

08/11/2017

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.923 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. LUIZ FUX**
REQTE.(S) : ASSOCIACAO BRASILEIRA DE TELEVISAO POR ASSINATURA EM UHF - ABTVU
ADV.(A/S) : EDSON CARVALHO VIDIGAL E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL
ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE RADIODIFUSORES - ABRA
ADV.(A/S) : MARCELO CAMA PROENCA FERNANDES
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NEOTV
ADV.(A/S) : MARCELO CAMA PROENCA FERNANDES

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. NOVO MARCO REGULATÓRIO DA TELEVISÃO POR ASSINATURA (LEI N. 12.485/2011). SERVIÇO DE ACESSO CONDICIONADO (SeAC). INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE VÍCIO DE INICIATIVA. COMPETÊNCIA DO CONGRESSO NACIONAL PARA PROPOR ATOS NORMATIVOS DISPONDO SOBRE TELECOMUNICAÇÕES (CRFB, ART. 22, IV) RÁDIO E TELEVISÃO, INDEPENDENTEMENTE DA TECNOLOGIA UTILIZADA (CRFB, ART. 221 E ART. 222, §5º). LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DE RESTRIÇÕES À PROPRIEDADE CRUZADA (ART. 5º, CAPUT E §1º) E À VERTICALIZAÇÃO DA CADEIA DE VALOR DO AUDIOVISUAL (ART. 6º, I E II). VEDAÇÃO DO ABUSO DO PODER ECONÔMICO E DA CONCENTRAÇÃO EXCESSIVA DO MERCADO (CRFB, ART. 173, §4º E ART. 220, §5º). HIGIDEZ CONSTITUCIONAL DOS PODERES NORMATIVOS CONFERIDOS À ANCINE (ART. 9º, PARÁGRAFO ÚNICO; ART. 21 E ART. 22). NOVA FEIÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE (CRFB, ART. 37, CAPUT). ACEPÇÃO PRINCIPIOLÓGICA OU FORMAL AXIOLÓGICA. EXISTÊNCIA DE

ADI 4923 / DF

PRINCÍPIOS INTELIGÍVEIS (ART. 3º) APTOS A LIMITAR A ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA. CONSTITUCIONALIDADE DA RESTRIÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE ESTRANGEIROS NAS ATIVIDADES DE PROGRAMAÇÃO E EMPACOTAMENTO DE CONTEÚDO AUDIOVISUAL DE ACESSO CONDICIONADO (ART. 10, CAPUT E §1º). INEXISTÊNCIA DE RESERVA CONSTITUCIONAL PARA A IMPOSIÇÃO DE TRATAMENTO DIFERENCIADO AO ESTRANGEIRO. VIABILIDADE DE DISTINÇÃO PREVISTA EM LEI FORMAL E PERTINENTE À CAUSA JURÍDICA DISCRIMINADORA. VALIDADE DA EXIGÊNCIA DE PRÉVIO CREDENCIAMENTO JUNTO À ANCINE PARA EXPLORAÇÃO DAS ATIVIDADES DE PROGRAMAÇÃO E EMPACOTAMENTO (ART. 12), BEM COMO DA PROIBIÇÃO À DISTRIBUIÇÃO DE CONTEÚDO EMPACOTADO POR EMPRESA NÃO CREDENCIADA PELA AGÊNCIA (ART. 31, CAPUT, §§ 1º E 2º). REGULARIDADE JURÍDICA DA OBRIGAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES SOLICITADAS PELA ANCINE PARA FINS DE FISCALIZAÇÃO QUANTO AO CUMPRIMENTO DAS REGRAS LEGAIS (ART. 13). TÍPICOS DEVERES INSTRUMENTAIS INDISPENSÁVEIS AO EXERCÍCIO DA ORDENAÇÃO ADMINISTRATIVA. PROPORCIONALIDADE DA POLÍTICA DE COTAS DE CONTEÚDO NACIONAL (ARTS. 16, 17, 18, 19, 20, 23). EXISTÊNCIA DE FUNDAMENTOS JURÍDICO-POSITIVOS (CRFB, ARTS. 221 E 222, §3º) E OBJETIVOS MATERIAIS CONSISTENTES. MEDIDA ADEQUADA, NECESSÁRIA E PROPORCIONAL EM SENTIDO ESTRITO. CONSTITUCIONALIDADE DA FIXAÇÃO DE TEMPO MÁXIMO DE PUBLICIDADE COMERCIAL (ART. 24). DEVER DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR (CRFB, ART. 170, V). INCONSTITUCIONALIDADE DA PROIBIÇÃO DA OFERTA DE CANAIS QUE VEICULEM PUBLICIDADE COMERCIAL DIRECIONADA O PÚBLICO BRASILEIRO CONTRATADA NO EXTERIOR POR AGÊNCIA DE PUBLICIDADE ESTRANGEIRA (ART. 25). AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO MÍNIMA PARA A CRIAÇÃO DO REGIME

ADI 4923 / DF

DIFERENCIADO. ULTRAJE AO PRINCÍPIO GERAL DA ISONOMIA (CRFB, ART. 5º, CAPUT) ENQUANTO REGRA DE ÔNUS ARGUMENTATIVO. CONSTITUCIONALIDADE DA OUTORGA DO SeAC POR AUTORIZAÇÃO ADMINISTRATIVA SEM NECESSIDADE DE PRÉVIA LICITAÇÃO (ART. 29) NA FORMA DO ART. 21, XI, DA LEI MAIOR. OPÇÃO REGULATÓRIA SITUADA NOS LIMITES DA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA. VALIDADE DA IMPOSIÇÃO ÀS CONCESSIONÁRIAS DE RADIODIFUSÃO DE SONS E IMAGENS DO DEVER DE DISPONIBILIZAÇÃO GRATUITA DOS CANAIS DE SINAL ABERTO ÀS DISTRIBUIDORAS DO SeAC (ART. 32). COMPATIBILIDADE COM A SISTEMÁTICA CONSTITUCIONAL DO ICMS (CRFB, ART. 155, §2º, X, “d”). HIGIDEZ DO CANCELAMENTO DO REGISTRO DE AGENTE ECONÔMICO PERANTE A ANCINE EM RAZÃO DE DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES CRIADAS PELA LEI (ART. 36). GARANTIA DE EFICÁCIA DAS NORMAS JURÍDICAS. CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE TRANSIÇÃO (ART. 37, §§ 1º, 5º, 6º, 7º e 11). INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. ACOMODAÇÃO OTIMIZADA ENTRE SEGURANÇA E MODERNIZAÇÃO. INAPLICABILIDADE À ESPÉCIE DA GARANTIA DO EQUILÍBRIO FINANCEIRO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO. SETOR ECONÔMICO DOTADO DE LIBERDADE DE PREÇOS.

1. A revisão judicial de marcos regulatórios editados pelo legislador requer uma postura de autocontenção em respeito tanto à investidura popular que caracteriza o Poder Legislativo quanto à complexidade técnica inerente aos temas a que o Poder Judiciário é chamado a analisar pela ótica estrita da validade jurídica.

2. A competência legislativa do Congresso Nacional para dispor sobre telecomunicações (CRFB, art. 22, IV) e para disciplinar os princípios constitucionais incidentes sobre a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão (CRFB, art. 221 e art. 222, §5º) confere autoridade ao Poder Legislativo para, *sponte propria*, criar ou modificar

ADI 4923 / DF

marcos regulatórios setoriais, no que estão abarcados poderes para adaptar as instituições vigentes de modo a garantir a efetividade das novas regras jurídicas.

3. *In casu*, os artigos 10, 12, 13, 19, § 3º, 21, 22, 25, §1º, 31, *caput*, 36 e 42 da Lei nº 12.485/11 se limitaram a indicar a autoridade do Estado encarregada de zelar pelo cumprimento da novel disciplina normativa aplicável ao serviço de acesso condicionado, em tudo harmônica com as regras de competência definidas na legislação até então vigente (MP nº 2.228-1/01), emanada do próprio Poder Executivo. Inexistência de vício formal de constitucionalidade a ponto de justificar a glosa judicial da Lei nº 12.485/11 com fulcro no art. 61, §1º, “e”, da CRFB.

4. As diretrizes constitucionais antitruste (CRFB, arts. 173, §4º e 220, §5º), voltadas a coibir o abuso do poder econômico e a evitar a concentração excessiva dos mercados, permitem combater a ineficiência econômica e a injustiça comutativa que tendem a florescer em regimes de monopólio e oligopólio. No setor audiovisual, prestam-se também a promover a diversificação do conteúdo produzido, impedindo que o mercado se feche e asfixie a manifestação de novos entrantes.

5. *In casu*, as restrições à propriedade cruzada (art. 5º, *caput* e §1º), bem como a vedação à verticalização da cadeia de valor do audiovisual (art. 6º, I e II), todas introduzidas pela Lei nº 12.485/11, pretendem, de forma *imediata*, concretizar os comandos constitucionais inscritos no art. 170, §4º e 220, §5º, da Lei Maior; bem como realizam, de forma *mediata*, 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. Inexistência de ofensa material à Carta da República.

6. A moderna concepção do princípio da legalidade, em sua acepção principiológica ou formal axiológica, chancela a atribuição de poderes normativos ao Poder Executivo, desde que pautada por princípios inteligíveis (*intelligible principles*) capazes de permitir o controle legislativo e judicial sobre os atos da Administração.

7. *In casu*, os arts. 9º, parágrafo único, 21 e 22 da Lei nº 12.485/11,

ADI 4923 / DF

apesar de conferirem autoridade normativa à Agência Nacional do Cinema (ANCINE), estão acompanhados por parâmetros aptos a conformar a conduta de todas as autoridades do Estado envolvidas na disciplina do setor audiovisual brasileiro (*ex vi* do art. 3º da Lei do SeAC), impedindo que qualquer delas se transforme em órgão titular de um pretense poder regulatório absoluto. Não ocorrência de violação material à Carta da República.

8. A Constituição de 1988 não estabeleceu qualquer regra jurídica que interdicte 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 (CRFB, art. 12, §2º). Destarte, é juridicamente possível ao legislador ordinário fixar regimes distintos, desde que, em respeito ao princípio geral da igualdade (CRFB, art. 5º, *caput*), revele fundamento constitucional suficiente para a discriminação, bem como demonstre a pertinência entre o tratamento diferenciado e a causa jurídica distintiva.

9. *In casu*, o art. 10, *caput* e §1º, da Lei nº 12.485/11, ao restringir a gestão, a responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção inerentes à programação e ao empacotamento a brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 (dez) anos, representou 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.

10. O poder de polícia administrativa manifesta-se tanto *preventiva* quanto *repressivamente*, traduzindo-se ora no consentimento prévio pela Administração Pública para o exercício regular de certas liberdades, ora no sancionamento do particular em razão do descumprimento de regras materiais aplicáveis à atividade regulada. Em qualquer caso, a ingerência estatal (fiscalizatória e punitiva) exsurge como garantia da efetividade da disciplina jurídica aplicável.

ADI 4923 / DF

11. *In casu*, os arts. 12 e 13 da Lei nº 12.485/11 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 agentes do mercado audiovisual. Já o art. 31, *caput*, §§1º e 2º, da Lei nº 12.485/11 consubstancia engenhosa estratégia do legislador para conduzir as empacotadoras ao credenciamento exigido pela nova disciplina normativa, bem como induzir o cumprimento das respectivas cotas de conteúdo nacional. Ausência de quaisquer vícios que justifiquem declaração de inconstitucionalidade do modelo regulatório.

12. A legitimidade constitucional de toda intervenção do Estado sobre a esfera jurídica do particular está condicionada à existência de uma finalidade lícita que a motive, bem como ao respeito ao postulado da proporcionalidade, cujo fundamento deita raízes na própria noção de princípios jurídicos como mandamentos de otimização (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 116).

13. *In casu*, os arts. 16, 17, 18, 19, 20, 23 da Lei nº 12.485/11, ao fixarem “cotas de conteúdo nacional” para canais e pacotes de TV por assinatura, promovem a cultura brasileira e estimulam a produção independente, dando concretude ao art. 221 da Constituição e ao art. 6º da Convenção Internacional sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (Decreto nº 6.177/2007). A intervenção estatal revela-se, ademais, (i) *adequada*, quando relacionada ao fim a que se destina, (ii) *necessária*, quando cotejada com possíveis meios alternativos e (iii) proporcional em sentido estrito, quando sopesados os ônus e ônus inerentes à medida restritiva.

14. O art. 24 da Lei nº 12.485/11, que fixou limites máximos para a publicidade comercial na TV por assinatura, encontra-se em harmonia com o dever constitucional de proteção do consumidor (CRFB, art. 170, V), máxime diante do histórico quadro registrado pela ANATEL de reclamações de assinantes quanto ao volume de publicidade na grade de programação dos canais pagos.

ADI 4923 / DF

15. O princípio constitucional da igualdade (CRFB, art. 5º, *caput*), enquanto regra de *ônus argumentativo*, exige que o tratamento diferenciado entre indivíduos seja acompanhado de causa jurídica suficiente para amparar a discriminação, cujo exame de consistência, embora preserve um espaço de discricionariedade legislativa, é sempre passível de aferição judicial (CRFB, art. 5º, XXXV).

16. *In casu*, o art. 25 da Lei nº 12.485/11 proíbe a oferta de canais que veiculem publicidade comercial direcionada ao público brasileiro contratada no exterior por agência de publicidade estrangeira, estabelecendo (i) uma completa exclusividade em proveito das empresas brasileiras (e não apenas preferência percentual), (ii) sem prazo para ter fim (*ex vi* do art. 41 da Lei do SeAC) e (iii) despida de qualquer justificação que indique a vulnerabilidade das empresas brasileiras de publicidade. Inconstitucionalidade do art. 25 da Lei nº 12.485/11 por violação ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, *caput*).

17. O dever constitucional de licitar (CRFB, art. 37, XXI) somente incide nas hipóteses em que o acesso de particulares a alguma situação jurídica de vantagem relacionada ao Poder Público não possa ser universalizada. Destarte, descabe cogitar de certame licitatório quando a contratação pública não caracterizar escolha da Administração e todo cidadão possa ter acesso ao bem pretendido. Ademais, no campo das telecomunicações, é certo que a Constituição admite a outorga do serviço mediante simples autorização (CRFB, art. 21, XI).

18. *In casu*, o art. 29 da Lei nº 12.485/11 viabiliza que a atividade de distribuição do serviço de acesso condicionado seja outorgada mediante autorização administrativa, sem necessidade de prévio procedimento licitatório, o que se justifica diante da nova e abrangente definição do SeAC (art. 2º, XXIII, da Lei nº 12.485/11), apta a abarcar todas as possíveis plataformas tecnológicas existentes (e não apenas cabos físicos e ondas de radiofrequência), bem como diante da qualificação *privada* recebida pela atividade no novo marco regulatório da comunicação audiovisual. Inexistência de ofensa material à Constituição de 1988.

19. O art. 32, §§ 2º, 13 e 14, da Lei nº 12.485/11, ao impor a

ADI 4923 / DF

disponibilidade gratuita dos canais de TV aberta às distribuidoras e às geradoras de programação da TV por assinatura, não ofende a liberdade de iniciativa nem os direitos de propriedade intelectual, porquanto o serviço de radiodifusão é hoje inteiramente disponibilizado aos usuários de forma gratuita. A Lei do SeAC apenas replicou, no âmbito do serviço de acesso condicionado, a lógica vigente na televisão aberta.

20. O art. 36 da Lei nº 12.485/11, ao permitir o cancelamento do registro de agente econômico perante a ANCINE por descumprimento de obrigações legais, representa garantia de eficácia das normas jurídicas aplicáveis ao setor, sendo certo que haveria evidente contradição ao se 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. Destarte, a possibilidade de cancelamento do registro é análoga à do seu indeferimento inicial, já chancelada nos itens 10 e 11 *supra*.

21. A existência de um regime jurídico de transição justo, ainda que que consubstancie garantia individual diretamente emanada do princípio constitucional da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima (CRFB, art. 5º, XXXVI), não impede a redefinição e a atualização dos marcos regulatórios setoriais, tão caras à boa ordenação da vida em sociedade.

22. *In casu*, o art. 37, §§ 6º, 7º e 11, da Lei nº 12.485/11, ao fixar regras sobre a *renovação* das outorgas após o fim do respectivo prazo original de vigência e regras pertinentes às *alterações subjetivas* sobre a figura do prestador do serviço, é constitucionalmente válido ante a inexistência, *ab initio*, de direito definitivo à renovação automática da outorga, bem como da existência de margem de conformação do legislador para *induzir* os antigos prestadores a migrem para o novo regime.

23. O art. 37, §§ 1º e 5º, da Lei nº 12.485/11, ao vedar o pagamento de indenização aos antigos prestadores do serviço em virtude das novas obrigações não previstas no ato de outorga original, não viola qualquer previsão constitucional, porquanto, em um cenário contratual e

ADI 4923 / DF

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. Impertinência da invocação do equilíbrio econômico e financeiro dos contratos administrativos (CRFB, art. 37, XXI).

24. Conclusão. Relativamente à **ADI 4679**, julgo o pedido **procedente em parte**, apenas para declarar a inconstitucionalidade material do art. 25 da Lei nº 12.485/2011; relativamente às **ADI 4747, 4756 e 4923**, julgo os pedidos **improcedentes**.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou improcedente o pedido formulado na ação direta. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski.

Brasília, 8 de novembro de 2017.

Ministro **LUIZ FUX - RELATOR**

Documento assinado digitalmente

25/06/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.923 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. LUIZ FUX**
REQTE.(S) : ASSOCIACAO BRASILEIRA DE TELEVISAO POR ASSINATURA EM UHF - ABTVU
ADV.(A/S) : EDSON CARVALHO VIDIGAL E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL
ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE RADIODIFUSORES - ABRA
ADV.(A/S) : MARCELO CAMA PROENCA FERNANDES
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NEOTV
ADV.(A/S) : MARCELO CAMA PROENCA FERNANDES

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Senhor Presidente, egrégio Pleno do Supremo Tribunal Federal, ilustre representante do Ministério Público, Senhores Advogados presentes, estudantes e demais autoridades.

Senhor Presidente, nós temos aqui quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade que, no seu contexto, elas restam por impugnar todos os dispositivos referentes a uma lei que estabeleceu o marco regulatório dos serviços de acesso a essas televisões por assinatura.

Para viabilizar os trabalhos, num prazo razoável, como hoje promete a Constituição, eu não vou repetir aquilo que os eminentes Advogados irão expor da tribuna. Eu não farei remissão às razões, porquanto, no próprio voto, eu destaco as razões, destaco os dispositivos e faço, então, uma abordagem de cada dispositivo impugnado.

Eu só esclareço que a Lei praticamente foi impugnada em todos os seus dispositivos. Portanto, eu faço um agrupamento de dispositivos e esclareço os aspectos constitucionais de cada um deles.

De sorte que, com essa observação, eu peço a Vossa Excelência vênia

ADI 4923 / DF

para iniciar.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.923 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. LUIZ FUX**
REQTE.(S) : ASSOCIACAO BRASILEIRA DE TELEVISAO POR
ASSINATURA EM UHF - ABTVU
ADV.(A/S) : EDSON CARVALHO VIDIGAL E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL
ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE RADIODIFUSORES -
ABRA
ADV.(A/S) : MARCELO CAMA PROENCA FERNANDES
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NEOTV
ADV.(A/S) : MARCELO CAMA PROENCA FERNANDES

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Trata-se de julgamento conjunto de quatro ações diretas de inconstitucionalidade autuadas sob os números 4.679, 4.747, 4.756 e 4.923, ajuizadas, respectivamente, pelo Partido Democratas (DEM), pela Associação NEOTV, pela Associação Brasileira de Radiodifusores (ABRA) e pela Associação Brasileira de Televisão por Assinatura em UHF (ABTVU), todas contra a Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011, que dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado, conceituada, segundo a dicção legal, como *“serviço de telecomunicações de interesse coletivo prestado no regime privado, cuja recepção é condicionada à contratação remunerada por assinantes e destinado à distribuição de conteúdos audiovisuais na forma de pacotes, de canais nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado e de canais de distribuição obrigatória, por meio de tecnologias, processos, meios eletrônicos e protocolos de comunicação quaisquer”* (Lei nº 12.485/11, art. 2º, XXIII).

Na ação direta nº 4.679, o Partido Democratas postula a declaração a de inconstitucionalidade dos artigos 9º, parágrafo único; 10; 12; 13; 15, na parte em que acrescenta o inciso VIII ao art. 7º da Medida Provisória nº

ADI 4923 / DF

2.228-1, de 2001; 16; 17; 18; 19; 20; 21; 22; 23; 24; 25; 31; 32, §§ 2º, 13 e 14; 36; 37, §§ 5º, 6º e 7º; e 42, da Lei nº 12.485/11; bem como seja conferida interpretação conforme a Constituição da República (arts. 21, XI; 175, caput; e 37, *caput* e XXI) ao artigo 29 do mesmo diploma, para se reconhecer que o aludido dispositivo não afasta o dever constitucional de licitar.

Na ação direta nº 4.747, a Associação NEOTV ataca a validade jurídico-constitucional do art. 5º, *caput*, e §1º; art. 6º, *caput*, I e II; e art. 37, §§ 1º, 5º, 6º, 7º e 11, todos da Lei nº 12.485/11. Pede ainda que se dê interpretação conforme a Constituição ao art. 29 da mesma Lei, para que, no mesmo sentido do Partido Democratas, se reconheça que a incidência deste dispositivo não afasta a necessidade de prévio certame licitatório para a outorga de novas autorizações para a prestação dos serviços de acesso condicionado.

Na ação direta nº 4.756, a Associação Brasileira de Radiodifusores (ABRA) questiona a legitimidade constitucional do art. 5º, *caput* e § 1º; art. 6º, *caput*, I e II; art. 9º, parágrafo único; art. 10, §§1º e 3º; art. 12, *caput* e parágrafo único; art. 13, *caput* e parágrafo único; art. 15; art. 16; art. 17, *caput* e parágrafos; art. 18, *caput* e parágrafo único; art. 19, *caput*, parágrafos e incisos; art. 20, *caput* e incisos; art. 21; art. 22; art. 23, *caput* e inciso; art. 25, §1º; art. 31, *caput*; art. 32, §§ 2º, 12 e 13; art. 36, *caput*, parágrafos e incisos; art. 37, §§ 1º, 5º, 6º, 7º e 11; e art. 42, *caput*. Requer ainda que se confira interpretação conforme a Constituição ao art. 29 da Lei nº 12.485/11, no mesmo sentido pleiteado nas ADIs nº 4.679 e 4.747.

Por fim, na ação direta nº 4.923, a Associação Brasileira de Televisão por Assinatura em UHF (ABTVU) pugna pela declaração de inconstitucionalidade da expressão “até o término dos prazos de validade neles consignados”, constante do §1º, do artigo 37 da Lei nº 12.485/11 e da expressão “não sendo objeto de renovação adicional”, prevista no §11 do mesmo art. 37 do diploma impugnado.

ADI 4923 / DF

Transcrevo o teor dos dispositivos questionados, seguidos, imediatamente, pelos fundamentos que motivaram cada uma das demandas aqui reunidas:

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.

Segundo a Associação NEOTV, o art. 5º, *caput* e parágrafo primeiro, da Lei nº 12.485/11, encontra-se inquinado 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”*. Isso porque, consoante articula, *“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”*. Ademais, *“as normas ora em análise estabelecem uma grave restrição à atuação de dadas empresas, impedindo que elas detenham determinada participação societária ou assumam o controle de outras companhias. Nesse*

ADI 4923 / DF

sentido, a liberdade de iniciativa destas entidades restou sensivelmente cerceada. De outro lado, as finalidades buscadas pelos dispositivos em questão – proteção da concorrência e tutela do consumidor – não são mensuráveis e sequer se sabe se ocorrerão”. Por fim, a requerente aduz que “as normas ora em exame instituem medidas inadequadas para os fins buscados. Pretende-se beneficiar o consumidor e a livre concorrência, mas em verdade institui-se um mecanismo extremamente gravoso sobre dadas empresas, com resultados absolutamente incertos”, ultrajando o postulado constitucional da proporcionalidade.

A Associação Brasileira de Radiodifusores (ABRA) apresenta as mesmas razões e formula pedido idêntico ao da Associação NEOTV no que se refere à declaração de inconstitucionalidade do art. 5º, *caput* e I, da Lei nº 12.485/11.

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.

A Associação NEOTV aponta que o art. 6º, I e II, da Lei nº 12.485/11 *“reveste-se dos mesmos vícios de inconstitucionalidade que emergem do art. 5º, acima analisado. Também quanto a ele, estabelece uma indevida e inaceitável restrição à liberdade de concorrência e à liberdade de iniciativa (especialmente na perspectiva da liberdade contratual)”*. Conforme os fundamentos apresentados na ADI nº 4.747, *“revela-se 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

ADI 4923 / DF

“uma indevida interferência na esfera de atuação destas companhias, que têm a sua capacidade competitiva sensivelmente reduzida. (...) Facilita-se, com isso, o abuso de poder econômico, estimulando-se práticas desleais”.

Ainda segundo a inicial, ocorre, na espécie, *“uma claríssima inadequação entre os fins buscados pela norma e os meios por ela utilizados”*. Tal inadequação se revela particularmente grave *“porquanto envolve uma restrição às liberdades de manifestação do pensamento (CF, art. 5º, IV), de comunicação e expressão (CF, art. 5º, IX) e de imprensa e informação jornalística (CF, art. 220, caput, §1º)”*. É que, consoante a argumentação deduzida nestes autos, *“as empresas de telecomunicação de interesse coletivo, atuando no mercado de serviço condicionado, passam a titularizar, de forma mais densa, todos os direitos garantias referentes à ‘freedom of speech’, inscritas nos dispositivos constitucionais acima indicados”*.

A Associação NEOTV aponta também que o art. 6º, I, da Lei nº 12.485/11 viola a liberdade de profissão e de expressão artística, na medida em que *“interfere indevidamente no exercício da profissão de artistas que eventualmente poderiam ser contratados pelas empresas de telecomunicações de interesse coletivo”*. Nesse sentido, aduz que, *“sob o pretexto de proteger-se a concorrência e os consumidores, a norma em referência simplesmente impede que milhares de artistas brasileiros exerçam a sua profissão de forma ampla”*.

A Associação Brasileira de Radiodifusores (ABRA) apresenta as mesmas razões e formula pedido idêntico ao da Associação NEOTV no que se refere à declaração de inconstitucionalidade do art. 6º, caput, I e II da Lei nº 12.485/11.

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

ADI 4923 / DF

competências atribuídas a ela pela Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001.

O Partido Democratas alega que a previsão legal, embora disponha que *“as atividades de programação e de empacotamento serão objeto de regulação e fiscalização pela Agência Nacional do Cinema – Ancine”*, não fixa balizas objetivas para o exercício da autoridade regulatória pela ANCINE. Aponta 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, o que alçaria *“o órgão 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”*.

Afirma, em seguida, que *“essa atribuição de poderes ilimitados à ANCINE para regular e fiscalizar essas atividades privadas protegidas pela Constituição como direito de informação, expressão e comunicação, norteadas por disposições flagrantemente imprecisas, configura uma inconstitucional delegação do poder de legislar e, logo, abuso do poder legislativo por parte do Congresso Nacional, que, ao traspasar competência indelegável, violou a reserva legal de lei federal estabelecida expressamente na Constituição em seu art. 220, § 3º”*.

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

ADI 4923 / DF

computadores, excetuadas as consideradas confidenciais pela legislação e regulamentação, cabendo à Agência zelar pelo sigilo destas.

§2º Para a finalidade de aferição do cumprimento das obrigações previstas nos arts. 16 a 18 desta Lei, as programadoras e empacotadoras deverão publicar, nos seus sítios na rede mundial de computadores, a listagem atualizada dos conteúdos audiovisuais e canais de programação disponibilizados, respectivamente, incluindo sua classificação em conformidade com os tipos definidos nesta Lei.

§3º Para efeito do cumprimento do disposto no Capítulo V, a Ancine poderá solicitar à programadora documentos comprobatórios de que o conteúdo exibido é brasileiro, incluindo o Certificado de Produto Brasileiro, para os casos de que trata a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001.

O Partido Democratas alega que o artigo 10, *caput* e §1º, da Lei nº 12.485/2011 viola 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”*.

Com relação aos §§ 2º e 3º do art. 10, o DEM afirma que os dispositivos *“garantem à ANCINE o direito de exigir das programadoras e empacotadoras que exibam conteúdo brasileiro”*, o que permitiria à autarquia, *“de certo modo, definir a programação da comunicação audiovisual de acesso condicionado (...) extrapolando as exigências do artigo 221 para a produção e a programação das emissoras”*, além de ferir *“o inciso IV (liberdade de*

ADI 4923 / DF

manifestação do pensamento) e o inciso IX (liberdade de comunicação e de expressão artística) do art. 5º da Constituição; e ainda, o artigo 220, caput e § 1º, que garante a liberdade de imprensa e proíbe a edição de qualquer lei que contenha dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação”.

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.

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

ADI 4923 / DF

estatuto constitucional da liberdade de expressão.

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.

Quanto 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 prestadores de serviços de acesso condicionado”*.

Art. 15. O art. 7º da Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, passa a vigorar acrescido dos seguintes incisos XVIII a XXI:

“Art.7º
.....

XVIII - regular e fiscalizar o cumprimento dos princípios da comunicação audiovisual de acesso condicionado, das obrigações de programação, empacotamento e publicidade e

ADI 4923 / DF

das restrições ao capital total e votante das produtoras e programadoras fixados pela lei que dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado;

Consta da peça vestibular subscrita pelo DEM que o artigo 15 da Lei nº 12.445/2011, especificamente na parte em que acrescenta o inciso XVIII ao artigo 7º da Medida Provisória nº 2.228-1, de 2001, conferindo-lhe o poder de regular e fiscalizar o setor de comunicação audiovisual, padeceria de inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa. Isso porque, nas palavras do Partido requerente, *“é de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que disponham 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’”*. Sem embargo, o DEM aponta que *“o dispositivo de lei atribui, 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”*.

