forte na intangibilidade da equação econômico-financeira dos contratos administrativos (CRFB, art. 37, XXI).

O argumento, todavia, não convence. A razão disso é simples: a Lei

nº 12.485/11 definiu o serviço de acesso condicionado como modalidade de serviço de telecomunicação de interesse coletivo prestado em *regime privado* (art. 2º, XXIII). Esse enquadramento jurídico peculiar nos remete imediatamente à Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), que, ao tratar do regime tarifário dos serviços privados, estabelece ser a regra a liberdade de preços, reprimindo-se apenas práticas prejudiciais à concorrência na forma da legislação antitruste (art. 129). Ora, em um cenário contratual e regulatório marcado pela liberdade de preços, descabe cogitar de qualquer indenização pela criação de novas obrigações legais (desde que constitucionalmente válidas). Eventuais aumentos de custos que possam surgir deverão ser administrados exclusivamente pelas próprias empresas, que tanto podem repassá-los aos consumidores quanto retê-los em definitivo. A opção por uma ou outra alternativa é questão de política gerencial, a envolver o *trade-off* típico de todo empreendimento privado (competitividade *vs.* rentabilidade).

Veja-se bem: a garantia constitucional do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos (sejam os de prestação de serviços à Administração, sejam os de concessão de serviço público) só existe porque, diante da alteração superveniente da base objetiva do negócio, o particular está impedido de unilateralmente reajustar seu preço. A remuneração da empresa contratada é sempre fixada previamente, ora no instrumento negocial, ora em regulamentos setoriais. Noutras palavras, há um impedimento legal ou contratual à revisão automática de preços. É natural, portanto, que, nestas hipóteses específicas, exista um mecanismo compensatório que resguarde o contratante particular sempre que gravames econômicos onerem sua posição jurídica para além dos riscos que lhe foram designados pelo contrato (Cf., por todos, RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: 2010, p. 120-125).

No caso dos autos, porém, não existe qualquer vulnerabilidade *jurídica* (legal ou contratual) do particular. Diante de uma mudança na

legislação que incremente seus custos, é lícito ao empresário, com plena liberdade, aumentar seus preços, defendendo-se autonomamente, como ocorre em qualquer mercado sem regulação de preços. Aliás, calha observar que mesmo antes da Lei nº 12.485/11, os serviços de TV por assinatura, independentemente da tecnologia utilizada, sempre estiveram mais próximos do regime privado do que do público. Nunca houve obrigação de universalidade/continuidade do serviço ou modicidade. Como em qualquer atividade privada, os riscos de aumento de custos, inclusive por mudanças na legislação setorial (desde que constitucionalmente válidas - reitero) correm por conta do empresário.

Em síntese, revela-se desnecessário cogitar-se de compensação financeira pela adaptação aos condicionamentos relativos à programação e empacotamento previstos no Capítulo V da Lei do SeAC. A regulação setorial já oferece mecanismo jurídico idôneo para preservar a esfera patrimonial dos antigos prestadores de TV por assinatura. Trata-se da garantia da *liberdade de preços* que vigora no setor (Lei nº 12.485/11, art. 2º, XXIII c/c Lei nº 9.472/97, art. 129).

Essa conclusão não se altera pelo fato de, no passado, terem sido pagas vultosas quantias a título de oferta pelo contrato/autorização (*ex vi* do art. 15, II, da Lei 8987/95), em especial da TV a Cabo. É que o plano de negócios dos antigos prestadores não será arruinado pela Lei nº 12.485/11, que poderão, sob o ângulo jurídico, manter suas margens de retorno originais simplesmente ajustando, *sponte propria*, o preço cobrado pelo serviço. Aliás, sequer a abertura do mercado pode ser considerada como causa suficiente para amparar pleitos indenizatórios. É que a própria legislação anterior afirmava categoricamente que as outorgas não teriam caráter de exclusividade na área de prestação do serviço (art. 14 da Lei nº 8.977/95). Vale dizer, nunca houve um mercado propriamente fechado. Ademais, ao mesmo tempo em que a nova Lei reduziu as barreiras de entrada no mercado, ela ampliou a área de prestação do serviço a que os antigos prestadores estavam originalmente circunscritos. Não há mais limitações geográficas para explorar a atividade. O mercado à disposição dos antigos operadores foi, portanto, ampliado.

Por fim, destaco que o desenho traçado pelas normas de transição da Lei nº 12.485/11 são coerentes com o propósito do legislador de substituir um modelo de competição *pelo* mercado por outro de competição *no* mercado de TV paga. Nesse novo cenário, todos prestadores do serviço estarão igualmente onerados com as novas obrigações de conteúdo brasileiro, cabendo a cada um – independentemente do momento em que ingressou no setor – administrar seus próprios custos de modo eficiente e competitivo. Ademais, a compensação de custos via aumento de preços acaba por ser mais adequada do que a compensação indenizatória, porquanto esta última, diferente daquela primeira, depende sempre da apuração de dados discutíveis e de difícil mensuração.

Por todas essas razões, a impugnação aos §§ 1º, 5º, 6º, 7º e 11 do art. 37 da Lei nº 12.485/11 me parece insuficiente para infirmar-lhes a validade.

III. Dispositivo

ADI 4.679: Pedido julgado procedente em parte, apenas para declarar a inconstitucionalidade material do art. 25 da Lei nº 12.485/2011.

ADI 4.747: Pedido julgado improcedente.

ADI 4.756: Pedido julgado improcedente.

ADI 4.923: Pedido julgado improcedente.