Ainda segundo o Partido este mesmo vício formal também contamina os arts. 9º, parágrafo único; 10; 12; 13; 19, § 3º; 21; 22; 25, § 1º e 42 da Lei nº 12.485/11.

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, *caput*, incisos e parágrafos 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*

ADI 4923 / DF

Carta da República”.

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.

§1º Da parcela mínima de canais brasileiros de espaço qualificado de que trata o caput, pelo menos 1/3 (um terço) deverá ser programado por programadora brasileira independente.

§2º A empacotadora estará obrigada a cumprir o disposto no caput até o limite de 12 (doze) canais brasileiros de espaço qualificado.

§3º As empacotadoras que ofertarem pacotes distribuídos por tecnologias que possibilitem distribuir, no máximo, pacotes com até 31 (trinta e um) canais de programação estarão obrigadas a cumprir o disposto no caput deste artigo até o limite de 3 (três) canais, bem como serão dispensadas do cumprimento do disposto no art. 18.

§4º Dos canais brasileiros de espaço qualificado a serem veiculados nos pacotes, ao menos 2 (dois) canais deverão veicular, no mínimo, 12 (doze) horas diárias de conteúdo audiovisual brasileiro produzido por produtora brasileira independente, 3 (três) das quais em horário nobre.

§5º A programadora de pelo menos um dos canais de que trata o §4º não poderá ser controlada, controladora ou coligada a concessionária de serviço de radiodifusão de sons e imagens.

Art. 18. Nos pacotes em que houver canal de

ADI 4923 / DF

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.

Parágrafo único. As programadoras dos canais de que trata o caput deste artigo não poderão deter relação de controle ou coligação entre si.

Art. 19. Para efeito do cumprimento do disposto nos arts. 16 e 17, serão desconsiderados:

I - os canais de programação de distribuição obrigatória de que trata o art. 32, ainda que veiculados em localidade distinta daquela em que é distribuído o pacote;

II - os canais de programação que retransmitirem canais de geradoras detentoras de outorga de radiodifusão de sons e imagens em qualquer localidade;

III - os canais de programação operados sob a responsabilidade do poder público;

IV - os canais de programação cuja grade de programação não tenha passado por qualquer modificação para se adaptar ao público brasileiro, incluindo legendagem, dublagem para língua portuguesa ou publicidade específica para o mercado brasileiro;

V - os canais de programação dedicados precipuamente à veiculação de conteúdos de cunho erótico;

VI - os canais ofertados na modalidade avulsa de programação;

VII - os canais de programação ofertados em modalidade avulsa de conteúdo programado.

§1º Para os canais de que trata o inciso VI, aplica-se o disposto no art. 16.

§2º Na oferta dos canais de que trata o inciso VII, no mínimo 10% (dez por cento) dos conteúdos ofertados que

ADI 4923 / DF

integrarem espaço qualificado deverão ser brasileiros.

§3º O cumprimento da obrigação de que trata o § 2º será aferido em conformidade com período de apuração estabelecido pela Ancine.

§4º Para efeito do cumprimento do disposto no art. 18, serão desconsiderados os canais de que tratam os incisos III, IV, V e VII do caput deste artigo.

Art. 20 A programadora ou empacotadora, no cumprimento das obrigações previstas nos arts. 16 a 18, observará as seguintes condições:

I - pelo menos a metade dos conteúdos audiovisuais deve ter sido produzida nos 7 (sete) anos anteriores à sua veiculação;

II - o conteúdo produzido por brasileiro nato ou naturalizado há mais de 10 (dez) anos será equiparado ao produzido por produtora brasileira;

III - o conteúdo produzido por brasileiro nato ou naturalizado há mais de 10 (dez) anos será equiparado ao produzido por produtora brasileira independente, caso seu produtor atenda as condições previstas na alínea "c" do inciso XIX do art. 2º;

IV - quando o cálculo dos percentuais e razões não resultar em número inteiro exato, considerar-se-á a parte inteira do resultado.

(...)

Art. 23. Nos 2 (dois) primeiros anos de vigência desta Lei, o número de horas de que trata o caput do art. 16, as resultantes das razões estipuladas no caput e no § 1º do art. 17 e o limite de que trata o § 3º do art. 17 serão reduzidos nas seguintes razões:

I - 2/3 (dois terços) no primeiro ano de vigência da Lei;

II - 1/3 (um terço) no segundo ano de vigência da Lei.

ADI 4923 / DF

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.

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.

Com relação aos arts. 16, 17, 18, 19, 20, 23, 24 e 25 da Lei nº 12.485/11, que compõem o cerne do Capítulo V do diploma legal, referente ao conteúdo brasileiro mínimo a ser veiculado pelas empresas atuantes no mercado de comunicação audiovisual de acesso condicionado, o Partido Democratas alega 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”*.

Especificamente sobre o art. 16, aponta que *“há, no país, uma razoável diversidade de meios e de prestadores no setor de comunicação audiovisual de acesso condicionado, pelo que não se pode afirmar que a cultura nacional e a*

ADI 4923 / DF

produção independente estejam sem acesso aos meios de comunicação”. Aduz que “uma coisa é estimular a cultura nacional, outra muito diferente é impor aos consumidores o consumo de cultura nacional. Trata-se de limitação da liberdade do destinatário em favor do mercado das empresas brasileiras”.

Defende que o art. 221 da Constituição da República, ao instituir os princípios constitucionais de produção e programação das emissoras de rádio e televisão, não se aplicaria à comunicação social condicionada, forte na construção de que *“este setor é direcionado exclusivamente ao interesse do consumidor, que pretende adquirir determinado tipo de programa e somente aquele”*. Nesse sentido, a obrigatoriedade de veiculação de conteúdo brasileiro *“fere a liberdade do consumidor, que adquire programação específica que bem lhe agrada”*, além de violar *“o direito à livre iniciativa e a liberdade de expressão”*, bem como restringir *“o direito de liberdade da comunicação social”*, configurando *“reserva de mercado em favor desses grupos [empresas brasileiras] que sequer terão que se preocupar com a qualidade dos programas ou com o interesse do consumidor final”*.

Argui ainda que *“um canal de programação de TV paga é uma criação artística protegida por direito autoral, direito este constitucionalmente tutelado no artigo 5º, XXVII, não cabendo à lei ou ao Estado determinar a destruição da integralidade da obra concebida pela programadora”*.

Já quanto ao art. 17 da Lei nº 12.485/11, assevera que o dispositivo institui *“uma obrigação dirigida às distribuidoras a adquirirem — não se sabe de quem e a que preço e nem quem teria interesse de assinar — canais de programação, um a cada três, que sejam de empresas que tenham pelo menos 70% (setenta por cento) de capital de origem brasileira e seja gerida por brasileiros ou brasileiros naturalizados”*, de sorte que *“violados, novamente, os direitos do consumidor, posto que retira sua liberdade de livre contratação de canais pagos”*.

Articula que, *“pelos critérios vigentes, uma programadora pode ser*

ADI 4923 / DF

classificada como brasileira sem produzir um único minuto sequer de conteúdo brasileiro”, uma vez que “o art. 2º da Lei 11.485/2011, em seu inciso VIII, define conteúdo brasileiro como ‘conteúdo audiovisual produzido em conformidade com os critérios estabelecidos no inciso V do art. 1º da Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001’”, os quais não veiculam qualquer requisito referente ao conteúdo da obra, ao passo que, “de outra parte, para uma produtora ser tida como brasileira, os requisitos dizem respeito somente à naturalidade do capital e da equipe de gestão”. Nesse sentido, argumenta 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”, quando “mais eficaz seria se a estratégia de promoção do conteúdo brasileiro atingisse apenas a obra, e não a empresa que a programa”. Ao final do argumento, conclui que a previsão do art. 17 “escancara uma inconstitucional discriminação à atividade de empresas de capital estrangeiro no Brasil, não prevista na Constituição (...)”, sendo “inaceitável, à luz dos preceitos constitucionais vigentes, a imposição de reserva de mercado que obrigue as distribuidoras a contratar uma programadora somente devido a origem do seu capital social”.

Sustenta também que tais restrições ao capital estrangeiro tornam-se ainda mais gravosas quando analisadas à luz do direito ao exercício profissional (CRFB, art. 5º, XIII), bem como da livre iniciativa (CRFB, art. 5º, IX e art. 170, II, IV e V). Nesse sentido, aduz que “as atividades de programação e empacotamento são atividades comerciais puramente privadas, não dependendo de outorgas públicas e nem se sujeitando à regulação prevista no artigo 21, XI, da Constituição Federal, posto que não se deve confundi-las com serviços de telecomunicações”.

Nesta mesma esteira, a Associação Brasileira de Radiodifusores (ABRA) afirma que “a determinação, por lei, de exibição obrigatória, inclusive em horário nobre, de conteúdo nacional criado por produtora brasileira independente [revela-se] flagrantemente inconstitucional, porquanto viola a livre iniciativa e concorrência (CF, art. 1º, IV; art. 170, caput e IV), a liberdade de

ADI 4923 / DF

manifestação do pensamento (CF, art. 5º, IV), a liberdade de comunicação e expressão artística (CF, art. 5º, IV), o princípio da proporcionalidade (CF, art. 5º LIV), a adequada tutela ao consumidor (CF, art. 5ºm XXXII e art. 170, V) e a liberdade de imprensa e informação jornalística (CF, art. 220, caput e §1º)”.

Desenvolvendo sua argumentação, a ABRA pontua que, quanto à livre iniciativa, as cotas de conteúdo nacional impedem que “a empresa atuante no mercado de serviço de acesso condicionado decida livremente a respeito da composição do produto que será oferecido ao consumidor”, além de obrigá-la “a celebrar contratos com produtoras brasileiras independentes para obtenção do mencionado conteúdo nacional (art. 17, §§1º e 4º), não podendo escolher autonomamente a empresa com a qual pretendem firmar relações jurídicas”. Quanto à violação à liberdade de concorrência, aponta que “as demais produtoras de conteúdo, que não se qualifiquem como produtoras brasileiras independentes, nos termos do art. 1º, XIX, sofrem significativa desvantagem competitiva (...)”. Anota, porém, que, no âmbito das liberdades de manifestação do pensamento, de comunicação e expressão artística e de imprensa e informação jornalística, as normas impugnadas “causam prejuízos mais graves”. Isso porque “revela-se absolutamente inaceitável que o Estado, por intermédio de seus órgão legislativo, determina a entidades privadas a escolha de uma dada linha de programação, qualquer que seja ela”.

Aduz também que “as normas em referência ainda constituem inaceitável restrição à própria liberdade do consumidor (...)”, na medida em que, por seu intermédio, “o Estado assume o controle remoto e retira do consumidor a liberdade de escolher os programas a que pretende assistir”. A seu ver, isso significa que “a audiência e popularidade de um dado programa deixam de ter relevância para a sua veiculação, sendo substituídas por previsão legal que determina a apresentação de programas com conteúdo nacional, independentemente de sua preferência pelos telespectadores”.

Por fim, a ABRA reconhece que “a indústria cultural brasileira infelizmente precisa, ainda, de apoio público”. No entanto, a entidade

ADI 4923 / DF

questiona a forma por que o suporte estatal deve ser concedido. Segundo a inicial, *“a simples obrigação de veiculação de programas nacionais pelas prestadoras de serviços de TV por assinatura, além de prejudicarem o segmento econômico em questão e restringirem a liberdade do consumidor, simplesmente não são eficazes em longo prazo”*. Isso porque *“valendo-se desses generosos benefícios consistentes em cotas de programação, os produtores nacionais não serão pressionados a incrementarem a qualidade de seus produtos (...)”*, quando, na realidade, a medida mais eficaz seria através da concessão de *“incentivos fiscais, subsídios, campanhas de conscientização e maciços investimentos na formação e treinamento de profissionais”*.

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.

Segundo o DEM, o art. 21 da Lei nº 12.485/11 permite que a ANCINE flexibilize as restrições contidas nos artigos 16 e 18 do mesmo ato normativo, que, como já relatado, dispõem sobre a obrigatoriedade de veiculação mínima de conteúdo brasileiro pelas empresas atuantes no setor da comunicação audiovisual de acesso condicionado. Consoante o requerente, *“a referida Lei silencia quanto aos critérios adotados na hipótese de [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 Partido *“que (...) esses critérios deveriam estar definidos na própria Lei nº. 12.485/2011 e não em termos genéricos como consta no dispositivo”*.

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

ADI 4923 / DF

canais de programação.

Alega o DEM que o art. 22 da Lei nº 12.485/11 viola o artigo 220, *caput* e §3º, inciso I da Constituição da República, na medida em que permite à ANCINE “*impor restrições à liberdade de expressão do setor audiovisual de acesso condicionado, valendo-se, para tanto, tão somente de regulamento a ser por ela 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.

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.

No que se refere ao art. 29 da Lei nº 12.485/11, o DEM postula que se confira ao dispositivo interpretação conforme a Constituição para reconhecer que é obrigatório certame licitatório previamente à autorização para prestar a atividade de distribuição por meio do serviço de acesso condicionado (como se extrai dos arts. 21, XI; 175, *caput*; e 37, *caput* e XXI, da CRFB). Isso porque, em primeiro lugar, “*ainda que se entenda que o serviço de acesso condicionado deva ser prestado sob o regime privado, a licitação revela-se necessária em face da escassez dos meios físicos para a prestação dos serviços e pela evidente desigualdade de condições entre os competidores*”. Em segundo lugar, alude ao princípio constitucional da impessoalidade como fundamento à necessidade de observância do dever de licitar.

Também a Associação NEOTV pugna por se emprestar interpretação

ADI 4923 / DF

conforme a Constituição ao art. 29 da Lei nº 12.485/11 para que a outorga do serviço de comunicação de acesso condicionado seja precedida por procedimento licitatório. Isso porque, inicialmente, a Lei nº 12.485/11 teria ignorado *“o fato de a natureza jurídica do serviço de acesso condicionado ser afetada pelo bloco de normas constitucionais que incide sobre a atividade de televisão, a qual, ante o interesse público que traduz (...) está submetida a diversas formas de condicionamentos, entre o que: a observância, para fins de outorga a particulares, do prévio procedimento licitatório”*. Ademais, aponta a requerente que *“a realização do certame mostra-se necessária simplesmente porque existe uma inviabilidade técnica – dada a limitada infraestrutura disponível – para a participação de todos os interessados, especialmente no que se refere à modalidade de serviço por cabo”,* de sorte 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”*. Por fim, sustenta *“a necessidade de resguardo ao princípio da impessoalidade para escolha dos futuros autorizatários, tendo-se em vista (...) a situação de desigualdade gerada pela nova lei relativamente aos prestadores admitidos sob a vigência do regime anterior”*.

A Associação Brasileira de Radiodifusores (ABRA) reitera a argumentação da Associação NEOTV quanto à necessidade de se emprestar interpretação conforme a Constituição ao art. 29 da Lei nº 12.485/11 para que a outorga de autorizações para prestação do SeAC seja precedida de certame licitatório.

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.

ADI 4923 / DF

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

Segundo o Partido Democratas, *“o regramento viola frontalmente o art. 220 da Constituição, que estabelece a inexistência de qualquer restrição para o setor”,* ao passo que o dispositivo *“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”.*

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 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

ADI 4923 / DF

programação em tecnologia digital não ensejará pagamento por parte da distribuidora, que ficará desobrigada de ofertar aos assinantes a programação em tecnologia analógica.

Segundo o DEM, 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 as empresas de radiodifusão não poderiam cobrar das empresas atuantes na comunicação de acesso condicionado pela entrega de conteúdo por elas gerado, ao passo que *“esses canais poderão ser cobrados dos assinantes pelas empresas que prestam o serviço de acesso condicionado, conforme disposto no art. 33, inc. VI, da referida lei”*.

A Associação Brasileira de Radiodifusores (ABRA) questiona os mesmos dispositivos com base em fundamentos idênticos aos já apresentados pelo Partido Democratas. 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. 36 A empresa no exercício das atividades de programação ou empacotamento da comunicação audiovisual

ADI 4923 / DF

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.

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*

ADI 4923 / DF

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. 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.

(...)

ADI 4923 / DF

§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.

O Partido Democratas impugna os parágrafos 6º e 7º do artigo 37 da

ADI 4923 / DF

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*”.

Especificamente quanto ao art. 37, §5º, da Lei nº 12.485/11, o DEM afirma que a previsão normativa violaria “*o postulado constitucional do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos*”, na medida em que “*determina que não serão devidas compensações financeiras pela migração dos atuais concessionários prestadores de serviço (esses prestadores de serviço estão discriminados no § 1º do art. 37, são eles: TV a Cabo – TVC, Distribuição de Canais Multiponto Multicanal – MMDS e Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura Via Satélite – DTH, Serviço Especial de TV por Assinatura - TVA) para o serviço de acesso condicionado*”. Em seguida, aponta o Partido requerente que “*é necessário que, em cada caso, se examine a eventual ocorrência de prejuízos aos prestadores de serviços pela alteração no regime jurídico*” e, “*caso efetivamente ocorra (sic) danos, desequilibrando a relação contratual, a compensação financeira deve 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, que estabelecem diversas regras de transição relativas às prestadoras de TV a Cabo (TVC), Serviços Distribuição de Canais Multiponto Multiponto Multicanal (MMDS), de Serviços de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura Via Satélite (DTH), bem como referente às autorizatárias de uso de radiofrequência nas modalidades MMDS e TVA. 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*

ADI 4923 / DF

administrativos), ambos da Constituição Federal”.

Especificamente sobre os §§1º e 11 (que vedam a renovação das outorgas para a prestação de TVA e MMDS via radiofrequência após o encerramento do prazo das licenças vigentes), a associação afirma que as atuais prestadoras do serviço “*confiaram no regime normativo e nos atos de outorga que regiam as suas atividades, especialmente no que se refere ao decreto n. 95.744, que prevê o prazo de 15 (quinze) anos para a exploração de TVA, contemplando, ainda a possibilidade de renovação desse prazo*”. Este fato daria ensejo ao surgimento de legítima expectativa a propósito da renovação de suas outorgas, especialmente quanto às autorizações de Serviços de TVA.

Aponta ainda que, “*embora as concessões/autorizações de TV a Cabo, MMDS, DTH e TVA permaneçam válidas até o encerramento do prazo atual, várias adaptações serão necessárias, sob pena de impedirem-se alterações contratuais e societárias, nos termos do art. 37, §§6º e 7º, da Lei nº 12.485/11*”. Segundo a Associação NEOTV, estaria “*muito clara a intenção do legislador de simplesmente inviabilizar as atividades destas entidades, coagindo-as a migrar imediatamente para a nova modalidade de serviço*”. A tudo isso se soma a arguição de inconstitucionalidade do art. 37, §5º, da Lei nº 12.485/11, a qual “*reside na vedação à incidência, em cada caso concreto, do postulado do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos*”, quando, em verdade, deveria se verificar, em cada hipótese fática, se houve ou não prejuízos suscetíveis de reparação. “*Não se pode e não se deve admitir, contudo, que o legislador simplesmente proscruva 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 no que se refere aos §§ 1º, 5º, 6º, 7º e 11 do art. 37 do diploma impugnado.

ADI 4923 / DF

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”*.

Em 29/06/2012, determinei a aplicação do art. 12 da Lei nº 9.868/99 aos feitos, visando ao julgamento definitivo do mérito das demandas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Em todas as ações diretas sob julgamento, a Câmara dos Deputados prestou informações atestando que a Lei nº 12.485/11, fruto do PL nº 29/2007, fora processada *“dentro dos estritos trâmites constitucionais e regimentais inerentes à espécie”*. O Senado Federal também acostou aos autos relatório com a síntese da tramitação legislativa do ato normativo vergastado, afirmando sua compatibilidade formal e material com a Constituição da República.

A Presidência da República, por intermédio da Consultoria-Geral da União, rebateu as arguições de inconstitucionalidade ventiladas em todas as quatro ações diretas sob julgamento. Segundo as informações prestadas pelo Poder Executivo, *“não se vislumbra qualquer vício de constitucionalidade relativamente às disposições hostilizadas da Lei nº*

ADI 4923 / DF

12.485/2011”, na medida em que “o legislador ordinário apenas atendeu às diretrizes inseridas nas normas programáticas estatuídas na Constituição, no capítulo da Comunicação Social”.

A Advocacia-Geral da União, em cumprimento ao art. 103, §3º, da Constituição, apresentou manifestação em defesa da constitucionalidade da Lei nº 12.485/11. Eis a ementa do respectivo parecer:

Telecomunicações. Serviço de acesso condicionado. Dispositivos da Lei nº 12.485/11, que dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado. Não caracterizado o suposto vício formal por ofensa à iniciativa privativa do Presidente da República para dispor sobre organização administrativa e criação de órgãos da administração pública federal. Ausência de violação ao direito de liberdade de comunicação e expressão (artigos 5º, inciso IX, e 220 da Constituição Federal), à garantia de proteção aos direitos do consumidor (artigos 5º, inciso XXXII, e 170 da Constituição da República) e aos demais dispositivos constitucionais suscitados como parâmetro de controle. Manifestação no sentido da improcedência do pedido formulado na presente ação direta.

A Procuradoria-Geral da República, na qualidade de fiscal da lei, pronunciou-se pela improcedência dos pedidos deduzidos em todas as quatro ações em julgamento. Confira-se a ementa da manifestação subscrita pelo *Parquet* federal:

Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de medida cautelar. Lei nº 12.485/2011. Comunicação audiovisual de acesso condicionado. Intervenção do Estado no domínio econômico, Exercício do poder regulatório (art. 175 e 223, CR). Serviço Público de telecomunicações audiovisuais (art. 21, XI, CR). Promoção da cultura nacional (art. 215, CR). Pluralismo e diversidade no acesso à informação como dimensão positiva da

ADI 4923 / DF

liberdade de expressão (art. 5º, IX, CR). Direitos à livre iniciativa e concorrência (art. 170, caput e IV, CR). Preservação do núcleo essencial. Proteção aos direitos dos consumidores (art. 5º, XXXI, e 170, VI, CR). Ausência dos requisitos da plausibilidade do direito e do perigo na demora. Parecer pelo indeferimento da cautelar e pela improcedência do pedido.

Em razão da complexidade técnica que perpassa boa parte das arguições de inconstitucionalidade ventiladas nas presentes ações diretas, convoquei Audiência Pública no afã de receber esclarecimentos sobre o tema por parte de especialistas no setor, entidades reguladoras e representantes da sociedade civil diretamente envolvidos com a concepção e aplicação da Lei nº 12.485/11.

A Audiência foi realizada nos dias 18 e 25 de fevereiro de 2013, contando com a participação de trinta expositores, o que permitiu o aporte de valiosos subsídios técnicos para esta Suprema Corte, bem como viabilizou a ampla pluralização do debate jurídico em questão.

Após a realização da Audiência, a entidade Intervezes – Coletivo Brasil de Comunicação Social foi admitida, na qualidade de *amicus curiae*, nas ADI's nºs 4.747 e 4.756. Também a Associação NEOTV e a Associação Brasileira de Radiodifusores tiveram pleito análogo deferido na ADI nº 4.923.

É o relatório, cuja cópia deverá ser encaminhada aos Ministros deste Supremo Tribunal Federal, na forma da lei (art. 9º, *caput*, da Lei nº 9.868/99).

25/06/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.923 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Início 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.

ADI 4923 / DF

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 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.

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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*

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

opuseram à argumentação dos requerentes, pugnano 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).

ADI 4923 / DF

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,

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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;

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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”.

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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 artístico 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

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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.

ADI 4923 / DF

(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 Sankiewicz, 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

ADI 4923 / DF

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:

ADI 4923 / DF

“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, mas 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*

ADI 4923 / DF

*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

ADI 4923 / DF

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 formatação 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

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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*

ADI 4923 / DF

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.”

ADI 4923 / DF

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*

ADI 4923 / DF

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, enfrente 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 um 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).

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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 estabelecido 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,

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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 sérios problemas 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

ADI 4923 / DF

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;

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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,

ADI 4923 / DF

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.

ADI 4923 / DF

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.”

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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.

Sucedo 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

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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 interdite, 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”.

ADI 4923 / DF

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 impor 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

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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 expresso) 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)

ADI 4923 / DF

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*

ADI 4923 / DF

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.

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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
- N° 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

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

- 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.

ADI 4923 / DF

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.

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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, afirmou-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

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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 Intervenientes – 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.

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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 Intervozes: *“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

ADI 4923 / DF

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. 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

ADI 4923 / DF

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 a 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

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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 respetivo 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

ADI 4923 / DF

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.

ADI 4923 / DF

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.

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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*.

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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*”. Confirma-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

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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.

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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.

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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*).

Corroborava 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

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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 “saudável” a competição do livre mercado. A demanda dos requerentes era por *menos* regulação e *mais* liberdade.

Sucedendo 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

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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).

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

**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

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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 –

ADI 4923 / DF

nem deveria definir – um formato comercial 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

ADI 4923 / DF

comunicação de massa. É que, necessariamente, todo pacote de TV fechada conterà 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,*

ADI 4923 / DF

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.

ADI 4923 / DF

§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

ADI 4923 / DF

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.

ADI 4923 / DF

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 que 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 comezinha 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.

ADI 4923 / DF

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.

ADI 4923 / DF

§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*

ADI 4923 / DF

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 proscruva 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

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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 inexistente, 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

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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).

ADI 4923 / DF

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

ADI 4923 / DF

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.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.923

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

REQTE.(S) : ASSOCIACAO BRASILEIRA DE TELEVISAO POR ASSINATURA EM UHF - ABTVU

ADV.(A/S) : EDSON CARVALHO VIDIGAL E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE RADIODIFUSORES - ABRA

ADV.(A/S) : MARCELO CAMA PROENCA FERNANDES

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NEOTV

ADV.(A/S) : MARCELO CAMA PROENCA FERNANDES

Decisão: Após o voto do Ministro Luiz Fux (Relator), julgando improcedente o pedido formulado na ação direta, o julgamento foi suspenso. Falaram, pela Advocacia-Geral da União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso; pelos *amici curiae* Associação Brasileira de Radiodifusores - ABRA e Associação NEOTV, o Dr. Marcelo Cama Proença Fernandes, OAB/DF 22.071, e, pelo Ministério Público Federal, a Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Vice-Procuradora-Geral da República. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 25.06.2015.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte
Assessora-Chefe do Plenário

05/08/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.923 DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, eminente Relator, vou tentar seguir o conselho da síntese. Fiz uma manifestação de quase 30 laudas, mas procurarei resumir em alguns minutos.

Em verdade, a manifestação acompanha substancialmente o voto do eminente Relator e tomarei a liberdade de não repisar os argumentos já suscitados e nem mesmo de incluir adicionalmente algum argumento que possa subscrever ou acrescer algum novo elemento à sustentação já levada a efeito.

Portanto, vou me cingir à divergência - que é a única divergência pontual que tenho com o eminente Relator - que diz respeito ao art. 25, especificamente. No voto do eminente Relator, está assentado o acolhimento da inconstitucionalidade do art. 25, e peço vênias ao eminente Relator para divergir desse entendimento, que procuro sumariar nas seguintes afirmações.

05/08/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.923 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Trata-se de ações diretas de inconstitucionalidade, em julgamento conjunto, ajuizadas pelo Democratas (DEM), Associação NEO TV (NEOTV), Associação Brasileira de Radiodifusores (ABRA) e Associação Brasileira de Televisão por Assinatura em UHF (ABTVU) em face da Lei 12.485/2011, que instituiu o marco regulatório setorial da comunicação audiovisual de acesso condicionado (TV por assinatura).

De início, acompanho o minudente e robusto relatório vazado pelo e. Ministro Relator Luiz Fux quanto aos dispositivos especificamente impugnados a seguir tratados e às alegações das Requerentes.

Ademais, declaro-me ciente da existência de Audiência Pública convocada por Sua Excelência e realizada nos dias 18 e 25 de fevereiro de 2013, juntamente a especialistas, entidades reguladoras e entidades civis de vocação social e pública, bem como esclarecido pelos aportes técnicos ali lançados acerca da controvérsia em abstrato.

Em relação à constitucionalidade do marco regulatório em questão, diviso minha argumentação em três seções: compreensões acerca do acesso à comunicação como direito cultural, os vícios formais suscitados e as diversas inconstitucionalidades materiais apontadas pelos Autores.

ACESSO À COMUNICAÇÃO AUDIOVISUAL

Com o intuito de explicitar a densidade constitucional da temática e a compreensão do julgador acerca da normatividade em questão, torna-se conveniente tecer breves comentários referentes à condição cultural das políticas públicas de acesso à comunicação audiovisual, ainda que de forma condicionada à contraprestação pecuniária.

De início, a própria cultura revela-se um dos termos com mais

ADI 4923 / DF

significados potencialmente conflitivos e plúrimos da modernidade, a despeito de seu alcance global e relevância social. Isso porque o projeto cultural como civilização universal ou narrativa grandiosa do autodesenvolvimento humano não logrou realização na tradição ocidental.

Assim, a palavra cultura ressignifica-se dialeticamente entre fato e valor em pelo menos três propostas de superação, isto é, na qualidade de crítica imanente e utópica, como forma de vida de grupos sociais e, mais recentemente, na condição de aprendizagem e artes. Logo, para não reduzir-se à estética ou a um tipo de sociedade, deve-se pensá-la como forma de imaginação societal. Nas palavras de Terry Eagleton, “[p]ode igualmente ser uma forma de imaginar as nossas próprias condições sociais sobre o modelo das [sic] de outros povos, seja no passado, no mato ou no futuro político.”¹

Igualmente, o pensamento do filósofo e crítico literário supracitado mostra-se interessante para explicar controvérsias em concreto como são as presentes ações, embora o interesse de todos seja a promoção do direito à cultura, afinal a associação da justiça com o ideal cultural, por mais abstrata que seja, não é politicamente neutra:

“A cultura exige aos que clamam por justiça que, para além dos seus próprios interesses, vejam o todo — isto é, tanto os interesses dos respectivos governantes quanto os seus próprios interesses. E, deste modo, nada pode fazer contra o facto de tais interesses poderem ser incompatíveis. A associação da cultura à justiça para os grupos minoritários, tal como tem sucedido na nossa época, é, assim, um novo e decisivo desenvolvimento.

Nesta recusa do compromisso, a cultura surge como uma noção politicamente neutra. Todavia, é precisamente neste compromisso formal com a multiplicidade que ela é mais ostensivamente partidária. Para a cultura, é indiferente o fim que as faculdades humanas devem prosseguir e, desta forma,

1 EAGLETON, Terry. *A Ideia de Cultura*. Trad. Sofia Rodrigues. Lisboa: Temas e Debates, 2003, p. 40.

ADI 4923 / DF

parece genuinamente desinteressada ao nível do conteúdo. Limita-se a insistir na necessidade de desenvolvimento harmonioso de tais faculdades, cada uma judiciosamente contrabalançando as outras, insinuando, assim, uma política ao nível da forma. **Pedem-nos assim que acreditemos que a unidade é, por natureza, preferível ao conflito, a simetria à unilateralidade. Também nos é pedido que acreditemos, ainda mais implausivelmente, que esta não é, em si, uma posição política. Pela mesma ordem de ideias, e uma vez que estes poderes serão concretizados apenas para os seus próprios fins, a cultura dificilmente poderá ser acusada de instrumentalidade política. Na realidade, porém, há uma política implícita precisamente nesta não instrumentalidade** — seja a política patricia dos que têm a oportunidade e a liberdade de afastar desdenhosamente a utilidade, ou seja a política utópica dos que desejam uma sociedade para além do valor de mercado.

Não é, de facto, exactamente a cultura, mas uma selecção específica de valores culturais que aqui está em causa. Ser civilizado ou cultivado é ter sido abençoado com sentimentos refinados, paixões bem temperadas, maneiras agradáveis e um espírito aberto. É comportar-se com razoabilidade e moderação, com uma sensibilidade inata aos interesses alheios, praticar a autodisciplina e estar preparado para sacrificar os seus próprios interesses egoístas em prol do bem comum. Por melhores que sejam estas determinações, certamente não são politicamente inocentes.”²

Posta essa referência socio-política, também é imperativo transladar o paradigma constitucional da cultura na ordem jurídica pátria, afirmado no direito fundamental à cultura garantido pelo Estado, no estabelecimento do Plano Nacional de Cultura, de duração periódica, e na centralidade do Sistema Nacional de Cultura, em especial os seguintes dispositivos:

2 Ibid., p. 30-31, grifos nossos.

ADI 4923 / DF

“Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:

II - produção, promoção e difusão de bens culturais;

IV - democratização do acesso aos bens de cultura;

(...)

Art. 216-A. O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais.

§ 1º O Sistema Nacional de Cultura fundamenta-se na política nacional de cultura e nas suas diretrizes, estabelecidas no Plano Nacional de Cultura, e rege-se pelos seguintes princípios:

II - universalização do acesso aos bens e serviços culturais;

III - fomento à produção, difusão e circulação de conhecimento e bens culturais;

VI - complementaridade nos papéis dos agentes culturais;”

No caso da área audiovisual, percebe-se sua importância pelo destaque em secretaria própria e respectivas políticas públicas setoriais em relação às demais modalidades artísticas, nos termos do art. 2º do Decreto 8.837/2016. Sem mesmo entrar em dados sobre a economia da cultura, as quais indicam uma participação significativa do audiovisual nos gastos diretos e indiretos (renúncias fiscais) realizados pelo governo federal na ordem de bilhões anuais, constata-se a inserção dessa área cultural no processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas

ADI 4923 / DF

de cultura executadas no Brasil.

A esse respeito, recorre-se ao escólio doutrinário de Mateus Maia de Souza e Nichollas de Miranda Alem:

“Políticas públicas de audiovisual possuem basicamente duas finalidades. De um lado, fomentar a criação e produção local, regional e nacional – efetivando os direitos de livre expressão e de preservação e promoção da identidade cultural. De outro, garantir o pleno exercício do direito de acesso à cultura, inclusive às obras audiovisuais. Por esse motivo, podem apresentar-se em diversas formas, como a concessão de prêmios e bolsas ou a abertura de salas públicas de cinema voltadas para a exibição de conteúdo nacional.”³

Por conseguinte, com esteio nessa perspectiva ao julgar, passa-se a abordar as alegações de inconstitucionalidade aventadas pelos Autores.

INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL

De acordo com o DEM e a ABRA, haveria inconstitucionalidade formal no art. 15 do objeto impugnado, por vício de iniciativa, o qual se reproduziria nos arts. 9º, único; 10; 12; 13; 15; 19, §3º; 21; 22; 25, §1º; 31; 36; e 42 do mesmo diploma legal.

A esse respeito, cito os incisos incluídos pela legislação em questão no art. 7 da MP 2.228-1/2001:

“XVIII - regular e fiscalizar o cumprimento dos princípios da comunicação audiovisual de acesso condicionado, das obrigações de programação, empacotamento e publicidade e das restrições ao capital total e votante das produtoras e programadoras fixados pela lei que dispõe sobre a comunicação

3 SOUZA, Mateus Maia de; ALEM, Nichollas de Miranda. Direito à cultura e políticas públicas no Brasil: uma análise dos gastos diretos e indiretos com o setor audiovisual durante a Nova República. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 3, n. 2, p. 93-112, jul. 2016, p. 103.

ADI 4923 / DF

audiovisual de acesso condicionado;

XIX - elaborar e tornar público plano de trabalho como instrumento de avaliação da atuação administrativa do órgão e de seu desempenho, estabelecendo os parâmetros para sua administração, bem como os indicadores que permitam quantificar, objetivamente, a sua avaliação periódica, inclusive com relação aos recursos aplicados em fomento à produção de audiovisual;

XX - enviar relatório anual de suas atividades ao Ministério da Cultura e, por intermédio da Presidência da República, ao Congresso Nacional;

XXI - tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais no âmbito de suas competências, nos termos do §6º do art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.”

No particular, compreendo as introduções de incumbências à agência reguladora como manifestações da competência legislativa da União para dispor sobre o setor cultural audiovisual, matéria passível de plena disposição pelo Congresso Nacional.

Logo, não há inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa do art. 15 da Lei 12.485/2011, pois as disposições nela previstas não afrontam a competência privativa do Presidente para exercer a direção superior da administração federal (art. 84, II CRFB/88).

Isso porque as disposições inseridas pelo art. 15 da Lei 12.485/2011 no art. 7º da Medida Provisória 2.228-1/2001 estão de pleno acordo com os objetivos da ANCINE elencados no art. 6º da Medida Provisória 2.228-1/2001, especialmente os objetivos definidos no art. 6, I, III, IV, VI, VII, VIII e IX. Tais competências também encontram respaldo no próprio art. 7º da Medida Provisória 2.228-1/2011 que define as competências da ANCINE, especialmente no art. 7º, II, V, XIV.

Dessa forma, as normas que se reputam inconstitucionais não violam o poder de direção superior da administração federal, bem como consistem em salutar desdobramento dos objetivos e competências previamente atribuídos à ANCINE. Assim, as disposições impugnadas

ADI 4923 / DF

não desbordam dos limites normativos anteriormente estabelecidos quando de sua criação.

**PODERES ADMINISTRATIVOS DA ANCINE E DEVERES DOS
PARTICULARES REGULADOS**

Na seara das invalidades constitucionais de natureza material, há irresignação quanto ao poder normativo da Ancine, haja vista que há reserva legal para dispor sobre as matérias delegadas à agência reguladora. Nesse sentido, ofenderia o princípio da legalidade a discricionariedade técnica atribuída sem a fixação de parâmetros de objetividade mínimos.

A propósito, transladam-se os artigos legais controvertidos:

“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.

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.”

A nosso ver, a questão fundamenta-se no *caput* do art. 174 da Constituição da República, *in verbis*:

ADI 4923 / DF

“Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

No tocante ao poder normativo da Anatel, o Pleno do STF conferiu na ADI-MC 1668, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, j. 20.08.1998, DJ 16.04.2004, interpretação conforme a dispositivos para fixar a interpretação segundo a qual é constitucional a competência da agência para expedir normas, desde que subordinada aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado.

Logo, a jurisprudência desta Corte reconhece a autoridade normativa das agências reguladoras para regulamentar administrativamente em dinâmica própria setor econômico de sua alçada. Penso ser o mesmo raciocínio aplicável ao caso, uma vez que a Ancine possui relativa liberdade de conformação e discricionariedade técnica no que diz respeito à área artística audiovisual.

Por outro lado, correlato ao poder ordenador da Administração Pública, há o regime do direito administrativo sancionador. Nas exordiais, articulam-se objeções às sanções e dosimetria das penas relacionados ao descumprimento do marco regulatório, notadamente suposta punição à liberdade de expressão e a disparidade de tratamento do setor audiovisual de acesso condicionado à denominada TV aberta.

Veja-se o disposto no art. 36 da lei atacada:

“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:

ADI 4923 / DF

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.”

De início, constata-se que o esforço de equiparação do setor regulado pela marco legal em questão com o serviço de radiodifusão de sons e imagens de acesso incondicionado não merece prosperar, pois o Poder Constituinte somente se dirigiu de forma específica ao segundo, conforme se depreende dos arts. 221 e 223 do Texto Constitucional:

“Art. 221. A produção e a programação das **emissoras de**

ADI 4923 / DF

rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;

II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;

III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;

IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de **radiodifusão sonora e de sons e imagens**, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal." (grifos nossos)

Por sua vez, há que reconhecer que o Supremo Tribunal Federal assentou, em sede do julgamento da ADPF 130, Rel. Ministro Carlos Britto, Pleno, DJe 06.11.2009, que *"não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas"*. Nesse mesmo sentido, o Ministro Dias Toffoli argumentou sobre a classificação indicativa de programas de rádio ou televisão, *"o exercício da liberdade de programação pelas emissoras impede que a exibição de determinado espetáculo dependa de ação estatal prévia"*. Comungo dessa ordem de ideias: a liberdade está, precisamente, na ausência de qualquer forma de censura.

No entanto, a possibilidade de suspensão ou cancelamento do credenciamento de empresa no exercício das atividades de programação ou empacotamento da comunicação audiovisual de acesso condicionado, porquanto não se observa a sanção como consequente da liberdade de expressão. Na verdade, a tensão principiológica emanada desta controvérsia constitucional refere-se à dicotomia restrição-liberdade da livre iniciativa e da concorrência, sob as luzes do acesso à comunicação, direito à cultura e outros princípios da ordem econômica constitucional.

Por fim, trata-se da exigência de credenciamento da empresa no exercício das atividades de programação ou empacotamento da

ADI 4923 / DF

comunicação audiovisual de acesso condicionado junto à Ancine. Para isso, transcrevem-se os 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.”

No particular, não se infere inconstitucionalidade. Extrai-se apenas legítimo exercício preventivo do poder de polícia pela Administração Pública federal, em prol da preservação do patrimônio cultural brasileiro e da efetivação do Sistema Nacional de Cultura.

Justamente por essa razão, também não procede a alegação de

ADI 4923 / DF

ingerência na liberdade de informação eventualmente resultante do art. 10, §§2º e 3º, da Lei 12.485/2011, pois não desborda dos poderes fiscalizatórios da Ancine a exigência de manutenção de lista atualizada dos conteúdos audiovisuais e canais de programação. Caso contrário, o Estado Regulador dificilmente conseguiria avaliar o cumprimento da política pública cultural do setor audiovisual de acesso condicionado.

**INSERÇÃO DE ESTRANGEIROS NA ÁREA AUDIOVISUAL E
PROMOÇÃO DA CULTURA NACIONAL**

Com vistas a superar um déficit crônico de investimentos públicos e privados na economia da cultura, aqui especificamente no setor cultural audiovisual, o legislador apresentou no presente marco regulatório uma série de restrições à participação de pessoas jurídicas estrangeiras no mercado em questão, ao passo que estabeleceu ações afirmativas a obras de conteúdo nacional.

No que tange ao conteúdo cultural brasileiro mínimo a ser veiculado pelas empresas atuantes no mercado de comunicação audiovisual de acesso condicionado, importa analisar as prescrições legais em litígio:

“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.

§ 1º Da parcela mínima de canais brasileiros de espaço qualificado de que trata o **caput**, pelo menos 1/3 (um terço) deverá ser programado por programadora brasileira independente.

§ 2º A empacotadora estará obrigada a cumprir o disposto no **caput** até o limite de 12 (doze) canais brasileiros de espaço

ADI 4923 / DF

qualificado.

§ 3º As empacotadoras que ofertarem pacotes distribuídos por tecnologias que possibilitem distribuir, no máximo, pacotes com até 31 (trinta e um) canais de programação estarão obrigadas a cumprir o disposto no **caput** deste artigo até o limite de 3 (três) canais, bem como serão dispensadas do cumprimento do disposto no art. 18.

§ 4º Dos canais brasileiros de espaço qualificado a serem veiculados nos pacotes, ao menos 2 (dois) canais deverão veicular, no mínimo, 12 (doze) horas diárias de conteúdo audiovisual brasileiro produzido por produtora brasileira independente, 3 (três) das quais em horário nobre.

§ 5º A programadora de pelo menos um dos canais de que trata o § 4º não poderá ser controlada, controladora ou coligada a concessionária de serviço de radiodifusão de sons e imagens.

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.

Parágrafo único. As programadoras dos canais de que trata o **caput** deste artigo não poderão deter relação de controle ou coligação entre si.

Art. 19. Para efeito do cumprimento do disposto nos arts. 16 e 17, serão desconsiderados:

I - os canais de programação de distribuição obrigatória de que trata o art. 32, ainda que veiculados em localidade distinta daquela em que é distribuído o pacote;

II - os canais de programação que retransmitirem canais de geradoras detentoras de outorga de radiodifusão de sons e imagens em qualquer localidade;

III - os canais de programação operados sob a responsabilidade do poder público;

ADI 4923 / DF

IV - os canais de programação cuja grade de programação não tenha passado por qualquer modificação para se adaptar ao público brasileiro, incluindo legendagem, dublagem para língua portuguesa ou publicidade específica para o mercado brasileiro;

V - os canais de programação dedicados precipuamente à veiculação de conteúdos de cunho erótico;

VI - os canais ofertados na modalidade avulsa de programação;

VII - os canais de programação ofertados em modalidade avulsa de conteúdo programado.

§ 1º Para os canais de que trata o inciso VI, aplica-se o disposto no art. 16.

§ 2º Na oferta dos canais de que trata o inciso VII, no mínimo 10% (dez por cento) dos conteúdos ofertados que integrem espaço qualificado deverão ser brasileiros.

§ 3º O cumprimento da obrigação de que trata o § 2º será aferido em conformidade com período de apuração estabelecido pela Ancine.

§ 4º Para efeito do cumprimento do disposto no art. 18, serão desconsiderados os canais de que tratam os incisos III, IV, V e VII do **caput** deste artigo.

Art. 23. Nos 2 (dois) primeiros anos de vigência desta Lei, o número de horas de que trata o **caput** do art. 16, as resultantes das razões estipuladas no **caput** e no § 1º do art. 17 e o limite de que trata o § 3º do art. 17 serão reduzidos nas seguintes razões:

(...)

Art. 41. Os arts. 16 a 23 deixarão de vigor após 12 (doze) anos da promulgação desta Lei.”

Como suporte constitucional às cotas de conteúdo nacional, compreendo os seguintes dispositivos:

“Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos

ADI 4923 / DF

direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

Art. 216-A (*omissis*)

§ 1º O Sistema Nacional de Cultura fundamenta-se na política nacional de cultura e nas suas diretrizes, estabelecidas no Plano Nacional de Cultura, e rege-se pelos seguintes princípios:

II - universalização do acesso aos bens e serviços culturais;

III - fomento à produção, difusão e circulação de conhecimento e bens culturais;

Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;

III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;”

Não há inconstitucionalidade material nas previsões dos artigos 16, 17, 18, 19, 20 e 23, pois todos eles buscam promover a produção e exibição de conteúdo mínimo brasileiro. Tais previsões não importam em restrições aos direitos e garantias individuais relacionados à liberdade (art. 5º) e à livre iniciativa (art. 1º, IV, art. 170), ou mesmo desrespeito ao consumidor (art. 5, XXXII CRFB/88), como querem fazer crer as Requerentes.

A exigência de cotas de conteúdo nacional, nesse sentido, observam imposições constitucionais expressamente previstas: o desenvolvimento nacional (art. 3º, II CRFB/88), a promoção da liberdade de expressão (art. 5, IX) e da cultura nacional (art. 23, V, art. 24, IX, art. 215, CRFB/88), o incentivo de nosso mercado interno audiovisual como patrimônio nacional destinado ao desenvolvimento cultural (art. 219 CRFB/88).

Os direitos fundamentais e demais previsões constitucionais acima expressos por si só já fulminam a pretensão de afastar a regulação imposta no tocante às cotas de conteúdo nacional. Mas, além disso, é de se observar que as exigências trazidas pela Lei 12.485/2011 não ofendem

ADI 4923 / DF

as liberdades dos agentes econômicos, tampouco desprotegem o consumidor.

Em homenagem à segurança jurídica, dispõem saudável regra de transição, conforme previsão expressa no art. 23 da Lei 12.485/2011, permitindo, assim, paulatina adaptação ao disposto no referido diploma legal.

Por fim, ressalta-se a transitoriedade das cotas de produto nacional, pois os arts. 16 e 23 da lei impugnada deixarão de vigor após 12 (doze) anos da promulgação desta Lei. Nesse sentido, reputa-se que, em sociedades que pretendam galgar aos mais altos patamares de efetivação de direitos fundamentais, as ações afirmativas devem ser temporárias, isto é, devem ter sua vigência garantida apenas até o estabelecimento de níveis satisfatórios de igualdade material.

Igualmente, observa-se expediente legislativo similar ao das cotas de conteúdo nacional em relação à publicidade comercial veiculada no âmbito audiovisual de acesso condicionado e direcionado ao público brasileiro, como se depreende do art. 25 da Lei 12.485/2011:

“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.”

Posto o quadro normativo, firmo convicção no sentido de que é dada à jurisdição constitucional avaliar as escolhas legislativas que possam criar situações anti-isonômicas, contudo também se revela necessário

ADI 4923 / DF

respeitar a espacialidade da liberdade de conformação normativa do Poder Legislativo, sobretudo na hipótese de refundação de um marco regulatório, tal como se dá na presente hipótese.

Assim, deve-se levar em conta a intensidade do controle de normas a ser exercido pela jurisdição constitucional. A respeito dessa temática, Humberto Ávila propõe os seguintes limites:

“Logo se vê que esses critérios não afastam o controle do Poder Judiciário, mas, apenas, modificam-lhe a qualidade e intensidade. Conquanto o Poder Judiciário não possa substituir, sem mais, essas premissas empíricas, e contrariar a previsão de efeitos, ele deve verificar se o legislador fez uma avaliação objetiva e sustentável do material fático e técnico disponível, se esgotou as fontes de conhecimento para prever os efeitos da regra do modo mais seguro possível, e se se orientou pelo estágio atual do conhecimento e da experiência. Em qualquer caso, é preciso verificar em que medida essas competências estão sendo exercidas, cabendo ao Poder Judiciário avaliar a avaliação feita pelo Poder Legislativo (ou pelo Poder Executivo) relativamente à premissa escolhida.”⁴

Desse modo, reputa-se justificada a escolha legislativa, à luz da correção da conduta estatal. Afinal, observa-se uma preocupação estratégica do Poder Constituinte com relação à publicidade no âmbito do artigo 220, §§3º, II, e 4º, do Texto Constitucional. Nesses casos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme na possibilidade de intervenção estatal na ordem econômica, quando for necessário para a concretização das diretrizes, programas e fins constitucionais, por parte do Estado e da própria sociedade. A esse respeito, confira-se a ADI 1.950, de relatoria do Ministro Eros Grau, DJ 2.6.2006.

Além disso, não se deixe escapar que na Medida Provisória 2.228, que cria a ANCINE, há previsão normativa semelhante a aqui discutida. Cito o artigo 25 desse diploma normativo, com redação dada pela recente

⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 176.

ADI 4923 / DF

Lei 12.599/2012, *in verbis*:

Art. 25. Toda e qualquer obra cinematográfica ou videofonográfica publicitária estrangeira só poderá ser veiculada ou transmitida no País, **em qualquer segmento de mercado**, devidamente adaptada ao idioma português e após pagamento da Condecine, de que trata o art. 32.

Parágrafo único. A adaptação de obra cinematográfica ou videofonográfica publicitária deverá ser realizada por **empresa produtora brasileira registrada na Ancine**, conforme normas por ela expedidas.” (grifos nossos)

Por conseguinte, a Lei 12.485/2011 não inova por completo na ordem jurídica, de modo que não se concebe possível excluir do ordenamento norma jurídica, tida como constitucional pelos Poderes Executivo e Legislativo, exclusivamente por razões de ordem empírica, sem o devido aprofundamento argumentativo e probatório, por parte dos proponentes e intimados, uma vez que se fala de controvérsia abstratamente suscitada em processo de índole objetiva.

Noutro tópico, acerca da restrição à participação de estrangeiros, convém reproduzir o art. 10, *caput* e §1º, da lei impugnada, *in verbis*:

“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,

ADI 4923 / DF

cabendo à Agência zelar pelo sigilo destas.

§ 2º Para a finalidade de aferição do cumprimento das obrigações previstas nos arts. 16 a 18 desta Lei, as programadoras e empacotadoras deverão publicar, nos seus sítios na rede mundial de computadores, a listagem atualizada dos conteúdos audiovisuais e canais de programação disponibilizados, respectivamente, incluindo sua classificação em conformidade com os tipos definidos nesta Lei.

§ 3º Para efeito do cumprimento do disposto no Capítulo V, a Ancine poderá solicitar à programadora documentos comprobatórios de que o conteúdo exibido é brasileiro, incluindo o Certificado de Produto Brasileiro, para os casos de que trata a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001.”

Sendo assim, não julgo a existência de violação ao princípio da igualdade, tendo em vista a ocorrência de finalidade constitucional suficiente para justificar a situação de desigualdade. Embora da mesma realidade não se trate, conforme já demonstrado, a teleologia constitucional do art. 222 revela preocupação constituinte clara com a soberania nacional e a relevância das empresas de comunicação na formação da opinião pública e no que se compreende como objetividade factual dos acontecimentos de repercussão social, nos seguintes termos:

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

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

ADI 4923 / DF

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

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

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

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

Nesse caso, a réplica dessa finalidade em relação à gestão, responsabilidade editorial e seleção de programação e empacotamento guarda razoabilidade e não encontra impeditivo de índole constitucional.

RESTRICÇÕES À CONCORRÊNCIA E A DEFESA DO CONSUMIDOR

Com vistas a evitar situações de abuso do poder econômico e concentração excessiva do mercado relevante, o marco regulatório em questão traz a proibição da verticalização da cadeia produtiva e da propriedade ou controle acionário concomitante de prestadoras de serviço de telecomunicações por concessionárias ou permissionárias de radiodifusão sonora e de sons e imagens ou produtoras e programadoras, e vice-versa, com diferenciais de percentual.

Confirmam-se os dispositivos em comento:

“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

ADI 4923 / DF

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.”

Nesses termos, a nosso sentir, a legislação em tela nada mais fez do que concretizar no plano legal os comandos constitucionais dirigidos aos agentes econômicos de maneira geral e aos meios de comunicação de maneira específica, nos termos hauridos dos seguintes dispositivos de natureza constitucional:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

IV - livre concorrência;

Art. 173 (*omissis*)

ADI 4923 / DF

§ 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.”
(grifos nossos)

No tocante à liberdade na atividade de distribuição por meio do serviço de acesso condicionado, independentemente de licitação prévia, não comungo das premissas dos Autores, notadamente a natureza jurídica do serviço e a inviabilidade técnica por escassez de infraestrutura.

Veja-se o art. 29 da legislação impugnada:

“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.”

Conforme já posto ao tratar dos poderes da Ancine, não é possível equiparar o setor audiovisual, inclusive a distribuição, aos serviços públicos de sons e imagens de acesso incondicionado e respectivos processos administrativos de concessão e permissão. Portanto, por falta de óbice constitucional, opera-se a regra geral esculpida no parágrafo único do art. 170 da Constituição da República segundo a qual “*É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica,*

ADI 4923 / DF

independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

Ademais, em relação ao tempo máximo de publicidade comercial, há impugnação no sentido de cerceamento à livre disposição da empresa, na condição de atividade econômica, uma vez que a exposição de publicidade como fonte relevante de receita dos meios de comunicações deve observar estritamente os critérios mercadológicos. Translada-se a dicção do art. 24 da Lei 12.485/2011:

“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.”

Retomando o direito ao acesso à comunicação audiovisual, a norma em questão busca resguardar o telespectador como consumidor de cultura, ao estabelecer um teto à exibição de publicidade comercial, resguardada a discricção em lapsos temporais inferiores. Nesse sentido, posta a finalidade de proteção ao consumidor, julgo não haver qualquer elemento constitucional com aptidão para infirmar a liberdade de conformação legislativa exercida no particular.

O mesmo raciocínio protetivo consumerista e de predominância das escolhas legislativas prevalece na questão da distribuição gratuita de canais de programação de distribuição obrigatória em todos os pacotes da TV por assinatura. Dever positivado no art. 32 da lei em tela:

“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

ADI 4923 / DF

todos os pacotes ofertados, canais de programação de distribuição obrigatória para as seguintes destinações:

I - canais destinados à distribuição integral e simultânea, sem inserção de qualquer informação, do sinal aberto e não codificado, transmitido em tecnologia analógica pelas geradoras locais de radiodifusão de sons e imagens, em qualquer faixa de frequências, nos limites territoriais da área de cobertura da concessão;

II - um canal reservado para a Câmara dos Deputados, para a documentação dos seus trabalhos, especialmente a transmissão ao vivo das sessões;

III - um canal reservado para o Senado Federal, para a documentação dos seus trabalhos, especialmente a transmissão ao vivo das sessões;

IV - um canal reservado ao Supremo Tribunal Federal, para a divulgação dos atos do Poder Judiciário e dos serviços essenciais à Justiça;

V - um canal reservado para a prestação de serviços de radiodifusão pública pelo Poder Executivo, a ser utilizado como instrumento de universalização dos direitos à informação, à comunicação, à educação e à cultura, bem como dos outros direitos humanos e sociais;

VI - um canal reservado para a emissora oficial do Poder Executivo;

VII - 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;

VIII - um canal comunitário para utilização livre e compartilhada por entidades não governamentais e sem fins lucrativos;

IX - um canal de cidadania, organizado pelo Governo Federal e destinado para a transmissão de programações das comunidades locais, para divulgação de atos, trabalhos, projetos, sessões e eventos dos poderes públicos federal,

ADI 4923 / DF

estadual e municipal;

X - um canal legislativo municipal/estadual, reservado para o uso compartilhado entre as Câmaras de Vereadores localizadas nos Municípios da área de prestação do serviço e a Assembleia Legislativa do respectivo Estado ou para uso da Câmara Legislativa do Distrito Federal, destinado para a divulgação dos trabalhos parlamentares, especialmente a transmissão ao vivo das sessões;

XI - um canal universitário, reservado para o uso compartilhado entre as instituições de ensino superior localizadas no Município ou Municípios da área de prestação do serviço, devendo a reserva atender a seguinte ordem de precedência:

- a) universidades;
- b) centros universitários;
- c) demais instituições de ensino superior.”

Ainda nessa temática, não nos parece coerente a argumentação de desvantajosidade do serviço de radiodifusão e audiovisual em relação ao congêneres de acesso condicionado. Isso porque a simplificação da realidade do consumidor tende a aumentar o universo de telespectadores e, por consequência, receitas oriundas de publicidade comercial realizada durante a programação regular. Assim, ao meu juízo, a relação de competição direta pressuposta na impugnação revela-se falsa.

DISPOSITIVO

Ante as razões expostas, por não compreender vício de constitucionalidade no objeto impugnado, julgo improcedentes as ações diretas de inconstitucionalidade.

É como voto.

05/08/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.923 DISTRITO FEDERAL

DEBATE

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Vossa Excelência está julgando improcedente a ação? Porque esse era o ponto de divergência. Esta ação foi julgada parcialmente procedente apenas para o artigo 25.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Isso.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Logo, considerando-a constitucional, Vossa Excelência conclui pela improcedência da ação.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Improcedência total da ação.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Em sua integralidade.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Nesse ponto, especificamente...

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - No que ele declarou inconstitucional?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Não. Foi o único ponto.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Mas era o único ponto inconstitucional. Então...

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Foi o único ponto declarado inconstitucional. Portanto, estou manifestando a minha posição pela constitucionalidade do dispositivo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Por isso estou dizendo que a conclusão de Vossa Excelência é pela improcedência da ação **in totum**.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Pela improcedência da ação.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - O eminente Relator apenas destacou o artigo 25.

ADI 4923 / DF

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - É isso mesmo. Julguei procedente parcialmente porque considerei só esse artigo inconstitucional.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Eu estou votando no sentido de não considerar nem mesmo esse artigo inconstitucional.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - É totalmente improcedente.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Por isso estou dizendo que Vossa Excelência conclui pela improcedência.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Improcedência total.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Da ação. Obrigado.

05/08/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.923 DISTRITO FEDERAL

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Senhor Presidente, pela ordem. Também comungo dessa opinião do eminente Ministro Fachin no sentido de que há o espaço de conformação legislativa e até uma deferência ao legislador nessa matéria, quiçá por falta de capacidade institucional do Judiciário para estabelecer o marco regulatório de TV por assinatura. Já conhecer o direito por presunção, ele todo, já é muito. Imagine conhecermos toda essa gama de especialidades que gravitam em torno do serviço de acesso à televisão (acesso condicionado).

Então, muito embora haja deferência, o Supremo Tribunal Federal, com toda a deferência, assume o papel contramajoritário quando se volta contra a manifestação do Parlamento. E esse papel contramajoritário é exercido por meio da fiscalização abstrata das leis. E nesse afã e nesse mister, nós nos valem de vários critérios, dentre outros o da razoabilidade, que foi exatamente o ponto em que considerei esse artigo inconstitucional.

Digo eu, *in caso*:

"O artigo 25 da lei proíbe a oferta de canais que veiculem publicidade comercial direcionada ao público brasileiro contratada no exterior por agência de publicidade estrangeira, estabelecendo uma completa exclusividade em proveito das empresas brasileiras e não apenas preferência percentual, sem prazo para ter fim" - ex vi do artigo 41 - "e despida de qualquer justificação que indicasse a vulnerabilidade das empresas brasileiras de publicidade (...)."

Senhor Presidente, as empresas brasileiras de publicidade fazem publicidade no exterior. São contratadas no exterior.

Então, nesse particular, não me pareceu que a aferição dessa regra perpassasse pelo princípio da razoabilidade à luz do princípio da

ADI 4923 / DF

isonomia, porque, na verdade, não tem justificativa praticamente obrigar que os canais tenham de veicular propagandas elaboradas por agências brasileiras. As agências brasileiras não são vulneráveis, não são hipossuficientes. Isso nem arranha princípio nenhum.

No voto, eu me fiz entender nesse sentido e, como eu tenho a certeza de que inúmeros Colegas tiveram a oportunidade de ler o voto, eu peço vênia, apesar das ponderáveis razões do Ministro Fachin, para entender como absolutamente injustificado apenas esse dispositivo, e toda a lei constitucional, mas esse dispositivo realmente não tem justificativa constitucional à luz exatamente do princípio da isonomia e da razoabilidade em seu núcleo essencial.

05/08/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.923 DISTRITO FEDERAL

DEBATE

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Ministro Fux, sem querer polemizar e apenas numa primeira mirada sobre o que dispõe a Constituição no tangente à comunicação social, no artigo 221, eu vejo que lá se consigna o seguinte:

“Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

[...]

II – promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;”

Depois, no § 3º deste mesmo artigo, estabelece o seguinte:

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

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Aqui não é produção, aqui é publicidade.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - O dispositivo (ininteligível) de publicidade, não é conteúdo de programação.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Na verdade, aqui trata-se de uma comunicação social.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas, aqui, é porque é proteção de conteúdo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Ministro Lewandowski, aliás, a lei toda foi considerada constitucional exatamente porque ela protege a indústria nacional. Só nesse caso é que não houve nenhuma justificativa que pudesse embasar essa discriminação. Quer

ADI 4923 / DF

dizer, só pode passar na televisão brasileira publicidade contratada com agência brasileira, quando as agências de publicidade brasileiras - nós ouvimos todos os dias - produzem comerciais em todo o mundo. As maiores agências de publicidade são as brasileiras.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Porque são ótimas.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ganham prêmios, seguidamente, no mundo todo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Em matéria de criação, as empresas brasileiras são ótimas.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - E não tem justificativa isso.

Então eu peço vênia para manter esse aspecto, muito embora ponderáveis as razões do eminente Ministro Luiz Edson Fachin.

05/08/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.923 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Senhor Presidente, também atentei para esse dispositivo que chamou a atenção do Ministro Fachin para chegar à conclusão que, em última análise, ele estabelece uma reserva de mercado numa matéria em que não se justifica porque, em matéria de programação e proteção do conteúdo, em última análise, você pode estar protegendo a cultura nacional e até a soberania nacional; mas, em matéria de publicidade, essa é uma atividade essencialmente econômica.

Quer dizer, uma característica do capitalismo brasileiro, esse que nós ainda não conseguimos implantar, é que nós temos um capitalismo que é avesso ao risco e à concorrência. Ele é avesso ao risco porque gosta de financiamento público e é avesso à concorrência porque gosta de reserva de mercado. As duas coisas são incompatíveis com um modelo de economia aberta.

De modo que eu acho que, no particular, essa reserva de mercado, como diz o voto do Ministro Luiz Fux, violaria - desequiparando, de maneira irrazoável, nacionais e estrangeiros, portanto, o princípio da isonomia - a própria livre iniciativa.

De modo que eu estou acompanhando integralmente o voto do Ministro Luiz Fux.

Eu só tenho uma observação que é a título de **obiter dictum** e talvez até já seja assim na prática, mas eu gostaria de deixar pontuado: é que o artigo 21, considerado constitucional, ele prevê a flexibilização ou dispensa do conteúdo mínimo nacional por decisão discricionária da ANCINE. E, aí, a norma não oferece nenhum tipo de balizamento, portanto, é uma competência discricionária sem *standart*. Ainda quando isso puder ser aceitável, eu acho que idealmente deveria haver uma norma geral, ainda que da própria ANCINE, mas, sobretudo, e esse ponto

ADI 4923 / DF

eu gostaria de enfatizar, uma decisão como essa tem que ser legitimada pelo menos pelo procedimento, pela transparência. De modo que, se a ANCINE pode escolher alguns *players* e dispensar do cumprimento das exigências de conteúdo mínimo nacional, eu penso que ela tem um dever de justificação analítica dos motivos pelos quais está dispensando, sob pena de poder produzir favorecimentos ou perseguições eventuais.

De modo que, sem considerar a norma inconstitucional, Ministro Fux, eu apenas agrego a minha interpretação de que esta competência da ANCINE, de dispensar determinadas empresas de cumprir o requisito do conteúdo mínimo, tem que ser fundamentada e divulgada publicamente com transparência para impedir favorecimentos.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - É, Senhor Presidente, aqui me baseei na prática. Inclusive, indicando o portal onde essa prática é sempre motivada, mas eu não tenho nenhuma oposição de fazer incluir, na própria ementa do voto, um **obiter dictum** nesse sentido. Estou de acordo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Portanto, Presidente, eu estou acompanhando integralmente o voto do eminente Relator.

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, em primeiro lugar, eu gostaria de parabenizar o Ministro Luiz Fux pelo excelente voto que produziu, exaustivo voto, numa matéria que é manifestamente de compreensão difícil, porque envolve aspectos técnicos importantes.

No que se refere ao art. 25, também vou pedir vênias ao Ministro Fachin para acompanhar o Relator. O art. 25 diz o seguinte:

"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."

Então, trata-se de um dispositivo que, evidentemente, está criando uma reserva de mercado. A criação de quota mínima de conteúdo nacional para a programação audiovisual tem sentido, porque viabiliza a propagação da cultura nacional, mas o mesmo não se pode dizer do estabelecimento de reserva de mercado para agências de publicidade nacional. Não parece haver aí, nem de modo mediato, a realização de qualquer finalidade respaldada pela Constituição Federal. Criou-se uma heterodoxa espécie de agenciamento obrigatório das obras publicitárias internacionais por empresas brasileiras. Esse é o sentido desse dispositivo, e eu não vejo nenhuma

compatibilidade disso com a Constituição Federal.

De modo que eu vou acompanhar o Relator também nesse ponto. Esse é o meu voto, Senhor Presidente.

Publicado sem revisão.

05/08/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.923 DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, eu também fiz alguns apontamentos por escrito, vou juntá-los aos autos, em especial no que diz respeito ao papel da Ancine na regulação das TVs por assinatura e, destacando esse aspecto, o chamado poder normativo das agências reguladoras, distinguindo um pouco as atividades de regulamentação da de regulação e, no que pertine, em confronto ou por oposição à legislação, ao legislar, especificamente.

E essas observações que faço, que trouxe por escrito, elas vêm todas ao encontro da fundamentação do brilhante voto do Ministro Luiz Fux, referendando a posição de Sua Excelência e a ela aderindo, no sentido da constitucionalidade desses artigos apontados, com ressalva, e aqui eu peço vênia ao eminente Ministro Fachin, do art. 25, porque também entendo que esse dispositivo, na verdade, traduz uma reserva de mercado que, no caso das agências de publicidade, como agora bem destacou o Ministro Teori Zavascki, a meu juízo, não se justifica. Diferente da situação das cotas que dizem com a preservação da cultura nacional.

É como voto, Presidente, pela procedência parcial, exclusivamente no que diz a procedência com o art. 25.

05/08/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.923 DISTRITO FEDERAL**VOTO**

A Senhora Ministra Rosa Weber: Senhor Presidente, são impugnados, nas ações diretas de constitucionalidade em julgamento, diversos dispositivos da **Lei nº 12.485/2011**, que, ao dispor sobre a “comunicação audiovisual de acesso condicionado”, disciplina a prestação dos serviços comumente chamados de **televisão por assinatura**.

Tendo em vista o teor dos dispositivos impugnados, reputo pertinentes, para o devido equacionamento das questões constitucionais endereçadas a esta Corte, fazer alguns apontamentos que dizem respeito, em especial, ao papel da ANCINE na **regulação** da atividade das TVs por assinatura, destacando o dimensionamento do **poder normativo** das agências reguladoras.

Na **ADI 4679**, proposta pela agremiação política Democratas - DEM, é questionada a constitucionalidade dos arts. 9º, parágrafo único, 10, 12, 13, 15, na parte em que acrescenta o inciso VIII ao art. 7º da Medida Provisória nº 2.228-1/2001, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 31, 32, §§ 2º, 13 e 14, 36, e 37, §§ 5º, 6º e 7º, da Lei nº 12.485/2011. Requer, ainda, seja conferida ao art. 29 da Lei 12.485/2011 interpretação conforme os arts. 21, XI, 175, *caput*, e 37, *caput* e XXI, da Constituição, a fim de fixar a exegese de que não afasta a necessidade de licitação prévia.

Na **ADI 4747**, a Associação NEOTV requer seja declarada a inconstitucionalidade dos arts. 5º, *caput* e § 1º, 6º, *caput*, I e II, 37, §§ 1º, 5º, 6º, 7º e 11 da Lei 12.485/2011. Além disso, pugna pela concessão de interpretação conforme a Constituição ao art. 29 da Lei 12.485/2011, a fim de que seja fixada a exegese de que a sua incidência não afasta a necessidade de prévio certame licitatório para a outorga de novas autorizações para a prestação dos serviços de acesso condicionado.

A **ADI 4756**, ajuizada pela Associação Brasileira de Radiodifusores - ABRA, tem como objeto a declaração de inconstitucionalidade dos arts.

ADI 4923 / DF

5º, *caput* e § 1º, 6º, *caput*, I e II, 9º, parágrafo único, 10, §§ 1º e 3º, 12, *caput* e parágrafo único, 13, *caput* e parágrafo único, 15, 16, 17, *caput* e parágrafos, 18, *caput* e parágrafo único, 19, *caput*, parágrafos e incisos, 20, *caput* e incisos, 21, 22, 23, *caput* e incisos, 25, § 1º, 31, *caput*, 32, §§ 2º, 12 e 13, 36, *caput*, parágrafos e incisos, 37, §§ 1º, 5º, 6º, 7º e 11, e 42, *caput*, da Lei 12.485/2011, além de interpretação conforme a Constituição do art. 29 da Lei 12.485/2011, para que lhe seja atribuída exegese no sentido de que não afasta a necessidade de prévio certame licitatório para a outorga de novas autorizações para a prestação dos serviços de acesso condicionado.

E, na **ADI 4923**, de autoria da Associação Brasileira de Televisão por Assinatura em UHF – ABTVU, o pedido, mais restrito, circunscreve-se à declaração de inconstitucionalidade das expressões “até o término dos prazos de validade neles consignados”, contida no § 1º do art. 37 da Lei nº 12.485/2011 e “não sendo objeto de renovação adicional”, no § 11 do art. 37 da Lei nº 12.485/2011.

Em síntese apertada, as principais alterações introduzidas pela **Lei nº 12.485/2011** foram a instituição de um **marco regulatório** para o setor, sob a supervisão da **Agência Nacional do Cinema - ANCINE**, o estabelecimento de um novo **regime de outorgas** para a atividade e a definição de **cotas para a veiculação de conteúdo nacional**.

Consoante antecipado, concentro minhas ponderações no aspecto concernente ao papel da ANCINE na **regulação** das atividades do setor de TVs por assinatura.

Em quase todo o mundo, a atividade regulatória da Administração desempenha papel fundamental na proteção dos direitos e interesses individuais e coletivos.

Com efeito, o escopo da competência normativa das agências reguladoras, bem como as suas repercussões sobre os princípios da **legalidade**, da **separação de poderes** e da **legitimação democrática** das decisões políticas, tem sido tema de vasto e rico debate doutrinário no âmbito do direito público contemporâneo. Pode-se afirmar, nesse sentido, que à medida em que amplia seu alcance para além da disciplina da estrutura e do funcionamento da Administração Pública, passando a lidar

ADI 4923 / DF

com a regulação estatal de relações entre particulares, o direito administrativo acumula razões para se submeter à observância de categorias tipicamente constitucionais, como a **legitimidade democrática** e os limites impostos pelos **direitos fundamentais**.

O desenvolvimento da regulação social, em sentido amplo, é tributário de uma gradual sofisticação do conceito de poder de polícia da Administração. Fenômeno moderno, seu desenvolvimento acompanha o incremento na complexidade das próprias relações sociais. Assim, não fosse o advento dos automóveis e das rodovias, normas de trânsito hoje absolutamente comezinhas, indispensáveis à organização do tráfego de veículos e à segurança de passageiros, motoristas e pedestres, seriam condenadas como arbitrárias e desarrazoadas. Diretrizes de zoneamento urbano, ao imporem restrições ao uso e à ocupação do solo em determinadas áreas, seriam tidas como arbitrárias intervenções na propriedade se não constituíssem verdadeiras exigências do crescimento populacional e a concentração das pessoas em aglomerados urbanos, sob pena de termos cidades incapazes de fornecer mínimos padrões de qualidade de vida e bem estar aos seus habitantes.

O advento das agências reguladoras setoriais – *“autarquias especiais que desempenham funções administrativas, normativas e decisórias, dentro de um espaço de competências que lhes é atribuído por lei”*¹ – representa inegável aperfeiçoamento da arquitetura institucional do Estado de direito contemporâneo no sentido do oferecimento de uma resposta da Administração Pública para fazer frente à complexidade das relações sociais verificadas na modernidade. A exigência de agilidade e flexibilidade cada vez maiores do Estado diante das ininterruptas demandas econômicas e sociais que lhe são direcionadas levou à emergência de estruturas administrativas relativamente autônomas e independentes – as chamadas agências – dotadas de mecanismos aptos e eficazes para a regulação de setores específicos, o que inclui a competência para editar atos qualificados como normativos. Consoante o magistério de Alexandre Santos de Aragão:

1 BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional – volume III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ADI 4923 / DF

“A necessidade de descentralização normativa, principalmente de natureza técnica, é a razão de ser das entidades reguladoras independentes, ao que podemos acrescentar o fato de a competência normativa, abstrata ou concreta, integrar o próprio conceito de regulação.”²

O **Estado regulador**, assim chamado em oposição tanto ao modelo de Estado ausente quanto ao modelo de Estado produtor de bens e serviços, não só estabelece as regras necessárias ao adequado funcionamento de setores econômica e socialmente relevantes, como fiscaliza o seu cumprimento, mediante o exercício do **poder de polícia**.

Nesse quadro, não se pode deixar de considerar que *“a ação disciplinadora dos entes reguladores tornar-se-ia inócua e restariam frustradas as razões de sua instituição, se tais órgão se restringissem à prática de atos repressivos, por exemplo, sem poder elaborar normas de caráter geral”*, uma vez que *“as agências reguladoras precisam dispor de meios de atuação, de poderes compatíveis com as funções que lhes foram outorgadas”*³.

A **regulação** de uma **atividade econômica**, ainda que de um setor relacionado à comunicação, **não traduz, em si, ofensa aos arts. 5º, caput, II, IV, V, VI, IX, XII, XIII, XIV, XXII e XVII, 170, caput, IV e V, e 220 da Constituição da República**, em absoluto constituindo censura ou embaraço à manifestação do pensamento, à criação, à expressão e à informação.

A **Lei nº 12.485/2011** consubstancia um conjunto de medidas constitucionalmente legítimas, **à luz dos arts. 21, XI, 170, parágrafo único, 172, 174 e 216, § 3º, da Carta Política**, proporcionais e com evidente vocação democrática, visando a cumprir o mandamento constitucional concernente à **defesa e à valorização da cultura brasileira (art. 215, § 3º, I, da CF)**.

2 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

3 CUÉLLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e Seu Poder Normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

ADI 4923 / DF

O escopo do modelo regulatório adotado no Brasil não se reduz à regulação concorrencial, não se limita à correção das chamadas “falhas de mercado”, incorporando também instrumentos necessários para o atingimento de objetivos gerais de interesse público: **regulação social**, e não apenas econômica.

Por outro lado, também não se resume ao modelo clássico da regulação de serviços públicos (*utility regulation*) que inspirou a criação de agências reguladoras setoriais concomitantemente ao processo, iniciado nos anos 1990, de desestatização da exploração de atividades econômicas titularizadas pelo Estado, como telefonia e energia elétrica.

Nesses casos, a atividade regulatória incide sobre o que os administrativistas chamam de **relação de sujeição especial**, na qual, mediante a celebração de um contrato de concessão, o administrado assente formalmente com um grau mais intenso de ingerência do Estado, que é o titular da atividade que ele pretende explorar. Nessa modalidade de vínculo administrativo, o contrato de concessão emerge como **justo título** a autorizar menor rigidez na incidência do princípio da legalidade estrita, legitimando, conseqüentemente, a maior discricionariedade da Administração na elaboração das regras de regência da relação jurídica.

O poder de polícia da administração, no entanto, manifesta-se tanto pela prática de atos específicos de efeitos concretos quanto pela **edição de atos normativos abstratos e de alcance generalizado**.⁴ Não se mostra estranha ao poder geral de polícia da Administração, portanto, a competência das agências reguladoras para editar atos normativos visando à organização e à fiscalização das atividades por elas reguladas.⁵

Expressa o poder de polícia, todavia, um **poder-dever de agir nos exatos limites da lei**. No desempenho de função tipicamente de polícia, conforma-se a atuação da Administração à imposição de “*restrições e condicionamentos legalmente instituídos sobre o exercício das liberdades e dos*

4 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Apontamentos sobre o poder de polícia. In Revista de Direito Público, n. 9.

5 ARAGÃO, Alexandre Santos de; SAMPAIO, Patrícia R. P. Omissão no exercício do poder normativo das agências e a concorrência desleal. In ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). O Poder Normativo das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ADI 4923 / DF

*direitos fundamentais, com a finalidade de possibilitar uma convivência harmoniosa e produtiva em termos de segurança, salubridade, decoro e estética*⁶.

No exercício da função de polícia, em seu sentido tradicional, *“a Administração figura no vínculo jurídico como autoridade pública, utilizando-se de seu poder de império, de sua supremacia perante todos os cidadãos, enquanto exercente de uma função pública, voltada a curar os interesses da coletividade”*⁷. Ao contrário da regulação de relações de sujeição especial, não existe, no caso da regulação de **relações jurídicas de sujeição geral**, justo título autorizando o abandono da **legalidade estrita**.

Nessa linha de raciocínio, quando incidente sobre atividade titularizada pela iniciativa privada, o poder normativo da Administração não terá a mesma extensão que o exercido na regulação da exploração por particular de uma atividade ou bem titularizados pelo próprio Estado. Ainda que parem, sobre a atividade econômica desempenhada em regime privado, motivos de interesse público justificadores da intervenção, *“não poderá o Poder Público impor regulação que faça com que as autorizações operativas típicas desta modalidade regulatória equivalham a verdadeiras concessões, a uma publicatio, ou seja, não pode o Poder autorizante ter poderes correspondentes aos que existiriam se a atividade fosse um serviço público, sob pena de incidir em fraude à Constituição”*⁸.

É certo que **não se confunde, a função normativa das agências reguladoras**, com a função tradicionalmente exercida pela Administração de **regulamentar as leis** de modo a viabilizar o seu cumprimento (**art. 84, IV, da Lei Maior**) e nem com a figura do **regulamento autônomo** (**art. 84, VI**). A respeito das aproximações e distanciamentos entre regulação e regulamentação, anota Marcos Juruena Villela Souto:

6 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Administração Indireta e sua Eficiência. In MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva e MEYER-PFLUNG, Samantha Ribeiro (Coords). A Intervenção do Estado no Domínio Econômico: condições e limites. São Paulo: LTr, 2011.

7 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. “A ANEEL e Serviços de Energia Elétrica” In SUNDFELD, Carlos Ari. São Paulo: Malheiros, 2000.

8 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ADI 4923 / DF

“Ainda que os limites e condições impostos à edição de ‘regulamentos autônomos’ se apliquem integralmente às normas regulatórias, não há que se confundir ambas as espécies de atos normativos; o regulamento, autônomo ou não, é emanado de autoridade política, sem compromisso de neutralidade; **a norma regulatória, (...), traça conceitos técnicos, despidos de valoração política (que deve estar contida na norma a ser implementada)**; deve ser equidistante dos interesses em jogo, resultando de uma ponderação entre os custos e os benefícios envolvidos (daí deve ser necessariamente motivada e editada, preferencialmente, por agente ‘independente’, i.e. protegido contra pressões políticas)”.⁹ (destaquei)

Apesar de não identificadas aos regulamentos de que tratam os art. 84, IV e VI, da Constituição da República (o que não impede parte da doutrina de sublinhar a existência de pontos de contato entre os institutos), tampouco são vocacionadas, as normas editadas pelas agências no exercício da atividade regulatória, a traduzir espécies **normativas primárias**.¹⁰ A liberdade de ação – ou discricionariedade normativa – das agências reguladoras encontra limites nos objetivos fixados na lei e nas políticas públicas estabelecidas pela Administração central.¹¹

“Os atos normativos das agências reguladoras (...), dando executoriedade às políticas públicas escolhidas, expressas em leis finalísticas, **especificarão** os direitos e obrigações impostas por lei aos particulares. Note-se que **a estatuição primária, autônoma, continua sendo da lei** que dita diretrizes/objetivos/princípios. (...) Os atos normativos de

9 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

10 CARDOSO, Henrique Ribeiro. *Controle da Legitimidade da Atividade Normativa das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

11

ADI 4923 / DF

direito regulatório deverão pautar-se pelas finalidades estabelecidas na lei de instituição da referida agência, e deverão atender requisitos formais – respeito a normas do processo de criação – e **materiais – atendimento de finalidade específica e proporcionalidade.**¹²

A **função normativa das agências reguladoras**, notadamente quando atinge **direitos e deveres dos administrados** ligados ao Estado tão somente por vínculo de sujeição geral, subordina-se necessariamente ao direito posto, à lei, que deverá *“definir as metas principais a serem perseguidas, os princípios a serem observados, os limites de atuação, os contornos das atividades das Agências Reguladoras, as finalidades a que foram instituídas, conceituando-lhes sua margem de atuação”*¹³. Não é por outra razão que, embora dotadas de considerável autonomia,¹⁴ a medida da **competência normativa** em que são investidas as **agências reguladoras** será aquela **perfeitamente especificada nas leis** – atos do Parlamento – pelas quais são criadas.¹⁵ Colho, nessa linha, consistentes lições doutrinárias. Gustavo Binembojm aborda com propriedade o *status* jurídico das agências reguladoras diante da **primazia do princípio da legalidade**:

“O princípio da legalidade serve tanto à autonomia pública dos cidadãos (democracia) como a sua autonomia privada (liberdade). Por seu intermédio, os cidadãos podem se tornar autores das suas próprias normas de direito (autonomia pública) e defender a sua vida particular de indevidas interferências externas (autonomia privada). Em uma palavra, por meio do império da lei, os cidadãos se tornam senhores do seu destino coletivo (democracia) e individual (liberdade). Esta, a dimensão substantiva do princípio da legalidade.

A legalidade administrativa se presta não apenas a

12

13

14

15

ADI 4923 / DF

proteger a liberdade dos indivíduos (CF, art. 5º, II) como para limitar a atuação da autoridade administrativa (CF, art. 37, *caput*). A dupla alusão ao princípio da legalidade na Carta de 1988 – no art. 5º, II, e no art. 37, *caput* – não é, portanto, ociosa. É que, enquanto para os particulares legalidade significa poder fazer tudo que a lei não proíbe (art. 5º, II), para a Administração Pública legalidade significa só poder fazer o que a lei prescreve. A lei serve, assim, de limite e condição para o legítimo exercício da atividade administrativa. Por isso se costuma dizer que, em Direito Administrativo, a legalidade se apresenta como uma vinculação positiva à lei: a norma legal cumpre o duplo papel de servir de fundamento de validade para a ação do administrador e, ao mesmo tempo, o de traçar os limites da sua atuação.

A circunstância de as agências reguladoras gozarem de um acentuado grau de autonomia não tem o condão de subverter a clássica hierarquia existente entre atos legislativos e atos administrativos. Em última análise, todo e qualquer ato emanado de órgão ou entidades da Administração Pública está sujeito ao princípio da legalidade, inscrito no art. 37, *caput*, da Constituição da República.”¹⁶

Para Benedicto Porto Neto, na mesma linha,

“(…) a pura e simples delegação de competência normativa para a Administração não é comportada pelo ordenamento jurídico. A lei não pode simplesmente autorizar que a Administração Pública exerça a função normativa. **Seria verdadeiro despropósito admitir que a Constituição repartisse as funções do Estado (função legislativa, executiva e jurisdicional) para permitir que, posteriormente, o legislador as reunisse num ou noutro ente.**

Não é possível admitir que o princípio da legalidade, uma garantia constitucional, seja esvaziado por ato do próprio legislador.

ADI 4923 / DF

(...) no entanto, esta circunstância é muito diferente daquela em que o legislador define, na própria lei, alguns *standards* (parâmetros) que devam ser observados pela Administração Pública na expedição de normas gerais e abstratas.

É legítima a outorga de competência normativa para a Administração quando a própria lei fixe estes parâmetros de forma clara e completa, fazendo com que ela exerça essa competência em conformidade com a vontade do legislador (ou da lei). Ou seja, **devem estar contidos na própria lei os princípios, os limites da atuação da Agência no exercício da competência normativa e as finalidades que devem, por meio delas, ser alcançadas.**¹⁷

Arnoldo Wald e Luiza Rangel de Moraes chamam atenção para o fato de que, na previsão de competência normativa a entes reguladores, *“há de ser preservado o Estado de Direito, evitando atribuições que ostentem caráter absoluto, situação de sujeição indefinida de determinadas pessoas aos poderes públicos, distorcendo, assim, a regra geral de que as restrições às liberdades constituem uma exceção ao sistema de direitos e garantias constitucionais”*¹⁸.

José Adércio Leite Sampaio, discorrendo sobre os limites materiais dos regulamentos editados pelo Poder Executivo de um modo geral, fornece considerações pertinentes ao devido dimensionamento do âmbito da produção normativa das agências reguladoras em particular:

“Ficam de fora de sua atribuição normativa, portanto, as modificações de disposições normativas primárias ou, simplesmente, a criação no ordenamento jurídico de direitos ou de obrigações jurídicas destinadas a vincular fora dos círculos da própria Administração. Não pode, assim, facultar o que a lei proíbe, nem ordenar o que a lei não obriga; tampouco limitar, modificar ou ampliar direitos, deveres, ações ou

17

18

ADI 4923 / DF

exceções, tornar exemplificativo o que é taxativo ou suspender ou adiar a execução da lei, instituir tribunais ou criar autoridades públicas, nem tampouco estabelecer formas de exteriorização de um ato diferentes daquelas determinadas pela lei.”¹⁹ (destaquei)

Na mesma linha, pontifica Celso Antônio Bandeira de Mello:

“(…) o **princípio da legalidade**, além de assentar-se na própria estrutura do Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo, está radicado especificamente nos arts. 5º, II, 37, caput, e 84, IV, CF. Estes dispositivos atribuem ao princípio em causa uma compostura muito estrita e rigorosa, não deixando válvula para que o Executivo se evada de seus grilhões. É, aliás, o que convém a um país de tão acentuada tradição autocrática, despótica, na qual o Poder Executivo, abertamente ou através de expedientes (...) viola de modo sistemático direitos e liberdades públicas e tripudia à vontade sobre a repartição de poderes (...). Logo, a **Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja. Vale dizer, não lhe é possível expedir regulamento, instrução, regulação, portaria ou seja lá que ato for para coartar a liberdade dos administrados, salvo se em lei já existir delineada a contenção ou imposição que o ato administrado venha a minudenciar.**”²⁰ (destaquei)

A seu turno, observa Samantha Ribeiro Meyer-Pflug:

“O poder normativo do Poder Executivo consiste em regulamentar os ditames legais. O regulamento tem uma relação intrínseca com a lei em razão de seu caráter genérico (no sentido material), mas se diferencia dela na exata medida em

19

20

ADI 4923 / DF

que carece do caráter inovador das leis, ou seja, ele não tem a capacidade de inaugurar a ordem jurídica.

(...)

As agências reguladoras desfrutam de poder normativo, mas essa faculdade não pode ser confundida com a figura do decreto autônomo, pois **seus atos devem ter base legal**.

(...)

Não há como negar que **as agências reguladoras têm poder normativo precipuamente para editar normas de caráter técnico, específico, relativos à sua área de atuação**. Trata-se de um **poder normativo técnico e de caráter complementar**. Isso decorre do fato de o legislador não ter condições de descer às minúcias e especificidades técnicas de determinados setores econômicos (...). Tendo em vista justamente a complexidade que envolve esses setores é que se faz necessária a presença de agências reguladoras que normatizem essas questões técnicas e específicas, com efeitos *erga omnes*.

(...)

O poder normativo das agências decorre das próprias leis que as instituem, portanto, está-se diante de uma delegação que **não é incondicionada**, uma vez que há **parâmetros estabelecidos nos ditames legais**.²¹ (destaquei)

Embora apto a produzir atos normativos abstratos com **força de lei**, o **poder normativo** exercido pelas agências reguladoras vê os seus **limites materiais** condicionados aos parâmetros fixados pelo legislador. Assim,

“em tese, todo regramento editado por agências ou outro órgão autônomo não pode ir além do previsto em lei, não cabendo qualquer tipo de delegação legislativa ou de deslegalização em sentido próprio. A atribuição do poder regulador, seja em sede constitucional, seja legal, diz respeito a **questões de natureza técnica, restrita e pontual**, podendo ser desafiada por uma contestação judicial das medidas ou disciplinas adotadas em face das disposições legais pertinentes

ADI 4923 / DF

e do fundamento técnico apresentado.”²² (destaquei)

A norma regulatória preserva a sua **legitimidade** quando **cumpe o conteúdo material da legislação setorial**. Nesse exercício, pode, sim, conter regras novas, desde que preservada a ordem vigente de direitos e obrigações, que se impõe como limite ao agir administrativo: **regras novas, e não direito novo**. Consoante observa, com clareza, Marçal Justen Filho,

“O princípio da legalidade significa a **ausência de poder normativo da agência para instituir norma jurídica que não tenha sido, anteriormente, delineada legislativamente**. Como já destacado, a instituição de uma norma faz-se pela previsão de uma hipótese de incidência a que se vincula um mandamento. **O princípio da legalidade impõe que uma lei tenha previsto alguns aspectos da hipótese e o núcleo do mandamento normativo**. Caberá à agência complementar essa espécie de espaço normativo em branco, que se verifica a propósito da norma editada legislativamente.

Haveria usurpação de competência legislativa se a agência resolvesse criar uma hipótese de incidência e um mandamento normativo, sem que tal já estivesse previamente instituído em lei. É inconstitucional delegação de competência legislativa em que a lei atribua à agência o poder de criar hipóteses de incidência e mandamentos normativos.

(...)

Os dados fundamentais da hipótese de incidência e do mandamento normativo apenas podem ser veiculados por meio de lei. Não se admite que a lei estabeleça um padrão abstrato, preenchível pelos mais variados conteúdos, e remeta à agência seu desenvolvimento autônomo.”²³ (destaquei)

Tal entendimento doutrinário converge com a orientação afirmada

22

23

ADI 4923 / DF

pelo Plenário desta Casa. Ao apreciar a medida cautelar requerida na **ADI 1668/DF** (Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 16.4.2004), ajuizada em face de diversos dispositivos da **Lei nº 9.472/1997**, a **Lei Geral de Telecomunicações (LGT)**, e pela qual instituída a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de se debruçar sobre questões análogas às ora apresentadas, em particular ao deferir em parte os pedidos de liminar, **(i)** quanto ao **art. 19, IV e X**, para, sem redução de texto, dar-lhes interpretação conforme a Constituição Federal, com o objetivo de fixar exegese segundo a qual **a competência da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares** que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços públicos de telecomunicações no regime público e no regime privado; e **(ii)** quanto ao **art. 22, II**, para, também sem redução de texto, dar-lhe interpretação conforme a Constituição para fixar a exegese segundo a qual **a competência do Conselho Diretor fica submetida às normas gerais e específicas de licitação e contratação previstas nas respectivas leis de regência**, vencido o Ministro Moreira Alves, que os indeferia.

Os citados incisos IV e X do art. 19 da LGT enunciam a competência da ANATEL para “**expedir normas** quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público” (IV) e “**expedir normas** sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado” (X). Já o art. 22, II, fixa a competência do Conselho Diretor da Agência para “**aprovar normas** próprias de licitação e contratação”.

Na assentada, aderiu o Ministro Relator, em relação ao art. 19, IV e X, da Lei nº 9.472/1997, à posição inaugurada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, nos seguintes termos:

“Peço vênua ao eminente Relator, com relação aos incisos IV e X, para propor interpretação conforme. Estou de acordo com S. Exa., em que **nada impede que a Agência tenha funções normativas, desde, porém, que absolutamente subordinadas à legislação**, e, eventualmente, às normas de segundo grau, de

ADI 4923 / DF

caráter regulamentar, que o Presidente da República entenda baixar.

Assim, de acordo com o início do voto de S. Exa., entendo que nada pode subtrair da responsabilidade do agente político, que é o Chefe do Poder Executivo, a ampla competência reguladora da lei das telecomunicações.

Dou interpretação conforme para enfatizar que **os incisos IV e X referem-se a normas subordinadas à lei e, se for o caso, aos regulamentos do Poder Executivo.**" (destaquei)

Reajustado nessa parte, o voto do eminente Relator, Ministro Marco Aurélio, registra:

"Relativamente aos incisos IV e X, empresto a eles interpretação conforme à Carta da República, ou seja, **a atuação da Agência há de fazer-se de acordo com as normas de âmbito legal e regulamentar de regência.**"(destaquei)

Vale ressaltar, ainda, que o eminente Ministro Moreira Alves não aderiu à proposta de interpretação conforme a Constituição, ficando, portanto, vencido no aspecto, não porque entendesse compatível com a Constituição republicana interpretação diversa, que eventualmente atribuísse maiores amplitude e autonomia à competência normativa da agência reguladora, e sim porque, a seu ver, *"não há necessidade de interpretação conforme à Constituição para se dizer o óbvio"*.

Ao emprestar ao art. 22, II, da Lei Geral de Telecomunicações, interpretação consentânea com a Carta Política, sem redução do seu texto, consignou o Relator:

"A competência ora atribuída ao Conselho Diretor não há de resultar no afastamento das normas gerais e específicas de licitação previstas nas leis de regência. Deve ficar restrita ao atendimento de peculiaridades inerentes aos serviços, sem prejuízo, portanto, do sistema de licitação, tal como existente na ordem jurídica em vigor." (destaquei)

ADI 4923 / DF

Pertinente, ainda, a transcrição de excerto do voto convergente do Ministro Sepúlveda Pertence:

“Sr. Presidente, pode parecer uma interpretação óbvia, como outras que temos dado. O dispositivo fala numa experiência nova de Agência reguladora independente ou para-independente ou, pelo menos de regime especial; fala em **normas próprias que podem tanto ser de especificação do sistema legal em relação ao seu objeto próprio** – telecomunicações e todo esse mundo de serviços postos sob a disciplina dessa Agência –, mas, também, normas que excepcionem no sistema legal. Julgo prudente dizer que é no primeiro sentido que se podem expedir essas **normas sub-regulamentares.**” (destaquei)

Mais recentemente, ao apreciar o recurso ordinário em mandado de segurança nº 28.487, no qual discutido se a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED, instituída pela Lei nº 10.742/2003, teria, ao editar a Resolução nº 4/2006, exorbitado da sua competência legal para exercer a regulação econômica do mercado farmacêutico, a 1ª Turma desta Corte, em julgamento realizado em 26.02.2013 (DJe 14.3.2013), à unanimidade, concluiu, ao exame do ato normativo concreto, ter sido exercida a função reguladora da Administração Pública em consonância com as diretrizes e os limites previstos na lei. Não deixou de salientar o voto proferido pelo eminente Relator, Dias Toffoli, todavia, a necessidade de estrita observância a tais limites como condição de legitimidade dos atos normativos praticados no exercício da função reguladora:

“(…) O poder regulamentar outorgado ao Poder Executivo está **limitado ao conteúdo da lei**, competindo-lhe editar **normas para orientar a relação entre o Poder Público e o administrado**. A atuação administrativa com esse fundamento, portanto, **é legítima quando está restrita a expedir normas**

ADI 4923 / DF

complementares à ordem jurídico-formal vigente; em outras palavras, quando configura exercício de função típica do Poder Executivo, qual seja, a execução das leis. (...).” (MS 28.487/DF, Relator Ministro Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe 14.3.2013)

Sem se afastar do entendimento afirmado nos precedentes, conquanto razoável admitir que o **princípio da reserva de lei** inscrito no **art. 5º, II, da CF** permita a delegação de funções normativas – e não legislativas – a entes de feição administrativa, não se pode dispensar a lei formalizadora da delegação de **preestabelecer as diretrizes** de tais competências mediante **tipificação mínima do conteúdo normativo** a ser integrado pela Administração. Dessa forma, pode-se afirmar que *“delegações demasiado amplas não são compatíveis com referido princípio constitucional, por não oferecerem critérios para avaliar se a norma de competência foi ou não cumprida pela Administração”*²⁴.

Mutatis mutandis, revela-se elucidativo o paralelo com a figura dos **tipos em branco**, nos quais **lei formal**, ao prever determinada sanção, incumbe ao Poder Executivo a especificação das hipóteses sobre as quais tem ela incidência, notadamente a partir de critérios técnicos.

É o que fazem, *v.g.*, o art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 11.343/2006, ao atribuir expressamente ao Poder Executivo da União a tarefa de relacionar em listas atualizadas periodicamente as substâncias ou produtos capazes de causar dependência, e assim considerados como drogas, na forma do *caput*, e os arts. 189 e 190 da CLT, ao delinear os contornos das atividades ou operações consideradas insalubres – *“aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos”* –, remetendo ao Ministério do Trabalho, em seguida, a elaboração do quadro de atividades e operações insalubres e a adoção de normas sobre critérios de caracterização de insalubridade, limites de tolerância a agentes agressivos, meios de proteção e tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes.

24

ADI 4923 / DF

Em absoluto se admite, todavia, a delegação pura e simples à administração, a criação *ad nutum* de uma figura infracional, por portaria ou resolução, com a imposição da correspondente sanção.

Não bastasse o disposto nos arts. 5º, II, e 37, *caput*, o núcleo essencial do direito de livre iniciativa, inscrito no art. 170, **parágrafo único, da CF**, assegura que somente a lei pode restringir o livre exercício de qualquer atividade econômica, e o art. 174 da Carta Política é expreso ao subordinar a atividade regulatória do Estado, seja no papel de agente normativo, seja no desempenho das funções de fiscalização e planejamento, à forma da lei, isto é, à **legalidade estrita**. Transcrevo-os:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na **livre iniciativa**, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, **salvo nos casos previstos em lei**.

Art. 174. Como **agente normativo e regulador** da atividade econômica, **o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização**, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

Às agências não compete legislar, e sim promover a **normatização** dos setores cuja regulação lhes foi legalmente incumbida.²⁵ Poder normativo, repita-se, não é poder legislativo. A **abertura ou indeterminação dos conceitos** empregados nos textos normativos **não** pode ser interpretada como **atribuição ilimitada de competências discricionárias**, sob pena de elevar o agente regulador à condição de **superego da sociedade**. Nessa esteira, a advertência da doutrina:

“Para evitar o déficit democrático destas instituições

25

ADI 4923 / DF

devemos ter sempre clara a sua vinculação às pautas estabelecidas pelo Legislador para as políticas públicas cuja implementação lhes é atribuída, assim como a necessária coordenação que devem possuir com o restante da Administração Pública.”²⁶

O campo no qual o agente regulador atua com liberdade tem suas margens definidas pelos conteúdos que podem ser inequivocamente extraídos, senão da letra da lei, pelo menos do propósito claro e manifesto do legislador. Para ser legítima, a atuação normativa do agente regulador deve ser capaz de ser justificada como a integração de uma evidente escolha legislativa. Em outras palavras, a orientação seguida pelo Administrador deve necessariamente **traduzir uma escolha previamente realizada pelo Legislador, que lhe confere autoridade, e não uma interpretação possível, entre tantas outras, de conceitos jurídicos indeterminados.**

Pode ser objeto de delegação do Legislador a escolha dos **meios** para a persecução da política por ele definida, mas não a **responsabilidade pela decisão política**. A validade das delegações normativas a entes independentes, tais como as agências reguladoras, pressupõe “*prévia decisão do Congresso sobre destacados pontos de dúvida política referentes à questão*”²⁷.

Isso em absoluto significa reduzir a regulação setorial ao preenchimento de lacunas e muito menos à execução mecânica da lei. Dotada de **inquestionáveis relevância e responsabilidade, a função regulatória só é dignificada** pelo reconhecimento de que **não é inferior nem exterior à legislação**. Exercida em um espaço que se revela **qualitativamente diferente** daquele em que exercida a competência legiferante, a competência regulatória é, no entanto, **conformada pela ordem constitucional e legal vigente.**

O poder normativo atribuído às agências reguladoras pelas respectivas leis instituidoras consiste em instrumento para que dele lance

26

27

ADI 4923 / DF

mão o agente regulador de um determinado setor econômico ou social na implementação das diretrizes, finalidades, objetivos e princípios expressos na Constituição e na legislação setorial. No domínio da regulação setorial, a edição de ato normativo geral e abstrato (poder normativo) destina-se à **especificação de direitos e obrigações** dos particulares. Não permite a Constituição, no entanto, lhes seja emprestada força legislativa suficiente para **criá-los ou extingui-los**. O poder normativo atribuído às agências reguladoras vocaciona-se a *“traduzir, por critérios técnicos, os comandos previstos na Carta Magna e na legislação infraconstitucional acerca do subsistema regulado”*.²⁸

A **norma regulatória** deve se compatibilizar com a ordem legal, **integrar a espécie normativa primária, adaptando e especificando o seu conteúdo**, e não substituí-la ao inovar na criação de direitos e obrigações. Seu domínio próprio é o do preenchimento dos espaços normativos deixados em aberto pela legislação, e não o da criação de novos espaços. Hierarquicamente **subordinado à lei, o poder normativo atribuído às agências reguladoras não lhes faculta inovar *ab ovo* na ordem jurídica**, mormente para *“impor restrições à liberdade, igualdade e propriedade ou determinar alteração do estado das pessoas”*²⁹.

“As agências reguladoras deverão escolher tecnologias e estratégias de ação eficientes, com a ressalva de que não sigam interesses ou preferências próprias – apenas finalidades coletivas estabelecidas em lei devem ser perseguidas.”³⁰

Vale ressaltar, ainda, que, sendo uma das justificativas centrais para a emergência da regulação setorial por agências independentes o elevado grau de **segurança jurídica** exigido pela complexidade das relações

28 GUERRA, Sérgio. Introdução ao Direito das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

29 CUÉLLAR, Leila. As Agências Reguladoras e Seu Poder Normativo. São Paulo: Dialética, 2001.

30 CARDOSO, Henrique Ribeiro. Controle da Legitimidade da Atividade Normativa das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

ADI 4923 / DF

sociais no mundo contemporâneo, admitir **alto grau de discricionariedade do agente regulador ou baixa vinculação da regulação aos limites impostos pela lei** contraria a sua própria finalidade institucional, passando, as agências reguladoras, de agentes estabilizadores a **fatores de instabilidade jurídico-institucional**.

É o que não escapa à preciosa análise de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem o chamado poder normativo das agências reguladoras consiste na

“possibilidade (...), do mesmo modo que sempre se reconheceu a inúmeros órgãos e entidades administrativas no direito brasileiro (como o Conselho Monetário Nacional, o Banco Central, o Conselho Nacional de Educação e tantos outros) de, por meio de atos normativos, interpretar ou explicitar conceitos indeterminados, especialmente de natureza técnica, contidos em leis e regulamentos. Trata-se de conceitos que se inserem na ideia de especialização das agências, exigindo definição mais precisa, porém **sem inovar na ordem jurídica**.

O que as agências não podem fazer, porque falta o indispensável fundamento constitucional, é baixar regras de conduta, unilateralmente, inovando na ordem jurídica, afetando direitos individuais, substituindo-se ao legislador. Esse óbice constitui-se no mínimo indispensável para preservar o **princípio da legalidade e o princípio da segurança jurídica**. **Principalmente, não podem as agências baixar normas que afetem os direitos individuais, impondo deveres, obrigações, penalidades, ou mesmo outorgando benefícios, sem previsão em lei.** Trata-se de matéria de reserva de lei, consoante decorre do artigo 5º, inciso II, da Constituição. Não se pode deixar de lembrar que a **proteção dos direitos individuais frente ao Estado constituiu a própria razão de ser da construção do princípio da legalidade, sem o qual não existe Estado de Direito.**”³¹

ADI 4923 / DF

Na mesma linha, Conrado Hubner Mendes ensina que “*as agências reguladoras, pelo simples fato de serem agências reguladoras, não podem, por sua própria natureza, realizar atividades que outras autarquias não possam. Cada uma, mais uma vez, possui seu balizamento segundo dois diplomas básicos: a Constituição Federal e sua lei de criação*”.³²

No caso, os dispositivos impugnados atribuem à Agência Nacional do Cinema – ANCINE e à Agência Nacional de Telecomunicações – **competências regulatórias e fiscalizatórias** especificadas e inseridas dentro das respectivas áreas de atuação técnica, a serem exercidas conforme a precisa hipótese de incidência que definem.

Da leitura dos dispositivos impugnados, verifico que os *standards* normativos norteadores da atuação da ANCINE e da ANATEL, relativamente ao setor de TVs por assinatura, estão fixados, na própria Lei nº 12.485/2011, com densidade suficiente para permitir o controle de legalidade da atuação das agências.

Os casos de imposição de **deveres** aos administrados e de limitação ou condicionamento do exercício de **direitos**, vêm devidamente expressos na própria lei, atendendo plenamente às exigências dos **arts. 5º, II, 170, parágrafo único, 172, 173, § 4º, 174, caput, 220, 221 e 222 da Constituição da República**.

Essas considerações todas vêm ao encontro da fundamentação do brilhante voto do eminente Ministro Luiz Fux, referendando a posição se Sua Excelência e a ela aderindo no sentido da constitucionalidade dos dispositivos impugnados, com ressalva, e aqui eu peço vênias ao eminente Ministro Edson Fachin, do **art. 25 da Lei nº 12.485/2011**, porque entendo que esse dispositivo traduz reserva de mercado para as agência de publicidade que não se justifica, diferentemente da situação das cotas de programação, que visam a proteger a cultura nacional.

diante do Princípio da Legalidade. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). Direito Regulatório: temas polêmicos. Belo Horizonte, Fórum, 2009.

32 MENDES, Conrado Hubner. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. In SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2002.

ADI 4923 / DF

Acompanho, pois, o Relator para julgar **parcialmente procedente** a ação, para declarar a **inconstitucionalidade apenas do art. 25, caput e §§ 1º e 2º, da Lei nº 12.485/2011.**

É como voto.

05/08/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.923 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. LUIZ FUX
REQTE.(S)	: ASSOCIACAO BRASILEIRA DE TELEVISAO POR ASSINATURA EM UHF - ABTVU
ADV.(A/S)	: EDSON CARVALHO VIDIGAL E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE RADIODIFUSORES - ABRA
ADV.(A/S)	: MARCELO CAMA PROENCA FERNANDES
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO NEOTV
ADV.(A/S)	: MARCELO CAMA PROENCA FERNANDES

VISTA

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, louvo o voto trazido pelo eminente Relator, que, inclusive, convocou audiência pública a respeito do tema; mas eu gostaria de me debruçar um pouco mais sobre ele. Vou pedir vista.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.923

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

REQTE.(S) : ASSOCIACAO BRASILEIRA DE TELEVISAO POR ASSINATURA EM UHF - ABTVU

ADV.(A/S) : EDSON CARVALHO VIDIGAL (0003819/DF) E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE RADIODIFUSORES - ABRA

ADV.(A/S) : MARCELO CAMA PROENCA FERNANDES (22071/DF, 22071/DF, 264115/SP)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NEOTV

ADV.(A/S) : MARCELO CAMA PROENCA FERNANDES (22071/DF, 22071/DF, 264115/SP)

Decisão: Após o voto do Ministro Luiz Fux (Relator), julgando improcedente o pedido formulado na ação direta, o julgamento foi suspenso. Falaram, pela Advocacia-Geral da União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso; pelos *amici curiae* Associação Brasileira de Radiodifusores - ABRA e Associação NEOTV, o Dr. Marcelo Cama Proença Fernandes, OAB/DF 22.071, e, pelo Ministério Público Federal, a Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Vice-Procuradora-Geral da República. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 25.06.2015.

Decisão: Após os votos dos Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Teori Zavascki e Rosa Weber, acompanhando o Relator pela improcedência da ação, pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 05.08.2015.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte
Assessora-Chefe do Plenário

08/11/2017

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.923 DISTRITO FEDERAL**VOTO-VISTA****O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

As ações diretas de inconstitucionalidade foram ajuizadas contra dispositivos da Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011, a qual estabeleceu o novo marco regulatório da comunicação audiovisual de acesso condicionado (TV por assinatura) no Brasil.

Na sessão do dia 25/6/15, o Ministro **Luiz Fux** (Relator) proferiu voto no sentido da parcial procedência do pedido, de modo a se declarar a inconstitucionalidade apenas do art. 25 da Lei nº 12.485/2011. Em síntese, o eminente Relator asseverou que essa norma favorece as agências de publicidade nacionais, em detrimento das agências estrangeiras, sem fundamento razoável e constitucional para tanto, a evidenciar ofensa ao princípio constitucional da isonomia (art. 5º, **caput**, da Constituição Federal). Ressaltou, ademais, a ausência de análise transparente – seja nos debates ocorridos no processo legislativo de edição da Lei nº 12.485/2011, seja na instrução deste processo – acerca dos fundamentos da restrição contida no art. 25. Após o voto do Relator, o julgamento foi suspenso.

O julgamento foi retomado na sessão de 5/8/15, quando o Ministro **Edson Fachin** proferiu voto no sentido da total improcedência do pedido. Divergiu, portanto, do Relator no que tange ao art. 25 da Lei nº 12.485/2011, reputando-o constitucional. Ressaltou Sua Excelência a necessidade de respeito à liberdade de conformação normativa do Poder Legislativo, a qual, em seu entender, deve ser intensificada neste caso pelo fato de estar em discussão a refundação de um marco regulatório. O eminente Ministro também assinalou que o preceito em tela promove a proteção da publicidade brasileira, estando amparado no art. 220, §§ 3º e 4º, da CF/88.

Em seguida, votaram os Ministros **Roberto Barroso**, **Teori Zavascki** e **Rosa Weber**, que acompanharam o Relator no sentido da parcial procedência do pedido, de modo a se declarar a inconstitucionalidade tão

ADI 4923 / DF

somente do art. 25 da Lei nº 12.485/2011. Foram uníssonos em afirmar que o preceito em questão estabelece uma reserva de mercado em favor das empresas de publicidade brasileiras sem respaldo em nenhuma norma constitucional, violando o princípio da isonomia. Registrou-se haver distinção entre a referida discussão e aquela relativa às cotas de conteúdo nacional, na qual estaria claro o fator de **discrímen** – a saber, a promoção e a valorização da cultura e da produção de conteúdo audiovisual nacionais.

Pedi vista dos autos para melhor apreciar a questão relativa ao **art. 25 da Lei nº 12.485/2011**, objeto da divergência aberta pelo Ministro Edson Fachin. **Quanto às demais questões debatidas nesta ação direta, registro, desde já, que acompanho integralmente o brilhante e minucioso voto do Relator.**

O art. 25 da Lei nº 12.485/2011 possui o seguinte teor:

“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.”

Cumpre esclarecer precisamente de que trata o dispositivo supratranscrito. Para tanto, rememoro, brevemente, a forma como a Lei nº 12.485/2011 estruturou as atividades que compõem a comunicação audiovisual de acesso condicionado, popularmente conhecida como serviço de TV por assinatura.

Conforme elucidado pelo representante da Agência Nacional de

ADI 4923 / DF

Cinema (ANCINE), então Diretor-Presidente da agência, Manoel Rangel, na audiência pública realizada para tratar do objeto desta ação, a Lei nº 12.485/2011 organizou a cadeia econômica do serviço de TV por assinatura em duas camadas de atividades: a camada de audiovisual e a camada de telecomunicações. Em cada uma dessas camadas, o diploma identificou atividades principais, conferindo a cada uma delas determinadas condicionantes regulatórias.

Na camada do audiovisual, cuja competência regulatória foi atribuída à Agência Nacional de Cinema, estão as atividades de produção, programação e empacotamento. Na camada de telecomunicações, por seu turno, de competência regulatória da Agência Nacional de Telecomunicações, encontra-se a atividade de distribuição. Essas atividades se encadeiam, culminando com o momento em que o conteúdo audiovisual chega ao consumidor.

A produção compreende, em síntese, as atividades econômicas de geração de conteúdo audiovisual (art. 2º, inciso XVII); **a programação é a organização de conteúdos audiovisuais numa grade, na forma de um canal de programação (art. 2º, inciso XX), etapa em que a obra audiovisual passa a compor a programação de TV por assinatura;** o empacotamento refere-se à atividade de organização, em última instância, de canais de programação para distribuição ao assinante (art. 2º, inciso XI); por fim, há a distribuição, atividade de entrega do conteúdo ao assinante (art. 2º, inciso X).

A obrigação estabelecida no **caput** art. 25 da Lei nº 12.485/2011 se dirige aos agentes que compõem o segundo elo dessa cadeia econômica, a programação. Segundo o dispositivo, os **programadores** só poderão **ofertar canais** que contenham publicidade de serviços ou produtos em língua portuguesa, com legendas em português ou que, de qualquer forma, seja direcionada ao público brasileiro, com veiculação contratada no exterior, **por meio de agência de publicidade nacional**. Dito de outro modo, ao organizarem conteúdos audiovisuais na forma de canais de programação, os programadores não poderão incluir na grade peças publicitárias com as características aqui referidas se contratadas por

ADI 4923 / DF

intermédio de agência de publicidade estrangeira.

O preceito claramente confere tratamento favorecido às agências nacionais de publicidade, criando uma reserva de mercado para tais empresas no âmbito do serviço de comunicação audiovisual de acesso condicionado.

Sabe-se que o princípio constitucional da igualdade (art. 5º, **caput**, da Constituição Federal) não exclui a possibilidade de tratamento jurídico diferenciado a determinadas categorias de sujeitos. Conforme leciona Celso Antônio Bandeira de Mello, a lei, para exercer seu mister de bem regular a vida em sociedade, estabelece, necessariamente, diferenciações entre pessoas e situações, não sendo tais diferenciações violadoras, **a priori**, do princípio da igualdade, devendo o legislador buscar elencar critérios legítimos de desigualação. Segundo o autor,

“(...) o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões:

A) A primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação;

B) A segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado.

C) A terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.

Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é ‘in concreto’, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles” (**O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 21-22).

ADI 4923 / DF

No caso do art. 25 da Lei nº 12.485/2011, **não se vislumbra quais seriam os critérios de diferenciação justificadores do tratamento privilegiado conferido às agências de publicidade nacionais.**

De início, observa-se, como bem registrou o Relator em seu voto, que nem sequer houve debate público em torno das razões para a edição da norma, as quais não foram explicitadas nem no processo legislativo de sua edição, nem na audiência pública realizada neste Tribunal para tratar do objeto desta ação direta.

Considerando a **ratio** que transpassa a Lei nº 12.485/2011 - de incentivo às produtoras nacionais de conteúdo audiovisual, como forma de promoção da cultura nacional (art. 221, inciso II, da Constituição Federal, e art. 6 da Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, internalizada pelo Decreto nº 6.177/2007) -, a qual fundamenta a instituição das chamadas cotas de conteúdo nacional e independente (arts. 16, 17, 18, 19, 20 e 23), seria possível cogitar que o art. 25 repousaria nas mesmas bases normativas.

No entanto, **a lógica que subjaz à instituição de cotas de conteúdo nacional e independente na TV por assinatura não se reproduz no contexto do mercado de conteúdo publicitário.**

As cotas de conteúdo nacional e independente estão lastreadas, sobretudo, na circunstância fática de que as produtoras nacionais e independentes de conteúdo audiovisual para espaço qualificado (nome que se dá ao espaço destinado às obras audiovisuais seriadas ou não seriadas dos tipos ficção, documentário, animação, reality show, videomusical e de variedades, conforme definição do art. 8º da Instrução Normativa nº 100/2012, da ANCINE) atuam no mercado da TV por assinatura em situação de profunda desvantagem em relação às produtoras estrangeiras.

Consoante elucidou o representante da ANCINE na audiência pública, as produtoras nacionais concorrem no mercado de audiovisual com grandes produtoras estrangeiras, sobretudo americanas, que já possuem amplo mercado consumidor no país de origem e em outros

ADI 4923 / DF

países onde possuem subsidiárias, nos quais os custos de produção são inteiramente absorvidos. Assim, tais obras são adquiridas no Brasil a preços baixíssimos, sendo muito mais competitivas que as obras nacionais, que possuem apenas o mercado consumidor brasileiro para escoar sua produção e cobrir seus custos. Percebe-se, portanto, cenário de acentuada desvantagem competitiva.

Nesse cenário econômico, o tratamento privilegiado dispensado à produção audiovisual brasileira de espaço qualificado têm como fundamento a necessidade de se criar uma demanda mínima potencial para esses produtos, com o fito de viabilizar o desenvolvimento de nossa produção audiovisual nacional, sobretudo aquela oriunda de produtoras independentes.

Portanto, as chamadas cotas de programação nacional consistem na instituição de tratamento jurídico-normativo desigual com o fito de corrigir uma situação de desigualdade fática e econômica que caracteriza o mercado de audiovisual brasileiro.

No caso específico do art. 25, no entanto, o qual trata do mercado de conteúdo publicitário, não se observa cenário de acentuada desvantagem entre agências nacionais e estrangeiras. Muito pelo contrário, conforme observado por alguns Ministros na última assentada, as agências brasileiras de publicidade estão entre as maiores do mundo.

Nesse sentido, é sintomático o desempenho do Brasil no Cannes Lions, Festival de Publicidade de Cannes, premiação mais importante da publicidade mundial. As agências brasileiras estão entre as mais premiadas do festival, juntamente com empresas dos Estados Unidos, Inglaterra, Alemanha, França e Espanha. Trata-se de agências que produzem material audiovisual publicitário para grandes empresas multinacionais.

Registre-se que, na edição de 2016 da Cannes Lions, a publicidade brasileira conquistou 90 (noventa) premiações (10 ouros, 22 pratas e 58 bronzes). Com essa marca, o Brasil mantém-se, desde 2015, na 3ª posição no ranking de países mais premiados do festival, ficando atrás apenas dos Estados Unidos e do Reino Unido. Ressalta-se que, em 2013 e 2014, o

ADI 4923 / DF

Brasil ocupou o 2º lugar do ranking (<http://cannes.meioemensagem.com.br/cobertura2016/leoes/leoes-brasileiros>; <http://canneslions.estadao.com.br/historico-brasil/>).

Outrossim, além de não se vislumbrar quais seriam os critérios de desigualação que fundamentariam a norma do art. 25, observa-se que o conteúdo do preceito **carece de razoabilidade em dois aspectos já ressaltados pelo Relator em seu voto.**

Com efeito, nota-se que **o art. 25 confere às agências nacionais exclusividade no que tange à negociação de determinado produto no contexto do mercado de comunicação audiovisual de acesso condicionado.** O dispositivo, nesse ponto, distancia-se da disciplina conferida pela Lei nº 12.485/20 às cotas de conteúdo nacional, no âmbito da qual não foi criada qualquer norma de exclusividade. Vide que, nesse último caso, a lei fixou tão somente percentuais de participação da produção nacional na programação e nos pacotes de canais.

Outro fator que evidencia a ausência de razoabilidade na norma impugnada é que ela **não fixa qualquer prazo para a reserva de mercado que prevê.** Portanto, ainda que se cogitasse que a norma do art. 25 tivesse sido criada, assim como as cotas de conteúdo nacional, com o fito de operar correção no mercado de TV por assinatura, dada suposta assimetria entre agências nacionais e estrangeiras de publicidade no que tange à participação nesse mercado (hipótese afastada aqui, ante a ausência de dado fático que evidencie essa assimetria), era de se esperar que a norma tivesse estabelecido prazo de duração para a medida, a exemplo do que consta do art. 41 da Lei nº 12.485/2011, que estabeleceu o prazo de 12 (doze) anos para a vigência da política que prevê.

Nesse quadro, **está evidenciada a inconstitucionalidade do art. 25 da Lei nº 12.485/2011, seja por ofensa ao princípio da isonomia, seja por violação da razoabilidade.** Quanto aos demais preceitos questionados, reputo-os constitucionais, nos termos do brilhante voto do Relator.

ADI 4923 / DF

Pelo exposto, acompanho o Relator, julgando **parcialmente procedente o pedido formulado na ADI 4.679, para declarar a inconstitucionalidade somente do art. 25 da Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011, julgando improcedentes os pedidos das ADI 4.747, 4.756 e 4.923.**

08/11/2017

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.923 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, vejo que os publicitários nacionais, as agências, têm grande prestígio. Como ressaltado pelo Relator e também pelo ministro Dias Toffoli, a reserva de mercado contraria um princípio básico da ordem econômica: a livre concorrência.

Por isso, acompanho o Relator, julgando procedente o pedido formalizado na ação direta de inconstitucionalidade nº 4.679 e improcedentes aqueles contidos nas de nº 4.747 e nº 4.756 – elas estão também em julgamento conjunto?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Estão. Foram todas julgadas improcedentes.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E nº 4.923.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Ministro, para o registro: apenas quanto o artigo 25? Então, parcialmente procedente como o Relator.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Quanto ao artigo 25, estritamente quanto ao artigo 25.

08/11/2017

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.923 DISTRITO FEDERAL**ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA(PRESIDENTE)- Inicialmente, não posso deixar de fazer o registro, como fizeram os outros Ministros, do muito cuidadoso e profundo voto do Ministro-Relator, um voto de quase 200 páginas, no qual ele pormenorizou para todos nós os muitos dispositivos em análise. Fiz até mesmo um quadro para tentar fazer a conjugação do que se propunha em cada qual das ações. Por isso, também estou acompanhando o relator e farei a juntada de voto escrito. Quanto ao art. 25, tal qual já assinalaram tanto o Ministro Marco Aurélio como o Ministro Dias Toffoli, a discriminação aqui não tem fator legítimo de diferenciação, o que denota a impossibilidade de se ter, a não ser pela via de uma empresa brasileira, a aquisição de conteúdos publicitários, sendo que as nossas empresas de publicidade estão entre as melhores do mundo. Seus conteúdos não gozam de nenhuma diferenciação que fizesse possível que o fator de discrimen pudesse ser considerado coerente com o que a Constituição estabelece. Voto, pois, pela procedência parcial da ação direta de inconstitucionalidade n. 4.679, para declarar a inconstitucionalidade do art. 25 da Lei n. 12.485/2011, e pela improcedência das ações diretas de inconstitucionalidade ns. 4.747, 4.756 e 4.923.

08/11/2017

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.923 DISTRITO FEDERAL

VOTO

A Senhora Ministra Cármen Lúcia (Vogal):

1. Ações diretas de inconstitucionalidade, com requerimentos de medida cautelar, ajuizadas pelo Democratas, pela Associação Neo Tv, pela Associação Brasileira de Radiodifusores (ABRA) e pela Associação Brasileira de Televisão por Assinatura em UHF (ABTVU) contra dispositivos da Lei n. 12.485/2011, a qual dispôs sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado.

2. Na ação direta de inconstitucionalidade n. 4.679, o Democratas questiona a validade jurídico-constitucional do parágrafo único do art. 9º, dos arts. 10, 12 e 13, do art. 15, na parte em que acrescenta o inc. VIII ao art. 7º da Medida Provisória n. 2.228-1/2001, dos arts. 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25 e 31, dos §§ 2º, 13 e 14 do art. 32, do art. 36 e dos §§ 5º, 6º e 7º do art. 37, todos da Lei n. 12.485/2011.

Pede, ainda, seja conferida interpretação conforme a Constituição ao art. 29 da Lei n. 12.485/2011. Alega que:

a) embora disponha que as atividades de programação e de empacotamento serão objetos de regulação e fiscalização pela ANCINE, o art. 9º da Lei n. 12.485/2011 não fixa balizas objetivas para o exercício de a autoridade regulatória pela ANCINE e que os princípios encartados no art. 3º da lei impugnada não ostentariam densidade normativa suficiente para restringir a discricionariedade conferida à agência;

b) o parágrafo único do art. 9º da Lei n. 12.485/2011 é inconstitucional, pois retira a liberdade de as empresas do setor de programação, empacotamento e distribuição (atividade de comunicação)

ADI 4923 / DF

agirem sem restrições, o que é garantido pela Constituição no art. 220 e no inc. IX do 5º;

c) o art. 10 da Lei n. 12.485/2011 da lei torna obrigatória uma discriminação ao cidadão estrangeiro no exercício de atividade profissional, contrariando a norma do *caput* do art. 5º da Constituição da República;

d) o art. 12 da Lei n. 12.485/2011, ao delegar a uma agência reguladora poderes para formular exigências e restrições, estabelece “censura prévia” tanto para as liberdades de expressão, quanto para a liberdade de criação audiovisual, violando o art. 220 da Constituição da República;

e) o art. 13 da Lei n. 12.485/2011, ao conferir a ANCINE o poder de fiscalizar o cumprimento das obrigações impostas às atividades de programação, empacotamento e publicidade, ofende os incs. IV, IX, XII, XXII, XXVII do art. 5º e os arts. 174 e 220 da Constituição;

f) o art. 15 da Lei n. 12.485/2011 sofre de vício de inconstitucionalidade formal, porque teria desrespeitado a iniciativa privativa do Presidente da República para dispor sobre organização administrativa e criação de órgãos da administração pública federal (al. e do inc. II do § 1º do art. 61 da Constituição), vício que também contamina o parágrafo único do art. 9º, os arts. 10, 12, 13, o § 3º do art. 19, os arts. 21 e 22, o § 1º do art. 25, e o art. 42;

g) nos arts. 16, 17, 18, 19, 20, 23, 24 e 25 da Lei n. 12.485/2011, “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”;

ADI 4923 / DF

h) ao tratar do art. 21 da Lei n. 12.485/2011, “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”;

i) o art. 22 da Lei n. 12.485/2011, ao “impor restrições à liberdade de expressão do setor audiovisual de acesso condicionado”, viola o *caput* e o inc. I do § 3º do art. 220 da Constituição da República;

j) é necessário interpretar o art. 29 da Lei n. 12.485/2011 “em conformidade com os dispositivos constitucionais que estabelecem a licitação como obrigatória quando da outorga, a particulares, do direito de prestação de serviços prestados sob regime jurídico de direito público”;

k) o art. 31 da Lei n. 12.485/2011 “viola frontalmente o art. 220 da Constituição, que estabelece a inexistência de qualquer restrição para o setor”;

l) os §§ 2º, 13 e 14 do art. 32 da Lei n. 12.485/2011 impõem a disponibilidade gratuita de canais de programação de distribuição obrigatória, o que configuraria “violação à livre iniciativa das empresas de radiodifusão da condução de seus negócios”; e

m) o § 5º do art. 37 da Lei n. 12.485/2011 viola o equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos, e os §§ 6º e 7º desse mesmo dispositivo violam os princípios da segurança jurídica e da moralidade.

3. A Associação Neo Tv ajuizou a ação direta de inconstitucionalidade em face do *caput* e do § 1º do art. 5º, do *caput* e dos inc. I e II do art. 6º e dos §§ 1º, 5º, 6º, 7º e 11 do art. 37, todos da Lei n. 12.485/2011.

ADI 4923 / DF

Postula, ainda, a concessão de interpretação conforme a Constituição ao art. 29 da Lei n. 12.485/2011. Sustenta que:

a) *“emerge do art. 5º, caput, e § 1º, da lei n.12.485/2011, uma inaceitável restrição aos postulados da livre iniciativa e da livre concorrência, inscritos no arts. 1º, IV e 170, caput e IV, da Constituição Federal. A mencionada norma legal ordinária simplesmente impede, sem motivação adequada, que empresas de telecomunicações de interesse coletivo, bem assim concessionárias de radiofusão sonora e de sons e imagens e produtoras e programadoras, exerçam plenamente as suas atividades”;*

b) as disposições constantes do art. 6º da Lei n. 12.485/2011 importam em restrição a liberdade de iniciativa, a livre concorrência, a liberdade de profissão e de expressão artística;

c) os §§ 1º, 5º, 6º, 7º e 11 do art. 37 da Lei n. 12.485/2011 são inconstitucionais por infringirem *“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”;* e

d) deve-se emprestar interpretação conforme a Constituição ao art. 29 da Lei n. 12.485/2011 para que *“a outorga do serviço de comunicação de acesso condicionado seja procedida por procedimento licitatório”.*

4. Na ação direta de inconstitucionalidade n. 4.756, a Associação Brasileira de Radiodifusores (ABRA) pede a declaração de inconstitucionalidade do *caput* e do § 1º do art. 5º, do *caput* e dos inc. I e II do art. 6º, do parágrafo único do art. 9º, dos §§ 1º e 3º do art. 10, dos arts. 12, 13, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 e 23, do § 1º do art. 25, do *caput* do art. 31, dos §§ 2º, 12 e 13 do art. 32, do art. 36, dos §§ 1º, 5º, 6º, 7º e 11 do art. 37 e do *caput* do art. 42, todos da Lei n. 12.485/2011.

Requer, ainda, seja conferida interpretação conforme a Constituição

ADI 4923 / DF

ao art. 29 da Lei n. 12.485/2011. Argumenta que:

a) os dispositivos impugnados restringem a atuação das empresas de telecomunicações de interesse coletivo, impedindo que elas detenham determinada participação societária ou assumam o controle de outras companhias e interferem indevidamente no exercício da profissão de artistas que eventualmente poderiam ser contratados pelas empresas mencionadas;

b) a finalidade do credenciamento junto à ANCINE não estaria clara;

c) alguns dispositivos são formalmente inconstitucionais, devido a vício de iniciativa;

d) as cotas de conteúdo nacional impedem que as empresas decidam livremente a composição do produto final oferecido ao consumidor;

e) é inaceitável que o Estado, por intermédio de seus órgãos legislativos, determine a entidades privadas a escolha de uma determinada programação;

f) deve-se emprestar interpretação conforme a Constituição ao art. 29 da Lei n. 12.485/2011 para que a outorga do serviço de comunicação de acesso condicionado seja procedida por procedimento licitatório;

g) as empresas de radiodifusão têm direito autoral sobre o conteúdo por elas gerado, e não podem ser obrigadas a disponibilizar tal programação de forma gratuita; e

h) embora as concessões/autorizações de TV a Cabo, MMDS, DTH e TVA permaneçam válidas até o fim do prazo atual, várias adaptações serão necessárias, sob pena de impedirem-se alterações contratuais e societárias, desse modo, ficaria clara a intenção do legislador de inviabilizar as atividades destas entidades, coagindo-as a migrar

ADI 4923 / DF

imediatamente para a nova modalidade de serviço.

5. A Associação Brasileira de Televisão por Assinatura em UHF (ABTVU) ajuizou a ação direta de inconstitucionalidade n. 4.923 postulando a declaração de inconstitucionalidade das expressões “*até o término dos prazos de validade neles consignados*”, constante do § 1º do art. 37 da Lei n. 12.485/2011, e “*não sendo objeto de renovação adicional*”, constante do §§ 11 desse mesmo dispositivo legal.

Defende que expressões constantes dos parágrafos §§ 1º e 11 do artigo 37 da lei impugnada violam os princípios constitucionais da igualdade e da livre iniciativa, uma vez que “*proíbem que os atuais atos de autorizações de uso de radiofrequência para prestação de TVA, findo prazo, não poderão ser renovados, subjugando com isso as empresas privadas a investirem sem possibilidades de retorno financeiro*”.

6. A Câmara dos Deputados prestou informações, comunicando que a lei impugnada originou-se de processo legislativo no qual respeitados os estritos trâmites constitucionais e regimentais inerentes à espécie.

7. A Presidência da República e o Senado Federal prestaram informações, pugnano pela improcedência dos pedidos.

8. A Advocacia-Geral da União manifestou-se pela improcedência dos pedidos.

9. A Procuradoria-Geral da República opina pela improcedência dos pedidos.

Livre iniciativa e intervenção do Estado na economia

10. Na análise da validade jurídico-constitucional de disposições normativas regulatórias, é frequente o aparente confronto entre o princípio constitucional da livre iniciativa, fundamento da República

ADI 4923 / DF

Federativa do Brasil e da ordem econômica (inc. IV do art. 1º e *caput* art. 170 da Constituição), e o dever do Estado de intervir na economia visando à garantia do interesse público.

A livre iniciativa, por óbvio, não obsta a regulação das atividades econômicas pelo Estado, a qual pode mostrar-se indispensável para resguardar outros valores prestigiados pela Constituição, como, por exemplo a dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho humano, a livre concorrência, a função social da propriedade, a defesa do consumidor e do meio ambiente e a busca do pleno emprego.

Como já decidiu este Supremo Tribunal,

“É certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus arts. 1º, 3º e 170” (ADI 1.950, Relator Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, DJ 2.6.2006).

Nesse mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello preleciona:

“(...) a Constituição brasileira apresenta-se como uma estampada antítese do neoliberalismo, pois não entrega a satisfatória organização da vida econômica e social a uma suposta (e nunca demonstrada) eficiência do mercado. Pelo contrário, declara que o Estado brasileiro tem compromissos formalmente explicitados com os valores que nela se enunciam, obrigando a que a ordem econômica e a social sejam articuladas de maneira a realizar os objetivos apontados. (...)” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27. ed. rev. e atual. Malheiros: São Paulo, 2010. p. 793).

ADI 4923 / DF

Nesse contexto, importa observar que a livre iniciativa não é um fim em si mesma; é fundamento da ordem econômica, assim como o é a valorização do trabalho humano, ordem essa cuja finalidade última é assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Acertado, assim, o entendimento de José Afonso da Silva, segundo o qual a ordem econômica prioriza os valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado:

“A Constituição declara que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na iniciativa privada. Que significa isso? Em primeiro lugar quer dizer precisamente que a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a iniciativa privada é um princípio básico da ordem capitalista. Em segundo lugar significa que, embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. Conquanto se trate de declaração de princípio, essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado, na economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil” (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 762).

11. Esse entendimento goza do beneplácito do magistério jurisprudencial deste Supremo Tribunal, que tem tem assentado a legitimidade de disposições constitucionais limitadoras da livre iniciativa em prol de outros valores consagrados pela Constituição da República.

Ao apreciar a ação direta de inconstitucionalidade n. 319 (Relator Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 30.4.1993), o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade de norma sobre critérios de reajuste de mensalidades escolares, sob o fundamento de que,

“Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade

ADI 4923 / DF

com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que e o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros”.

Na mesma linha de entendimento, este Supremo Tribunal julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade n. 1.950 (Relator Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, DJ 2.6.2006), voltada contra norma do Estado de São Paulo garantidora de meia entrada a estudantes regularmente matriculados em estabelecimentos de ensino. Segundo entendeu este Supremo Tribunal, na ocasião,

“Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto [artigos 23, inciso V, 205, 208, 215 e 217 § 3º, da Constituição]. Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário”.

Na ação direta de inconstitucionalidade n. 3.512 (Relator Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, DJ 23.6.2006), por sua vez, foi reputada constitucional norma estadual semelhante, asseguradora de meia entrada aos doadores regulares de sangue. Como consta do voto condutor do acórdão, *“na composição entre o princípio da livre iniciativa e o direito à vida há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário”.*

Comunicação audiovisual de acesso condicionado

12. A Lei n. 12.485/2011 foi editada com o objetivo de estabelecer um novo marco regulatório da comunicação audiovisual de acesso condicionado, desenvolvida na prestação do serviço de acesso condicionado, *“o serviço de telecomunicações de interesse coletivo prestado no regime privado, cuja recepção é condicionada à contratação remunerada por assinantes (...)”*, nos termos do inc. XXIII de seu art. 1º.

O serviço de acesso condicionado envolve, além do assinante, os

ADI 4923 / DF

seguintes agentes econômicos:

a) produtoras, as quais desempenham a “*atividade de elaboração, composição, constituição ou criação de conteúdos audiovisuais em qualquer meio de suporte*” (inc. XVII do art. 1º da Lei n. 12.485/2011);

b) programadoras, as quais exercem a “*atividade de seleção, organização ou formatação de conteúdos audiovisuais apresentados na forma de canais de programação, inclusive nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado*” (inc. XX do art. 1º da Lei n. 12.485/2011);

c) empacotadoras, as quais desempenham a “*atividade de organização, em última instância, de canais de programação, inclusive nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado, a serem distribuídos para o assinante*” (inc. XI do art. 1º da Lei n. 12.485/2011); e

d) distribuidoras, as quais exercem as “*atividades de entrega, transmissão, veiculação, difusão ou provimento de pacotes ou conteúdos audiovisuais a assinantes por intermédio de meios eletrônicos quaisquer, próprios ou de terceiros, cabendo ao distribuidor a responsabilidade final pelas atividades complementares de comercialização, atendimento ao assinante, faturamento, cobrança, instalação e manutenção de dispositivos, entre outras*” (inc. X do art. 1º da Lei n. 12.485/2011).

13. A comunicação audiovisual de acesso condicionado é regida pelos princípios do art. 221 da Constituição da República:

“Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;

II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;

III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;

IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”.

ADI 4923 / DF

É certo que esses princípios foram inicialmente voltados à produção e programação das emissoras de rádio e televisão, assim compreendidas como aquelas envolvidas na prestação do serviço de radiodifusão sonora ou de sons e imagens.

No entanto, a aplicabilidade dos princípios do art. 221 da Constituição foi estendida, na forma da lei, aos meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia empregada, pela Emenda Constitucional n. 36/2002, que inseriu no art. 222 o § 3º:

“Art. 222. (...)

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

A expressão *“meios de comunicação social eletrônica”* abrange, consoante lição de Márcio Iorio Aranha, a comunicação audiovisual de acesso condicionado:

“Não se restringindo à comunicação social trafegada pela rede mundial de computadores em homenagem à história da ideia de comunicação eletrônica edificada na legislação brasileira, as formas de comunicação social eletrônica atingidas pelo comando constitucional albergam a tradicional comunicação eletrônica de massa como comunicação audiovisual por meios confinados – e.g. DISTV, TV a Cabo – ou condicionados – e.g. TV a Cabo, MMDS, DTH, TVA –, como as novas formas de distribuição por meios confinados ou condicionados – qualquer outro meio de comunicação audiovisual por banda larga fixa ou móvel, ou de mobilidade restrita” (ARANHA, Márcio Iorio. Comentário ao art. 222. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.) Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 2.061).

ADI 4923 / DF

A aplicabilidade dos princípios do art. 221 da Constituição à comunicação audiovisual de acesso condicionado é essencial para que se analise a validade jurídico-constitucional das disposições da Lei n. 12.485/2011, pois é o próprio texto constitucional que confere ao legislador espaço para regulamentar a incidência daqueles preceitos a esse serviço.

Inconstitucionalidade formal (arts. 9º, parágrafo único; 10º, caput e §§ 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 da Lei n. 12.485/2011)

14. Quanto às alegações de inconstitucionalidade formal aventadas tanto pelo Democratas - DEM quanto pela Associação Brasileira de Radiodifusores - ABRA, concernentes aos arts. 9º, parágrafo único; 10º, caput e §§ 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 da Lei n. 12.485/2011, não assiste razão às autoras.

Não há como prosperar o argumento de contrariedade à competência do Presidente da República de iniciativa de leis que versem sobre *“temas relativos ao funcionamento e atribuições de órgãos, entes e servidores desta mesma administração”* em razão, nos termos da Associação Brasileira de Radiodifusores -ABRA, de *“interfer[ência] no rol de atribuições de uma agência governamental (ANCINE), ampliando as tarefas outorgadas ao referido órgão”* (fls. 30-31 da petição inicial).

Não se vislumbra a criação, na Lei n. 12.485/2011, de novas competências para a Agência Nacional do Cinema - Ancine, senão a realização de uma própria especificação de atividades já delineadas no regramento jurídico originário dessa agência reguladora.

No mesmo sentido, manifestaram-se a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República:

“as normas hostilizadas não criam novas atribuições para a

ADI 4923 / DF

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” (fl. 20 da manifestação da Advocacia-Geral da União na ADI 4.679/DF).

“No campo das supostas inconstitucionalidades formais, mostra-se falaciosa a premissa de que a ANCINE teria poderes absolutos na regulação de ‘atividades de comunicação privadas não sujeitas a outorgas públicas’.

Assim como ocorre em relação a qualquer agência reguladora, a ANCINE tem delimitados pela lei que a criou (MP nº 2.228/2001) seus objetivos (art. 6º) e competências (art. 7º), que consistem em balizas intransponíveis para a sua atuação” (fl. 6 do parecer da Procuradoria-Geral da República na ADI 4.679/DF).

Relevante denotar ter este Supremo Tribunal já reconhecido estarem as agências reguladores submetidas à observância estrita do princípio da legalidade:

“PROCESSO OBJETIVO – INCONSTITUCIONALIDADE – CRIVO DO SUPREMO – ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO – ATUAÇÃO. A teor do disposto no artigo 103, § 3º, da Carta Federal, no processo objetivo em que o Supremo aprecia a inconstitucionalidade de norma legal ou ato normativo, o Advogado-Geral da União atua como curador, cabendo-lhe defender o ato ou texto impugnado, sendo imprópria a emissão de entendimento sobre a procedência da pecha. CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE – OBJETO. O controle concentrado de constitucionalidade é feito a partir do cotejo do pronunciamento atacado com o Diploma Maior, mostrando-se desinfluyente o fato de haver norma diversa, de índole federal, a tratar de certo tema – precedente: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.645/PR, Pleno, relatora ministra Ellen Gracie. AGÊNCIA REGULADORA – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. As agências reguladoras estão

ADI 4923 / DF

submetidas, como órgãos administrativos, ao princípio da legalidade. COMPETÊNCIA NORMATIVA – COMÉRCIO – FARMÁCIAS – ARTIGOS DE CONVENIÊNCIA. Constitucional é a lei de estado-membro que verse o comércio varejista de artigos de conveniência em farmácias e drogarias” (ADI 4.954-MC, Relator o Ministro MARCO AURÉLIO, Plenário, DJe 30.10.2014 – grifos nossos).

15. Em verdade, a Lei n. 12.485/2011, ao buscar reger as condições do ambiente jurídico-normativo do serviço de TV por assinatura no país, desvela-se como uma forma de redefinição do marco regulatório daquele setor no Brasil, vinculando-se, conseqüentemente, à competência da União para legislar sobre telecomunicações, nos termos do inc. IV do art. 22 da Constituição da República e, mais especificamente, sobre comunicação social, conforme previsto no art. 220 e seguintes da Constituição da República.

Importante relembrar, quanto a esse aspecto, que o parágrafo único do art. 9º da Lei n. 12.485/2011 foi explícito ao delinear 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” (grifos nossos).

Não se desconhece a jurisprudência assentada por este Supremo Tribunal no sentido de reconhecer a competência privativa do Presidente da República para dar início a projeto de lei tendente a reestruturar atribuições de órgãos públicos:

“É indispensável a iniciativa do chefe do Poder Executivo (mediante projeto de lei ou mesmo, após a EC 32/2001, por meio de decreto) na elaboração de normas que de alguma forma remodelam as atribuições de órgão pertencente à estrutura administrativa de determinada unidade da Federação” (ADI 3.254, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Plenário, DJ de 2.12.2005).

ADI 4923 / DF

No caso vertente, contudo, o regime normativo da Agência Nacional do Cinema – Ancine define as margens de atuação daquela autarquia de natureza especial, estabelecendo ser de sua competência, conforme o inc. II do art. 7º da Medida Provisória n. 2.228-1/2001, a *“fiscaliza[ção d]o cumprimento da legislação referente à atividade cinematográfica e videofonográfica nacional e estrangeira nos diversos segmentos de mercados, na forma do regulamento”*.

Nesse sentido, o detalhamento de atividades a serem cumpridas pela Agência Nacional do Cinema – Ancine, no âmbito do marco regulatório estabelecido pela norma legal ora questionada, não conduz à caracterização, na espécie, de contrariedade à norma referida na alínea e do inciso II do § 1º do art. 61 da Constituição da República, principalmente se se considerar a obediência à cláusula de reserva legal e à necessária observância de iniciativa do Chefe do Poder Executivo Federal, reveladas, no caso, com a edição da Medida Provisória n. 2.228-1/2001.

Restrições à propriedade cruzada e à produção de conteúdo audiovisual pelas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo (§ 1º e caput do art. 5º e incs. I, II e caput do art. 6º da Lei n. 12.485/2011)

16. O *caput* e o § 1º do art. 5º da Lei n. 12.485/2011 estabeleceram limites à propriedade cruzada entre empresas prestadoras do serviço de telecomunicação de interesse coletivo e empresas concessionárias e permissionárias de radiodifusão sonora e de sons e imagens radiodifusão e produtoras e programadoras com sede no Brasil:

“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

ADI 4923 / DF

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”.

Os incs. I, II e o *caput* do art. 6º da Lei n. 12.485/2011, por sua vez, erigiram restrições à aquisição de direitos de exploração de imagens de eventos de interesse nacional e à contratação de talentos artísticos nacionais com a finalidade de produção de conteúdo audiovisual a ser veiculado no serviço de acesso condicionado ou no serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens:

“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”.

17. É clara a preocupação do legislador com possíveis impactos que a entrada das empresas de telecomunicação no mercado da radiodifusão sonora ou de sons e imagens podem acarretar ao setor. A finalidade da restrição à propriedade cruzada de impedir o abuso de poder econômico foi destacada no Parecer da Comissão de Defesa do Consumidor, emitido quando da análise do projeto de lei do qual é oriundo a Lei n. 12.485/2011 (Projeto de Lei n. 29/2007):

“Um dos principais argumentos que embasaram a demanda por uma nova disciplina na comunicação audiovisual eletrônica por

ADI 4923 / DF

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 formatação do mercado, decidiu-se pela imposição de restrições na participação cruzada entre os setores de telecomunicações e de audiovisual”.

As restrições à produção de conteúdo audiovisual, a seu turno, foram justificadas pela Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática em parecer sobre o Projeto de Lei n. 29/2007, não apenas com base na garantia da livre concorrência, mas também na proteção da produção artística e da cultura nacional, considerada a discrepância entre os faturamentos dos setores de telecomunicações e de produção de audiovisual:

“Considerando a discrepância entre a magnitude dos faturamentos dos setores de telecomunicações e de produção de audiovisual – em especial, os radiodifusores –, estabelecemos que as operadoras de telecomunicações de interesse coletivo sejam proibidas de adquirir direitos de exploração de imagens de eventos de interesse nacional, assim como contratar talentos artísticos nacionais, ressalvados os casos em que a aquisição ou a contratação se destinar exclusivamente à produção de peças publicitárias. Desse modo, serão evitadas potenciais distorções induzidas por aplicações massivas de capitais transnacionais na produção artística e cultural nacional”.

18. Essas restrições legais encontram justificação na própria Constituição da República, a qual erigiu a livre concorrência como princípio da ordem econômica (inc. IV do art. 170) e determinou à lei a repressão ao abuso do poder econômico (§ 4º do art. 173), além de vedar

ADI 4923 / DF

que os meios de comunicação social fossem, direta ou indiretamente, objeto de monopólio ou oligopólio (§ 5º do art. 220), com “o objetivo de evitar o controle do ‘mercado de ideias’ por um ou alguns poucos grupos econômicos” (SARMENTO, Daniel. Comentário ao art. 220. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 2.042).

A intervenção do Estado na economia para a garantia da livre concorrência não ofende o princípio da livre iniciativa, até porque, segundo defende parcela da doutrina, aquela é elemento deste. Nos dizeres de José Afonso da Silva:

“A livre concorrência está configurada no art. 170, IV, como um dos princípios da ordem econômica. Ela é uma manifestação da liberdade de iniciativa, e, para garanti-la, a Constituição estatui que 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. 173, § 4º).

*Os dois dispositivos se complementam no mesmo objetivo. Visam tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência, contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista. A constituição reconhece a existência do poder econômico. Este não é, pois, condenado pelo regime constitucional. Não raro esse poder econômico é exercido de maneira anti-social. Cabe, então, ao Estado intervir para coibir o abuso” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 769).*

Para Fernando Herren Aguillar, o princípio da livre concorrência é contraponto ao da livre iniciativa, demandando efetiva interferência do Estado na economia para reprimir o abuso no exercício da liberdade de empreender:

“O princípio da liberdade de concorrência é o contraponto do princípio da liberdade de iniciativa e não seu sinônimo, como alguma doutrina acaba sustentando. O agente econômico é livre para

ADI 4923 / DF

empreender o que bem entenda, desde que não prejudique a liberdade, de outros agentes econômicos, de concorrer. Em sentido inverso, para que haja liberdade de concorrer é preciso que não se utilize em termos absolutos a liberdade de empreender, o que somente pode ser obtido mediante restrições a esta última.

Em síntese, o princípio da liberdade de iniciativa é um direito do agente econômico em face do Estado, demandando uma abstenção deste, enquanto o princípio da livre concorrência é um direito do agente econômico em face de outro agente econômico, demandando não mais a omissão, mas a efetiva interferência estatal na economia.

O princípio da liberdade de concorrência não é atributivo de liberdades em relação ao Estado, mas de prerrogativas de exigir do Estado que atue para reprimir o abuso no exercício de certas liberdades.

Essa oposição é o germe de contradição, coevo às origens do sistema, que influenciará definitivamente as subseqüentes transformações do regime jurídico do capitalismo: para que haja liberdade é necessário restringir a liberdade” (AGUILLAR, Fernando Herren. Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 275).

Além disso, a desconcentração da propriedade das empresas de radiodifusão sonora e de sons e imagens também é benéfica à liberdade de informação, pois, como destaca lição de Walber de Moura Agra, “*com a diversidade dos agentes detentores de veículos de comunicação de massa, o princípio do pluralismo político pode ser mais facilmente alcançado, permitindo-se um amplo debate para conscientizar a sociedade a exercer o seu papel de fiscalização dos negócios públicos*” (AGRA, Walber de Moura. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 857).

Devem ser reputadas constitucionais, portanto, disposições normativas que, visando impedir que o poderio econômico das empresas de telecomunicações interfira na livre concorrência no setor de

ADI 4923 / DF

radiodifusão e na produção de conteúdo nacional, impõe restrições à propriedade cruzada entre essas pessoas jurídicas e à contratação de talento nacional para a produção de conteúdo audiovisual.

Limites dos poderes normativos da Agência Nacional do Cinema - Ancine (arts. 9º, parágrafo único, 21 e 22 da Lei n. 12.485/2011)

19. Quanto às alegações de inconstitucionalidade dos arts. 9º, parágrafo único, 21 e 22 da Lei n. 12.485/2011, argumenta o Democratas – DEM, em sua petição inicial, que tais dispositivos concedem “à ANCINE (Agência Nacional do Cinema) poderes irrestritos para regular o setor audiovisual de acesso condicionado, transformando o órgão em regulador absoluto de atividades de produção, programação e empacotamento relacionadas à distribuição do serviço de televisão por assinatura” (fls. 8-9 da petição inicial).

Argumenta que “a Ancine poderá impor restrições à liberdade de expressão do setor audiovisual de acesso condicionado, valendo-se, para tanto, tão somente de regulamento a ser por ela editado” (fl. 19 da petição inicial), reputando contrariados os arts. 5º, inc. IX, 170, *caput* e inc. IV, 174 e 220, *caput*.

Para Marçal Justen Filho, dentre as atividades administrativas do Estado tem-se a regulação, assim definida:

“A regulação econômico-social consiste na atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais” (Curso de Direito Administrativo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 456).

Para cumprir políticas de governo e implementar os direitos fundamentais, o Estado intervém na vida social e econômica dos sujeitos públicos e privados nos limites da Constituição e da legislação vigente, adotando, para eficiência de sua atuação, mecanismos de regulação.

ADI 4923 / DF

As agências reguladoras provêm de modelo norte-americano e o *“motivo principal da criação dessas agências pelos americanos estava ligado à alta especialização nos vários campos de atuação do Executivo e ao entendimento de que, se houvesse possibilidade de gente especializada executar, melhor seria a prestação do serviço ou a fiscalização”* (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 151).

Celso Antônio Bandeira de Mello qualifica as agências reguladoras como autarquias sob regime especial, criadas para *“disciplinar e controlar certas atividades”* (Curso de Direito Administrativo. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 170). O regime especial dessas agências é aquele disciplinado pela lei que as criou.

No exercício da atividade administrativa de regulação, criou-se a Agência Nacional do Cinema – Ancine, por meio da Medida Provisória n. 2.228-1/2001, a qual detém, entre outras, as seguintes competências:

“Art. 7º A ANCINE terá as seguintes competências:

(...)

II - fiscalizar o cumprimento da legislação referente à atividade cinematográfica e videofonográfica nacional e estrangeira nos diversos segmentos de mercados, na forma do regulamento;

(...)

V - regular, na forma da lei, as atividades de fomento e proteção à indústria cinematográfica e videofonográfica nacional, resguardando a livre manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação;

VI - coordenar as ações e atividades governamentais referentes à indústria cinematográfica e videofonográfica, ressalvadas as competências dos Ministérios da Cultura e das Comunicações;

(...)

XVIII - regular e fiscalizar o cumprimento dos princípios da comunicação audiovisual de acesso condicionado, das obrigações de programação, empacotamento e publicidade e das restrições ao capital

ADI 4923 / DF

total e votante das produtoras e programadoras fixados pela lei que dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado”.

Sobre as funções desempenhadas pelas agências reguladoras, especialmente considerado o seu atributo normativo, leciona Diogo Figueiredo Moreira Neto que

“as normas reguladoras surgem como espécies normativas sui generis, distintas das normas legais tradicionais, empregadas no Direito Administrativo.

(...)

Diferentemente, as normas reguladoras são opções administrativas, também abstratas, embora formuladas com maior densidade técnica, visando à incidência sobre específicas relações interprivadas críticas que foram previamente deslegalizadas, voltadas, assim, não mais a aplicar uma regra legislativa predefinida, mas a equilibrar interesses e valores em concorrência, através de uma nova regra a ser administrativamente definida pelo método da ponderação. Em outros termos: o enunciado dessa norma não define qualquer interesse público específico nem, muito menos, impõe um determinado comportamento, exigível das partes, senão que prescreve uma situação de equilíbrio a ser alcançada ou mantida entre interesses e valores concorrentes” (Direito Regulatório. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 113-114).

Segue o autor, ao tratar da competência normativa na função reguladora, asseverando estar

“na atribuição de uma competência normativa reguladora a chave para operar em setores e matérias em que devem predominar as escolhas técnicas, distanciadas e isoladas das disputas partidárias e dos complexos debates congressuais, pois essas, distintamente, são métodos mais apropriados às escolhas político-administrativas, que deverão, por sua vez, se prolongar em novas escolhas administrativas, sejam elas concretas ou abstratas, para orientar a ação executiva dos órgãos burocráticos da Administração Direta.

Como, em princípio, não se fazia a necessária e nítida diferença entre as matérias que exigem escolhas político-administrativas e as

ADI 4923 / DF

matérias em que devam predominar as escolhas técnicas, a competência legislativa dos parlamentos, que, tradicionalmente, sempre lhes foi privativa, na linha do postulado da separação dos Poderes, se exerceu, de início, integral e indiferenciadamente sobre ambas.

Somente com o correr do tempo e a crescente complexificação da convivência social veio o reconhecimento da necessidade de se fazer essa distinção, até mesmo para evitar o grave inconveniente de cristalizarem-se na lei inúmeras decisões técnicas, tornando-as rapidamente obsoletas, desenvolvendo-se, por isso, como opção, as variedades de delegações legislativas” (Direito Regulatório. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 117).

Quanto a esse mesmo aspecto, Floriano Azevedo Marques Neto assevera:

“Se bem é verdade que a atividade regulatória não pode prescindir de uma forte e bem articulada base legal, certo também é a impossibilidade de que todo o arcabouço regulatório seja editado pelo Parlamento. A especialidade, a complexidade, a multiplicidade e a velocidade de surgimento das questões regulatórias determinam a necessidade de que parcela significativa da regulação estatal seja delegada ao órgão regulador” (A nova regulação estatal e as agências independentes. In: Direito Administrativo Econômico Coord. Carlos Ari Sunfeld, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 82).

20. Este Supremo Tribunal tem fixado balizas para a interpretação pontual dos atos regulatórios segundo a máxima de convergência entre o propósito legislativo, as diretrizes políticas de criação (e legitimação) da agência reguladora e a autonomia técnica de seus integrantes:

*“EMENTA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE PROPOSTA PELO
GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO. LEI ESTADUAL
Nº 12.623/2007. DISCIPLINA DO COMÉRCIO DE ARTIGOS DE
CONVENIÊNCIA EM FARMÁCIAS E DROGARIAS.
USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA UNIÃO.*

ADI 4923 / DF

IMPROCEDÊNCIA. A Lei Federal 5.991/73, ao dispor sobre o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, destinou a farmácias e drogarias a exclusividade na comercialização de tais produtos sem proibir, contudo, a oferta de artigos de conveniência. A mera disciplina acerca dos produtos de conveniência que também podem ser comercializados em tais estabelecimentos não extrapola a competência supletiva estadual. O Plenário desta Corte já enfrentou a questão ao julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade propostas pelo Procurador-Geral da República contra diversas leis estaduais - que também disciplinavam a comercialização de artigos de conveniência em farmácias e drogarias-, concluindo pela constitucionalidade das normas impugnadas, seja pela natureza – comércio local-, seja pelo legítimo exercício da competência suplementar dos legisladores estaduais no campo da defesa da saúde - a que se refere o art. 24, XII, da Constituição da República-, seja pela desproporcionalidade da limitação ao exercício da livre iniciativa requerida. Às agências reguladoras não compete legislar, e sim promover a normatização dos setores cuja regulação lhes foi legalmente incumbida. A norma regulatória deve se compatibilizar com a ordem legal, integrar a espécie normativa primária, adaptando e especificando o seu conteúdo, e não substituí-la ao inovar na criação de direitos e obrigações. Em espaço que se revela qualitativamente diferente daquele em que exercida a competência legiferante, a competência regulatória é, no entanto, conformada pela ordem constitucional e legal vigente. As normas da ANVISA que extrapolem sua competência normativa – como é o caso da proibição de comércio de artigos de conveniência em farmácias e drogarias - não se revelam aptas a obstar a atividade legiferante dos entes federados. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente” (ADI 4.093, Relatora a Ministra Rosa Weber, Plenário, DJe 17.10.2014- grifos nossos).

No mesmo sentido:

“Embora apto a produzir atos abstratos com força de lei, o poder de editar normas do Tribunal Superior Eleitoral, no âmbito

ADI 4923 / DF

administrativo, tem os seus limites materiais condicionados aos parâmetros do legislador complementar, no caso a Lei Complementar nº 78/1993 e, de modo mais amplo, o Código Eleitoral, recepcionado como lei complementar. Poder normativo não é poder legislativo. A norma de caráter regulatório preserva a sua legitimidade quando cumpre o conteúdo material da legislação eleitoral. Pode conter regras novas, desde que preservada a ordem vigente de direitos e obrigações, limite do agir administrativo. Regras novas, e não direito novo” (ADI 4.965, Relatora a Ministra Rosa Weber, Plenário, DJe 30.10.2014 – grifos nossos).

É assente que o exercício da função normativa não decorre de delegação da função legislativa, não envolvendo, portanto, derrogação do princípio da separação dos poderes, sendo certo, ainda, que a observância dos limites impostos pela lei regulamentada enseja tão-somente conflito resolúvel no campo da legalidade, matéria insuscetível de exame em controle abstrato de constitucionalidade (*v.g.*, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.670, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 10.10.2002; Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.628, Redatora para acórdão Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 5.3.2004; Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 996, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 6.5.1994; Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.388, Rel. Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, DJ 14.11.1996; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 210, Rel. Min. Carlos Britto, decisão monocrática, DJe 24.5.2010; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 119, Rel. Min. Eros Grau, decisão monocrática, DJe 30.3.2010).

De outra parte, caso se configurasse inovação em sede de regulamentação expedida por agência reguladora, ter-se-ia ato normativo autônomo, cujo conteúdo seria de lei ordinária em sentido material, autorizando, assim, a via do controle abstrato de constitucionalidade por este Supremo Tribunal (*v.g.*, Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.731, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno,

ADI 4923 / DF

DJe 10.10.2007; Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.222, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJ 11.4.2003; Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.439, Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 14.9.2001; Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.308, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 5.10.2001).

Assim, a incidência do controle legal, e porventura judicial, sobre as normas advindas dos dispositivos normativos ora questionados, considerado que “as agências reguladoras estão submetidas, como órgãos administrativos, ao princípio da legalidade” (ADI 4.954, Relator o Ministro Marco Aurélio, Plenário, DJe 29.10.2014), aliada à previsão de balizas legais próprias pertinentes à atuação da Agência Nacional do Cinema - Ancine convalidam a atribuição normativa daquela agência reguladora na espécie vertente, pelo que os arts. 9º, parágrafo único, 21 e 22 da Lei n. 12.485/2011 não se revelam, nos termos da fundamentação posta, contrários à Constituição da República.

Reserva da gestão, da responsabilidade editorial e das atividades de seleção e direção inerentes à programação e ao empacotamento aos brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos (caput e § 1º do art. 10 da Lei n. 12.485/2011)

21. O art. 10 reserva a gestão, a responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção inerentes à programação e ao empacotamento aos brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos:

“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

ADI 4923 / DF

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”.

O Democratas sustenta que essas disposições legais seriam ofensivas ao princípio da isonomia, pois *“torna obrigatória uma discriminação ao cidadão estrangeiro no exercício de atividade profissional (...)”*.

Contudo, esse argumento não merece ser acolhido. Desde a Constituição de 1934, a responsabilidade e a orientação intelectual das empresas jornalísticas é reservada aos brasileiros. A Constituição de 1946 estendeu essa restrição também às empresas de radiodifusão. A norma original do art. 222 da Constituição de 1988 também reservava a responsabilidade administrativa e a orientação intelectual das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens aos brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos.

O alcance dessa restrição foi ampliada pela Emenda Constitucional n. 36/2002, que alterou a norma do § 2º do art. 222 da Constituição da República que dispõe atualmente que *“a responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, em qualquer meio de comunicação social”*.

A reserva dessas atividades aos brasileiros natos e naturalizados há mais de dez anos foi, portanto, estendida a todos os meios de comunicação social pela Emenda Constitucional n. 36/2002, alcançando também os meios de comunicação social eletrônicos, dos quais é espécie a comunicação audiovisual de acesso condicionado. Dessa forma, o art. 10 nada mais vez do que reproduzir quase a literalidade do § 2º do art. 222 da Constituição da República, não havendo ofensa ao princípio da isonomia.

ADI 4923 / DF

A restrição constitucional tem por finalidade evitar que a programação dos meios de comunicação social sirvam a interesses estrangeiros. Nesse ponto, observa-se que a soberania nacional não é apenas fundamento da República Federativa do Brasil (inc. I do art. 1º da Constituição), mas também princípio da ordem econômica (inc. I do art. 170 da Constituição).

Exigência de prévio credenciamento e prestação de informações das atividades de programação e empacotamento perante à Agência Nacional do Cinema - Ancine e necessária observância desses requisitos para prestação do serviço de acesso condicionado (arts. 12, 13 e 31 da Lei n. 12.485/2011)

22. No que diz respeito à alegação de contrariedade dos arts. 12, 13 e 31 da Lei n. 12.485/2011 aos incs. IX e XXXII do art. 5º e ao inc. I do § 3º do art. 220 da Constituição da República, também não assiste razão às autoras.

A discussão sobre a possibilidade de o Estado exigir habilitação prévia com o intuito de permitir maior efetividade na averiguação e controle de atividades postas sob sua fiscalização não é nova neste Supremo Tribunal Federal.

23. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.062/DF, Relator o Ministro Luiz Fux, o Plenário deste Supremo Tribunal Federal assentou:

“DIREITO CONSTITUCIONAL, CIVIL E ADMINISTRATIVO. GESTÃO COLETIVA DE DIREITOS AUTORAIS. LEI Nº 12.583/2013. NOVO MARCO REGULATÓRIO SETORIAL. ARGUIÇÃO DE VIOLAÇÕES FORMAIS E MATERIAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. NÃO OCORRÊNCIA. ESCOLHAS REGULATÓRIAS TRANSPARENTES E CONSISTENTES. MARGEM DE CONFORMAÇÃO LEGISLATIVA RESPEITADA. DEFERÊNCIA JUDICIAL. PEDIDO CONHECIDO E JULGADO

ADI 4923 / DF

IMPROCEDENTE. (...) 13. A exigência de habilitação prévia configura típico exercício de poder de polícia preventivo, voltado a aferir o cumprimento das obrigações legais exigíveis desde o nascedouro da entidade” (ADI 5.062, Relator o Ministro Luiz Fux, Plenário, DJe 21.6.2017 – grifos nossos).

O credenciamento e a necessidade de prestação de informações pelas empresas credenciadas, inclusive a possibilidade de distribuição de conteúdo empacotado por empresa credenciada, não podem ser vistos aqui como meros atos burocráticos do poder Público. Essas exigências são, em verdade, meios de exercício do poder de polícia de forma preventiva, os quais não se confundem, sobremaneira, com realização de censura prévia pelo Estado.

Sobre essa acepção do poder de polícia, relevante transcrever a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Uma vez que o poder de polícia se caracteriza – normalmente – pela imposição de abstenções aos particulares, não há que imaginá-lo existente em manifestações da Administração que, contrariamente, impõem prestações positivas aos administrados, sujeitando-os a obrigações de dar, como nas requisições de bens, ou de fazer, como nas requisições de serviços.

Em umas e outras o Poder Público impõe ao particular um dever de agir, ao passo que através da polícia administrativa exige-se, de regra, uma inação, um non facere. Às vezes há, aparentemente, obrigação de fazer. Por exemplo: exhibir planta para licenciamento de construção; fazer exame de habilitação para motorista; colocar equipamento contra incêndio nos prédios. É mera aparência de obrigação de fazer. O Poder Público não quer estes atos. Quer, sim, evitar que as atividades ou situações pretendidas pelos particulares sejam efetuadas de maneira perigosa ou nociva, o que ocorreria se realizadas fora destas condições” (Curso de Direito Administrativo. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 838-839).

Cotas para produção audiovisual nacional (arts. 16, 17, 19, 18, 20 e 23 da Lei n.

ADI 4923 / DF

12.485/2011)

24. A Lei n. 12.485/2011 previu uma série de medidas direcionadas a estimular a produção audiovisual nacional, inclusive independente. Seu art. 16 estabeleceu cota mínima de três horas e trinta minutos semanais do horário nobre nos canais de espaço qualificado¹, para conteúdos brasileiros, metade dos quais produzido por produtora brasileira independente²:

“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”.

O art. 17 dispôs, ademais, sobre cota mínima de um terço dos canais de espaço qualificado existentes em cada pacote oferecido ao assinante, para canais brasileiros de espaço qualificado; um terço destes, ademais,

1 Nos termos do inc. II do art. 2º da Lei n. 12.485/2011, considera-se canal de espaço qualificado o *“canal de programação que, no horário nobre, veicule majoritariamente conteúdos audiovisuais que constituam espaço qualificado”*. Espaço qualificado, por sua vez, é o *“espaço total do canal de programação, excluindo-se conteúdos religiosos ou políticos, manifestações e eventos esportivos, concursos, publicidade, televentas, infomerciais, jogos eletrônicos, propaganda política obrigatória, conteúdo audiovisual veiculado em horário eleitoral gratuito, conteúdos jornalísticos e programas de auditório ancorados por apresentador”* (inc. XII do art. 2º da Lei n. 12.485/2011).

2 *“Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se:*

(...)

XIX - Produtora Brasileira Independente: produtora brasileira que atenda os seguintes requisitos, cumulativamente:

a) não ser controladora, controlada ou coligada a programadoras, empacotadoras, distribuidoras ou concessionárias de serviço de radiodifusão de sons e imagens;

b) não estar vinculada a instrumento que, direta ou indiretamente, confira ou objective conferir a sócios minoritários, quando estes forem programadoras, empacotadoras, distribuidoras ou concessionárias de serviços de radiodifusão de sons e imagens, direito de veto comercial ou qualquer tipo de interferência comercial sobre os conteúdos produzidos;

c) não manter vínculo de exclusividade que a impeça de produzir ou comercializar para terceiros os conteúdos audiovisuais por ela produzidos”.

ADI 4923 / DF

deve ser programado por programadora brasileira independente³, até o limite de doze canais brasileiros de espaço qualificado, em regra:

“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.

§ 1º Da parcela mínima de canais brasileiros de espaço qualificado de que trata o caput, pelo menos 1/3 (um terço) deverá ser programado por programadora brasileira independente.

§ 2º A empacotadora estará obrigada a cumprir o disposto no caput até o limite de 12 (doze) canais brasileiros de espaço qualificado.

§ 3º As empacotadoras que ofertarem pacotes distribuídos por tecnologias que possibilitem distribuir, no máximo, pacotes com até 31 (trinta e um) canais de programação estarão obrigadas a cumprir o disposto no caput deste artigo até o limite de 3 (três) canais, bem como serão dispensadas do cumprimento do disposto no art. 18.

§ 4º Dos canais brasileiros de espaço qualificado a serem veiculados nos pacotes, ao menos 2 (dois) canais deverão veicular, no mínimo, 12 (doze) horas diárias de conteúdo audiovisual brasileiro produzido por produtora brasileira independente, 3 (três) das quais em horário nobre.

§ 5º A programadora de pelo menos um dos canais de que trata o § 4º não poderá ser controlada, controladora ou coligada a concessionária de serviço de radiodifusão de sons e imagens”.

Pelo que dispõe o art. 18, é obrigatória, nos pacotes em que houver canal de programação gerado por programadora brasileira que possua majoritariamente conteúdos jornalístico no horário nobre, a oferta de pelo menos um canal adicional de programação com as mesmas características no mesmo pacote ou na modalidade avulsa de programação:

“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.

3

ADI 4923 / DF

Parágrafo único. As programadoras dos canais de que trata o caput deste artigo não poderão deter relação de controle ou coligação entre si”.

O art. 19, por sua vez, desconsidera, para fins de cumprimento das cotas previstas nos arts. 16 e 17, os canais de carregamento obrigatório, os canais operados sob a responsabilidade do Poder Público, os canais ofertados na modalidade avulsa de programação, entre outros:

“Art. 19. Para efeito do cumprimento do disposto nos arts. 16 e 17, serão desconsiderados: (Vigência)

I - os canais de programação de distribuição obrigatória de que trata o art. 32, ainda que veiculados em localidade distinta daquela em que é distribuído o pacote;

II - os canais de programação que retransmitirem canais de geradoras detentoras de outorga de radiodifusão de sons e imagens em qualquer localidade;

III - os canais de programação operados sob a responsabilidade do poder público;

IV - os canais de programação cuja grade de programação não tenha passado por qualquer modificação para se adaptar ao público brasileiro, incluindo legendagem, dublagem para língua portuguesa ou publicidade específica para o mercado brasileiro;

V - os canais de programação dedicados precipuamente à veiculação de conteúdos de cunho erótico;

VI - os canais ofertados na modalidade avulsa de programação;

VII - os canais de programação ofertados em modalidade avulsa de conteúdo programado.

§ 1º Para os canais de que trata o inciso VI, aplica-se o disposto no art. 16.

§ 2º Na oferta dos canais de que trata o inciso VII, no mínimo 10% (dez por cento) dos conteúdos ofertados que integrarem espaço qualificado deverão ser brasileiros.

§ 3º O cumprimento da obrigação de que trata o § 2o será aferido em conformidade com período de apuração estabelecido pela Ancine.

§ 4º Para efeito do cumprimento do disposto no art. 18, serão

ADI 4923 / DF

desconsiderados os canais de que tratam os incisos III, IV, V e VII do caput deste artigo”.

Tem-se, ainda, do art. 20 da Lei n. 12.485/2011, limites temporais de produção do conteúdo nacional referido nos arts. 16 a 18:

“Art. 20. A programadora ou empacotadora, no cumprimento das obrigações previstas nos arts. 16 a 18, observará as seguintes condições:

I - pelo menos a metade dos conteúdos audiovisuais deve ter sido produzida nos 7 (sete) anos anteriores à sua veiculação;

II - o conteúdo produzido por brasileiro nato ou naturalizado há mais de 10 (dez) anos será equiparado ao produzido por produtora brasileira;

III - o conteúdo produzido por brasileiro nato ou naturalizado há mais de 10 (dez) anos será equiparado ao produzido por produtora brasileira independente, caso seu produtor atenda as condições previstas na alínea ‘c’ do inciso XIX do art. 2º;

IV - quando o cálculo dos percentuais e razões não resultar em número inteiro exato, considerar-se-á a parte inteira do resultado”.

O art. 23, a seu turno, tratou do estabelecimento progressivo das cotas previstas nos arts. 16 e 17 durante os dois primeiros anos de vigência da Lei n. 12.485/2011:

“Art. 23. Nos 2 (dois) primeiros anos de vigência desta Lei, o número de horas de que trata o caput do art. 16, as resultantes das razões estipuladas no caput e no § 1º do art. 17 e o limite de que trata o § 3º do art. 17 serão reduzidos nas seguintes razões:

I - 2/3 (dois terços) no primeiro ano de vigência da Lei;

II - 1/3 (um terço) no segundo ano de vigência da Lei”.

Relevante destacar, ainda, que o art. 41, não impugnado nestas ações, determinou o término da vigência dos arts. 16 a 23 após doze anos da promulgação da Lei n. 12.485/2011.

25. Como bem se vê, os dispositivos legais questionados estabelecem

ADI 4923 / DF

diversas previsões direcionadas à promoção da produção audiovisual brasileira e independente, dando cumprimento a princípio previsto no inc. II do art. 221 da Constituição da República, aplicado ao serviço de acesso condicionado por força de seu § 3º do art. 222.

O § 3º do art. 222 da Constituição determina a observância, pelos meios de comunicação eletrônica, dos princípios erigidos pelo seu art. 221, na forma de lei específica, que deve garantir, ainda, *“a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais”*.

Assim, ao instituir novo marco regulatório para a comunicação audiovisual de acesso condicionado, a Lei n. 12.485/2011 nada mais fez do que regulamentar o § 3º do art. 222 da Constituição, delineando a forma através da qual o princípio preconizado no inc. II do art. 221 se aplica àquele serviço.

Tem-se aqui limitação da livre iniciativa visando à consecução do interesse público em promover a cultura nacional e em estimular a produção independente brasileira, a qual não tem capacidade de competir com produções estrangeiras oriundas de países com tradição no setor.

Assim, o estabelecimento de cotas para conteúdos nacionais e conteúdos de produtoras brasileiras independentes é legítimo, pois, como visto, cumpre determinação da própria Constituição da República. Segundo Márcio Iorio Aranha, decorre dos princípios do art. 221 *“a possibilidade jurídica de limitações normativas e administrativas em especial sobre a produção e programação das emissoras de rádio e de televisão aberta e da comunicação social eletrônica (...)”* (ARANHA, Márcio Iorio. Comentário ao art. 221. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 2.048).

ADI 4923 / DF

A Lei n. 12.485/2011 dá cumprimento, ademais, à determinação do art. 215 da Constituição da República, segundo o qual o Estado deve garantir a todos o “*acesso às fontes da cultura nacional*”, além de apoiar e incentivar “*a valorização e a difusão das manifestações culturais*”.

26. No caso do art. 18 da Lei n. 12.485/2011, ao determinar a oferta de pelo menos mais um canal nacional de conteúdo majoritariamente jornalístico, o legislador ordinário visa assegurar, ainda, a finalidade informativa que deve permear a comunicação audiovisual de acesso condicionado por determinação do inc. I do art. 221 da Constituição.

A finalidade informativa preconizada pela Constituição da República certamente não é atingida com a oferta de apenas um canal nacional de conteúdo majoritariamente jornalístico. A Constituição se importa com a pluralidade de fontes de informação, tanto é que vedou expressamente, no § 4º do art. 220, que os meios de comunicação social fossem objeto de monopólio ou oligopólio.

Daniel Sarmento defende, nesse contexto, que a liberdade de expressão e de imprensa preconizadas na Constituição da República têm dúplice dimensão, apresentando-se não apenas como garantias liberais defensivas, mas também como garantias democráticas positivas. É, assim, dever do Estado “*não apenas respeitar a liberdade de expressão, abstendo-se de violar este direito fundamental pela sua ação, como regular o exercício de atividades expressivas com vistas a fomentar a inclusão do maior número possível de grupos sociais e pontos de vista distintos no mercado de ideias*” (SARMENTO, Daniel. Comentário ao art. 220. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 2.041).

Em linha de entendimento semelhante, José Afonso da Silva enxerga, na liberdade de informação jornalística assegurada pela Constituição,

ADI 4923 / DF

mais do que a simples liberdade de informar, mas verdadeiro direito coletivo à informação:

“A liberdade de informação não é simplesmente a liberdade do dono da empresa jornalística ou do jornalista. A liberdade destes é reflexa no sentido de que ela só existe e se justifica na medida do direito dos indivíduos a uma informação correta e imparcial. A liberdade dominante é a de ser informado, a de ter acesso às fontes de informação, a de obtê-la” (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 250).

O direito à informação certamente é prestigiado pelo art. 18 da Lei n. 12.485/2011, que também impõe legítima restrição à livre iniciativa ao obrigar a oferta de pelo menos mais um canal nacional de conteúdo majoritariamente jornalístico.

Limite máximo de tempo destinado à publicidade comercial (art. 24 da Lei n. 12.485/2011)

27. O art. 24 da Lei n. 12.485/2011 impõe limite máximo ao tempo destinado em cada canal de programação à publicidade comercial, equivalente ao limite estabelecido para o serviço de radiodifusão de sons e imagens (vinte e cinco por cento do total, nos termos do art. 124 do Código Brasileiro de Telecomunicações⁴), ressalvados os canais de oferta obrigatória e os canais exclusivos de publicidade comercial, de vendas e de infomerciais:

“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”.

⁴ Art. 124. O tempo destinado na programação das estações de radiodifusão, à publicidade comercial, não poderá exceder de 25% (vinte e cinco por cento) do total.

ADI 4923 / DF

A limitação da publicidade comercial no serviço de acesso condicionado pode ser fundamentada em duas disposições constitucionais. A primeira delas é a defesa do consumidor, princípio da ordem econômica preconizado pelo inc. V do art. 170 da Constituição. Ao contrário da radiodifusão de sons e imagens, o serviço de acesso condicionado, como o próprio nome demonstra, tem sua prestação condicionada ao pagamento de contraprestação pelo assinante.

Considerando que o consumidor já paga assinatura para acesso ao serviço, seria irrazoável permitir que as programadoras veiculassem publicidade comercial em proporção maior ao admitido em relação às concessionárias e permissionárias de radiodifusão de sons e imagens.

A veiculação excessiva de publicidade comercial também não se mostra consonante com os princípios constitucionais que regem os meios de comunicação social eletrônica, em especial aquele que determina a preferência por “*finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas*”.

Afigura-se legítimo, assim, o estabelecimento de tempo máximo destinado à publicidade em cada canal de programação, não se verificando qualquer ofensa ao art. 170 da Constituição da República.

Inviabilidade de programação de canais com publicidade em língua portuguesa, com legenda em português ou direcionada ao público brasileiro sem intermediação de agência de publicidade nacional (art. 25 da Lei n. 12.485/2011)

28. No que concerne ao pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 25 da Lei n. 12.485/2011, formulado pelo Democratas – DEM, cumpre registrar ter esse partido político asseverado, em suma, “*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 casa daqueles produtos ou de produtos (ainda que estrangeiros) fornecidos por empresas de capital nacional. (...) O*

ADI 4923 / DF

argumento de que a cultura nacional e a produção independente só serão promovidos e estimulados se tiverem presença obrigatória em todos os canais não procede, até mesmo porque uma coisa é estimular a cultura nacional, outra muito diferente é impor aos consumidores o consumo de cultura nacional. Trata-se de limitação da liberdade do destinatário em favor do mercado das empresas brasileiras” (fls. 24-25 da petição inicial).

Não parece pertinente, por não sobreviver a juízo de razoabilidade, o tratamento legal diferenciado previsto no art. 25 da Lei n. 12.485/2011, no qual se concede, em suma, reserva de mercado a agências de publicidade nacional.

Este Supremo Tribunal já reconheceu, considerado o âmbito de liberdade de conformação legislativa, essencialmente na definição dos motivos, meios e fins abrangidos pelos atos normativos, a necessidade de vinculação razoável e proporcional da norma diante da Constituição da República:

“A cláusula do devido processo legal - objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição - deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas, sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário. A essência do substantive due process of law reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade. Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe da competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal” (ADI 1.063-MC, Relator o Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ 27.4.2001).

ADI 4923 / DF

Não há, na espécie, fator a justificar juridicamente a discriminação estabelecida no referido dispositivo legal, não sendo compatível a distinção legalmente definida em benefício das agências brasileiras de publicidade com o princípio da isonomia, quanto mais se se considerar a reconhecida atuação das empresas de publicidade nacionais no mercado publicitário internacional.

Relevante, contudo, manter em foco a ponderação, como bem ressaltado pelo voto parcialmente divergente proferido pelo Ministro Edson Fachin, da espacialidade da liberdade de conformação legislativa do Poder Legislativo, especialmente quando se tratar, como na espécie, de ato legal representativo de uma reformulação fundamental do marco regulatório do serviço de comunicação audiovisual de acesso condicionado.

A Advocacia Geral da União, nesse específico ponto, assevera que *“a política de cotas, através de mínima intervenção estatal, busca fomentar o mercado interno, estimular a produção independente, além de promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro. A tutela e a promoção de tais valores mostram-se essenciais no mundo globalizado e buscam resguardar a identidade brasileira”* (fl. 28 da manifestação da Advocacia Geral da União na ADI 4.679/DF).

No mesmo sentido, a Procuradoria Geral da República alega que *“a intervenção do Estado no domínio econômico representada pelas normas impugnadas subsiste ao chamado teste de proporcionalidade, por ser (i) adequada à finalidade de difundir conteúdo cultural brasileiro em meio de comunicação de acesso restrito a consumidores de médio e alto poder aquisitivo; (ii) necessária e exigível para se atingir esse resultado e, com isso, se assegurar o interesse público na promoção da cultura nacional; e (iii) proporcional em sentido estrito, na medida em que oferecem mais bônus à sociedade que ônus às empresas privadas de comunicação audiovisual de acesso restrito, as quais não é vedada a veiculação de quaisquer conteúdos”* (fl. 11 do parecer da Procuradoria Geral da

ADI 4923 / DF

República na ADI 4.679/DF).

29. Em uma análise detida dos motivos conducentes à produção da norma veiculada no art. 25 da Lei n. 12.485/2011, bem como dos resultados objetivamente almejados com referido dispositivo legal, reconhece-se que a criação de mecanismo anti-isonômico de prevalência de atuação, em caráter exclusivo, das agências nacionais de publicidade, apesar de prefacialmente poder ser objeto de consideração em sede legislativa, não pode transbordar excessivamente da conformação da razoabilidade exigida pela Constituição da República, essencialmente em face da mitigação constitucional da diferenciação entre brasileiros e estrangeiros.

Mesmo ao se considerar os possíveis benefícios que adviriam do dispositivo legal ora versado, seja como fator de equilíbrio do mercado publicitário nacional, seja sob o viés de proteção da audiência brasileira contra um possível descompasso das produções publicitárias estrangeiras, ou mesmo como medida de preservação da cultura e do patrimônio nacionais em peças publicitárias, inexistente vínculo lógico e razoável entre a regra de exclusividade de mercado prevista no art. 25 da Lei n. 12.485/2011 e os referidos resultados positivos.

Ao discorrer sobre a igualdade na criação do direito, Canotilho ensina que *“o princípio da igualdade, no sentido de igualdade na própria lei, é um postulado de racionalidade prática: para todos os indivíduos com as mesmas características devem prever-se, através da lei, iguais situações ou resultados jurídicos”* (Canotilho, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 4 ed. Coimbra: Almedina, p. 417.).

Desse modo, não há norma constitucional autorizadora do tratamento desigual apontado no dispositivo normativo questionado, apta a conferir validade à concessão de espaço de atuação exclusiva, fora portanto das regras de livre concorrência, às agências de publicidade

ADI 4923 / DF

nacionais. Ao contrário, a ordem constitucional brasileira adota como princípio basilar a livre iniciativa, que se realiza não apenas, mas justamente pela habilitação de agentes diversos em competição no mercado brasileiro.

Possibilidade de exercício da atividade de distribuição por empresas sem prévia licitação (art. 29 da Lei n. 12.485/2011)

30. Quanto ao pleito de interpretação conforme à Constituição da República do art. 29 da Lei n. 12.485/2011, o Democratas – DEM sustenta, em linhas gerais, que, *“ainda que se entenda que o serviço de acesso condicionado deva ser prestado sob o regime privado, a licitação revela-se necessária em face da escassez dos meios físicos para a prestação dos serviços e pela evidente desigualdade de condições entre competidores. De outra sorte, ultrapassando as questões do direito concorrencial, existe uma problemática com relação ao princípio da impessoalidade na repentina alteração do marco normativo dos serviços. Modifica-se o seu regime jurídico, supondo-se que ele passou a ser de caráter privado, e permite-se a entrada de novos competidores. A observância ao postulado da impessoalidade, na espécie, ocorre mediante a realização de certame licitatório”* (fl. 37 da petição inicial).

Somam-se a esses argumentos as alegações da Associação Brasileira de Radiodifusores – ABRA e da Associação Neotv, as quais afirmam ter se *“ignor[ado] o fato de a natureza jurídica do serviço de acesso condicionado ser afetada pelo bloco de normas constitucionais que incide sobre a atividade de televisão, a qual, ante o interesse público que traduz – e que justifica, inclusive, a titularidade estatal (CF, art 21, XI, e arts. 221 e 223) –, está submetida a diversas formas de condicionamentos, entre o que: a observância, para fins de outorga a particulares, do prévio procedimento licitatório”* (fls. 68 e 69 da petição inicial da Associação Brasileira de Radiodifusores – ABRA).

Argumentam serem *“três as razões impositivas de uma postura diferenciada do Estado em relação às regras de entrada de operadores privados*

ADI 4923 / DF

interessados na exploração do serviço: (i) o fato de o serviço de acesso condicionado inserir-se no campo de atividades que a Constituição regula como serviços de interesse público que ultrapassam a linha de mercado (CF, arts. 221 a 223); (ii) a dificuldade de convivência de diversas redes de cabo em uma mesma base territorial, tendente a uma situação de oligopólio; e (iii) a necessidade de resguardo ao princípio da impessoalidade para escolha dos futuros autorizatários, tendo-se em vista, outrossim, a situação de desigualdade gerada pela nova lei relativamente aos prestadores admitidos sob a vigência do regime anterior” (fl. 72 da petição inicial da Associação Brasileira de Radiodifusores – ABRA).

31. Constituído sob o pálio do inc. XI do art. 21 da Constituição da República, no qual se determina que *“compete à União (...) explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei”*, o inc. XXIII do art. 2º da Lei n. 12.485/2011 assinala ser o serviço de acesso condicionado um *“serviço de telecomunicações de interesse coletivo prestado no regime privado”*.

Reconhecendo a amplitude dos meios que buscam albergar todos os concorrentes interessados em atuar na área de serviço de acesso condicionado, a norma buscou harmonizar-se com a Lei n. 9.472/1997 – Lei Geral de Telecomunicações -, a qual, ao reconhecer a possibilidade de prestação dos serviços de telecomunicações em regimes públicos ou privados (art. 63), explicita que

“Art. 126. A exploração de serviço de telecomunicações no regime privado será baseada nos princípios constitucionais da atividade econômica.

(...)

Art. 131. A exploração de serviço no regime privado dependerá de prévia autorização da Agência, que acarretará direito de uso das radiofrequências necessárias.

§ 1º Autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias”.

ADI 4923 / DF

Em suma, todo aquele que pretender prestar serviço no setor de comunicação audiovisual de acesso condicionado, considerando-se especificamente a possibilidade de atuar “*por meios eletrônicos quaisquer*” (inc. VI do art. 2º da Lei n. 12.485/2011), terá, cumprindo-se os requisitos objetivos postos em sede legal, condições de participar do referido mercado.

32. As autoras não se desincumbiram do dever de fundamentar, com dados precisos, suas alegações de escassez de recursos técnicos que tornaria inviável a universalização de participação de interessados no mercado e justificaria a realização de certames licitatórios na espécie vertente.

Ademais, os argumentos levantados em audiência pública levam à conclusão de que o serviço de TV por assinatura não seria uma atividade que a União se comprometeria a assegurar a existência, a universalização e a continuidade, quanto mais se se considerar que esse serviço convive paralelamente à rede de sinal aberto pelas empresas de radiodifusão de sons e imagens.

Acolhendo essa argumentação, a Advocacia Geral da União asseverou que

“a referida norma consagra a liberdade de atuação na distribuição por meio do serviço de acesso condicionado. Tal liberdade compatibiliza-se com a regra inserta no artigo 1º, inciso XXIII, da lei hostilizada, a qual conceitua serviço de acesso condicionado como serviço de telecomunicações de interesse coletivo prestado no regime privado.

(...)

Além disso, quanto ao tema, esclarece a Consultoria Jurídica do Ministério das Comunicações que ‘a outorga do serviço é distinta da outorga da radiofrequência [a qual exige prévia licitação]. Destarte, os serviços do SeAC não precisam ser licitados, eis que acessível a todos,

ADI 4923 / DF

bastando pagar pela outorga junto a Anatel” (fls. 28-29 da manifestação da Advocacia Geral da União).

No mesmo sentido, manifestou-se a Procuradoria Geral da República:

“a licitação não é a única modalidade de procedimento administrativo de seleção/contratação que garante tratamento igualitário aos particulares nas relações com o poder público.

Em segundo lugar, tal como nas concessões e permissões, as autorizações conferidas pelo poder público para o desempenho de serviços públicos também estão permeadas por dinâmicas e mecanismos que asseguram um tratamento equânime aos particulares pleiteantes.

Em terceiro lugar, porque depreende-se de uma interpretação sistemática da Constituição que deve incidir a autorização, não a licitação, no caso específico de serviços de telecomunicações. Por um lado, o caput do art. 175 da CR traz uma regra geral que determina seja sempre realizada licitação para a prestação de serviços públicos de modo indireto (através de particulares), por meio de concessões ou permissões. De outra banda, o inciso XI do art. 21 e o caput do art. 223, ambos da CR, apresentam regra específica para os serviços públicos de telecomunicações, agregando a possibilidade de prestação por particulares mediante autorização.

Eis o caso em questão, pois o serviço audiovisual de acesso condicionado é definido pelo art. 2º, inciso XXIII, da Lei nº 12.485/11 como ‘serviço de telecomunicações de interesse coletivo prestado no regime privado’ (fls. 11-12 do parecer da Procuradoria Geral da República).

Assim, merece ser rejeitado o pedido de interpretação conforme à Constituição da República do art. 29 da Lei n. 12.485/2011, para reconhecer a plena validade constitucional da utilização de autorizações administrativas no regime de outorgas previsto no âmbito do serviço de acesso condicionado.

ADI 4923 / DF

Obrigatoriedade de cessão gratuita da programação transmitida em tecnologia analógica pelas geradoras locais de radiodifusão de sons e imagens (§§ 2º, 12, 13 e 14 do art. 32 da Lei n. 12.485/2011)

33. O art. 32 da Lei n. 12.485/2011 elenca uma série de canais de programação de carregamento obrigatório (ou *must-carry's*), sendo eles: *a*) os canais transmitidos em tecnologia analógica pelas geradoras locais de radiodifusão de sons e imagens; *b*) um canal reservado para a Câmara dos Deputados; *c*) um canal reservado para o Senado Federal; *d*) um canal reservado ao Supremo Tribunal Federal; *e*) um canal reservado para a prestação de serviços de radiodifusão pública pelo Poder Executivo; *f*) um canal reservado para a emissora oficial do Poder Executivo; *g*) um canal educativo e cultural, organizado pelo Governo Federal; *h*) um canal comunitário para utilização livre e compartilhada por entidades não governamentais e sem fins lucrativos; *i*) um canal de cidadania, organizado pelo Governo Federal; *j*) um canal legislativo municipal/estadual; e *k*) um canal universitário.

O § 2º do art. 32 da Lei n. 12.485/2011 determina que a cessão às distribuidoras das programações das geradoras locais de radiodifusão e de imagens seja feita a título gratuito e obrigatório. O § 12 faculta a essas geradoras a oferta de sua programação transmitida com tecnologia digital para as distribuidoras, caso em que podem estas descontinuar a transmissão da programação com tecnologia analógica.

O § 13, a seu turno, prevê que, caso não haja pactuação entre as geradoras locais de radiodifusão de sons e imagens e as distribuidoras, podem aquelas exigir que sua programação transmitida com tecnologia digital seja transmitida a título gratuito, hipótese em que, nos termos do § 14, a cessão da programação não ensejará pagamento por parte da distribuidora e esta ficará desobrigada de ofertar aos assinantes a programação em tecnologia analógica.

ADI 4923 / DF

Eis o teor desses dispositivos:

“Art. 32. (...)

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

(...)

§ 12. A geradora local de radiodifusão de sons e imagens de caráter privado poderá, a seu critério, ofertar sua programação transmitida com tecnologia digital para as distribuidoras de forma isonômica e não discriminatória, nas condições comerciais pactuadas entre as partes e nos termos técnicos estabelecidos pela Anatel, ficando, na hipótese de pactuação, facultada à prestadora do serviço de acesso condicionado a descontinuidade da transmissão da programação com tecnologia analógica prevista no inciso I deste artigo.

§ 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”.

34. O Democratas e a Associação Brasileira de Radiodifusores (ABRA) insurgem-se contra a obrigatoriedade de cessão gratuita da programação transmitida em tecnologia digital pelas geradoras locais de radiodifusão de sons e imagens. Segundo alegam, as disposições legais impugnadas ofenderiam os direitos do autor (inc. XXVII do art. 5º da Constituição) e a livre iniciativa (inc. IV do art. 1º e *caput* do art. 170 da Constituição).

ADI 4923 / DF

Não lhes assiste razão, contudo. Ao contrário do serviço de acesso condicionado, a radiodifusão de sons e imagens é serviço público prestado em regime de concessão, permissão ou autorização (al. *a* do inc. XII do art. 21 da Constituição), e “*destinado a ser recebido direta e livremente pelo público em geral*”, nos termos da al. *d* do art. 6º do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n. 4.117/1962).

As geradoras de radiodifusão de sons e imagens são remuneradas pelo serviço prestado primariamente por meio da publicidade comercial veiculada durante a programação. Não há pagamento de contraprestação pelo acesso ao serviço, o qual, reafirme-se, é gratuitamente disponibilizado ao público.

35. Ademais, por se tratar de serviço público de titularidade da União e prestado pelos particulares por delegação, cujo regime deve ser pautado, com mais razão, pelo interesse público, e não pelo interesse particular em explorar a atividade.

Como sustentei no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n. 2.649 (de minha relatoria, Tribunal Pleno, DJe 17.10.2008), “*a livre iniciativa presta-se, em sua extensão mais plena, à garantia de liberdade empresarial para atividades desta natureza. Para os concessionários e permissionários de serviço público o regime não é de livre iniciativa, mas de iniciativa de liberdade regulada nos termos da lei, segundo as necessidades da sociedade*”.

No mesmo sentido, este Supremo Tribunal já decidiu:

“(...) os transportes coletivos de passageiros consubstanciam serviço público, área na qual o princípio da livre iniciativa não se expressa como faculdade de criar e explorar atividade econômica a título privado. A prestação desses serviços pelo setor privado dá-se em regime de concessão ou permissão, observado o disposto no artigo 175 e seu parágrafo único da Constituição do Brasil. A lei estadual deve dispor sobre as condições dessa prestação, quando de serviços públicos

ADI 4923 / DF

da competência do Estado-membro se tratar” (ADI 845, Relator Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, DJe 7.3.2008).

Desse modo, mostra-se legítimo a disposição legal que determina a cessão gratuita desse conteúdo, quando transmitido em tecnologia analógica, para as distribuidoras de comunicação audiovisual de acesso condicionado.

Regras de transição da Lei n. 12.485/2011 (§§ 1º, 5º, 6º, 7º e 11 do art. 37 da Lei n. 12.485/2011)

36. Quanto ao Capítulo X da Lei n. 12.485/2011, o qual versa sobre as disposições finais e transitórias, foram impugnados: (a) pelo Democratas – DEM os §§ 5º, 6º e 7º do art. 37; (b) pela Associação Brasileira de Radiodifusores – ABRA e pela Associação Neotv os §§ 1º, 5º, 6º, 7º e 11 do art. 37; e (c) pela Associação Brasileira de Televisão por Assinatura em UHF – ABTVU os §§ 1º e 11 do art. 37.

Alega o Democratas – DEM que o § 5º do art. 37 da Lei n. 12.485/2011, ao vedar o repasse de compensações financeiras aos concessionários, permissionários e autorizatários que já atuam no mercado, em razão da migração da tecnologia então utilizada, contraria “o postulado constitucional do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos”, ao passo que os §§ 6º e 7º do art. 37 importariam em contrariedade ao princípio da segurança jurídica ante a “alteração no regime jurídico contratual firmado pela administração com esses prestadores”.

A Associação Brasileira de Radiodifusores – ABRA e a Associação Neotv sustentam contrariados os arts. 5º, inc. XXXVI, e 37, inc. XXI, da Constituição da República, pois os §§ 5º, 6º e 7º do art. 37 da Lei n. 12.485/2011 “trazem repentina e substancial alteração no regime jurídico dos serviços por eles mencionados, frustrando as legítimas expectativas das prestadoras desses serviços a respeito da continuidade de suas relações jurídicas com o Estado” (fl. 34 da petição inicial da Associação Brasileira de

ADI 4923 / DF

Radiodifusores – ABRA).

Afirma a Associação Brasileira de Televisão por Assinatura em UHF – ABTVU que os §§ 1º e 11 do art. 37 da Lei n. 12.485/2011 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. As atuais concessionárias confiaram em que, logicamente, haveria renovação, tendo, por isso, feito substanciais investimentos em infraestrutura” e “obrigam as empresas de TVA à imediata migração para o sistema SEAC, antes mesmo do término das atuais outorgas” (fl. 9 da petição inicial).

37. Põem-se em questão, quanto às normas transitórias ora versadas, dois pontos essenciais: (a) a possibilidade e razoabilidade da forma de alteração de regime jurídico atinente aos serviços então prestados de TVC, MMDS, DTH e TVA para adaptação ao serviço de acesso condicionado e (b) nível de submissão dos impactos econômico-financeiros decorrentes dessa adaptação às empresas outorgadas.

Quanto à necessidade de adaptação das empresas atuantes no mercado de TV por assinatura mediante tecnologias vigentes à época da edição da Lei n. 12.485/2011 às novas regras do serviço de acesso condicionado, cumpre registrar que este Supremo Tribunal já assentou não existir direito adquirido a regime jurídico:

“DIREITO CONSTITUCIONAL, CIVIL E ADMINISTRATIVO. GESTÃO COLETIVA DE DIREITOS AUTORAIS. LEI Nº 12.583/2013. NOVO MARCO REGULATÓRIO SETORIAL. ARGUIÇÃO DE VIOLAÇÕES FORMAIS E MATERIAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. NÃO OCORRÊNCIA. ESCOLHAS REGULATÓRIAS TRANSPARENTES E CONSISTENTES. MARGEM DE CONFORMAÇÃO LEGISLATIVA RESPEITADA. DEFERÊNCIA JUDICIAL. PEDIDO CONHECIDO E JULGADO

ADI 4923 / DF

IMPROCEDENTE. (...) 14. Sob o prisma da máxima tempus regit actum, as associações arrecadoras já existentes devem conformar-se à legislação em vigor, sujeitando-se às alterações supervenientes à sua criação, dado que (i) as regras de transição são justas e (ii) não existe direito adquirido a regime jurídico na ordem constitucional brasileira” (ADI 5.062, Relator o Ministro Luiz Fux, Plenário, DJe 21.6.2017).

A Procuradoria Geral da República acolhe esse argumento, ao opinar pela improcedência das ações diretas:

“Alinhadas com os princípios que regem a Administração Pública, especialmente os da legalidade, impessoalidade e moralidade (art. 37, caput, CR), as normas impugnadas promovem a diretriz de alternância entre os particulares na contratação com o Poder Público.

Nada mais fazem do que reafirmar as mesmas regras dos artigos 166 e 167 da Lei n° 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), no sentido (i) da equiparação dos prazos de vigência da autorização para uso de radiofrequência e dos contratos de concessão para exploração do serviço de telecomunicação; e (ii) da impossibilidade de mais de uma renovação desses contratos, incluídos aqueles que estejam em vigor.

Portanto, não se verifica a alegada alteração na regência normativa dos contratos em questão. E ainda que houvesse, não seria passível de proteção com fundamento no princípio da segurança jurídica, diante do entendimento pacificado no STF de que inexistente direito adquirido a regime jurídico”.

Importante denotar, nesse ponto específico, que o art. 130 da Lei n. 9.472/1997 expõe que *“a prestadora de serviço em regime privado não terá direito adquirido à permanência das condições vigentes quando da expedição da autorização ou do início das atividades, devendo observar os novos condicionamentos impostos por lei e pela regulamentação”.*

Ao contrário do alegado pelas autoras, torna-se relevante enfatizar que as normas ora analisadas respeitaram o princípio da segurança

ADI 4923 / DF

jurídica, especialmente quando considerado que o § 1º do art. 37 da Lei n. 12.485/2011 determina que os atos de outorga de concessão, e respectivos contratos, os termos de autorização e os atos de autorização de uso de radiofrequência *“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”*.

Ademais, cumpre rememorar que a Lei n. 12.485/2011 trata de remodelação essencial do marco legal dos serviços de TV por assinatura, os quais demandam adaptações e reenquadramentos funcionais às novas tecnologias e aos novos conceitos fundantes do setor. Nesse sentido, revela-se pertinente e razoável a passagem dos modelos anteriores de prestação de serviço à nova configuração jurídico-normativa da atividade mantendo válidos os meios de concessão, permissão e autorização ainda vigentes até o final dos prazos definidos.

38. No que concerne à alegação pertinente à contrariedade ao *“postulado constitucional do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos”* decorrente do custeio dos impactos econômico-financeiros, os quais seriam exclusivamente suportados pelas empresas atuantes no setor de TV por assinatura em razão das adaptações a serem providenciadas para adequação ao novo serviço de acesso condicionado, não assiste razão às autoras.

Nos termos do inc. III do art. 175 da Constituição da República, a política tarifária, em casos como o versado na espécie, é disposta em ato normativo legal, tendo a Lei n. 9.472/1997 fixado que *“o preço dos serviços será livre, ressalvado o disposto no § 2º do art. 136 desta Lei, reprimindo-se toda prática prejudicial à competição, bem como o abuso do poder econômico, nos termos da legislação própria”* (art. 129).

Nesse sentido, descabe cogitar a atuação do Estado em contrapartida, seja de forma indenizatória ou de outro meio

ADI 4923 / DF

compensatório, aos custeios decorrentes da necessidade de readaptação das empresas então atuantes no mercado à realidade do serviço de acesso condicionado. Trata-se de ponderação própria dos mercados geridos em regime privado, os quais possuem, dentro dos limites legais, dinâmica de acomodação de preços e serviços prestados.

39. Soma-se a esse argumento o fato de tanto os agentes remanescentes de mercados anteriores quanto as novas empresas que integrarão o setor de serviço de acesso condicionado passarem a atuar nas mesmas condições no mercado recém estabelecido, em respeito às regras da livre concorrência, revelando-se descabido qualquer apoio financeiro estatal que venha a desequilibrar essa premissa convalidada pelo inc. XXIII do art. 2º da Lei n. 12.485/2011, o qual, relembre-se, reconhece ser o serviço de acesso condicionado “*prestado no regime privado*”.

Nesse específico ponto, cumpre rememorar a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello quanto às qualificações dos regimes que afluem dos incs. XI e XII do art. 21 da Constituição da República:

“Já a expressão ‘autorização’, que aparece no art. 21, XI e XII, tem em mira duas espécies de situações:

*a) uma, que corresponde a hipóteses em que efetivamente há serviço de telecomunicação, como o de radioamador ou de interligação de empresas por cabos de fibras óticas, mas não propriamente serviço público, mas serviço de interesse privado delas próprias, tal como anotamos no n. 4 e nota de rodapé 7. *Aí, então, a palavra ‘autorização’ foi usada no sentido corrente em Direito Administrativo para exprimir o ato de ‘polícia administrativa’, que libera alguma manifestação administrativa aquiescente para verificação se com ela não haverá gravames ao interesse público;**

b) outra, a de abranger casos em que efetivamente está em pauta um serviço público, mas se trata de resolver emergencialmente uma dada situação, até a adoção dos convenientes procedimentos por força dos quais se outorga permissão ou concessão. Por isto mesmo, a palavra ‘autorização’ está utilizada também no art. 223 da Constituição” (Curso de Direito Administrativo. 28ª ed. São

ADI 4923 / DF

Paulo: Malheiros. 2011, fl. 699 – grifos nossos).

Assim, considerada a proporcionalidade entre a manutenção das outorgas de concessão, e dos respectivos contratos, dos termos de permissão e autorização e dos atos de autorização de uso de radiofrequência vigentes à época da edição da Lei n. 12.485/2011 e a liberdade de conformação de preços atrelada à ulterior necessidade de adequação das empresas às novas exigências do serviço de acesso condicionado, não merece acolhimento os pedidos de declaração de inconstitucionalidade dos §§ 1º, 5º, 6º, 7º e 11 do art. 37 da Lei n. 12.485/2011.

40. Pelo exposto, voto pela procedência parcial da ação direta de inconstitucionalidade n. 4.679 para declarar a inconstitucionalidade do art. 25 da Lei n. 12.485/2011 e pela improcedência das ações diretas de inconstitucionalidade ns. 4.747, 4.756 e 4.923.

É o meu voto.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.923

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

REQTE.(S) : ASSOCIACAO BRASILEIRA DE TELEVISAO POR ASSINATURA EM UHF - ABTVU

ADV.(A/S) : EDSON CARVALHO VIDIGAL (0003819/DF) E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE RADIODIFUSORES - ABRA

ADV.(A/S) : MARCELO CAMA PROENCA FERNANDES (22071/DF, 22071/DF, 264115/SP)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NEOTV

ADV.(A/S) : MARCELO CAMA PROENCA FERNANDES (22071/DF, 22071/DF, 264115/SP)

Decisão: Após o voto do Ministro Luiz Fux (Relator), julgando improcedente o pedido formulado na ação direta, o julgamento foi suspenso. Falaram, pela Advocacia-Geral da União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso; pelos *amici curiae* Associação Brasileira de Radiodifusores - ABRA e Associação NEOTV, o Dr. Marcelo Cama Proença Fernandes, OAB/DF 22.071, e, pelo Ministério Público Federal, a Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Vice-Procuradora-Geral da República. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 25.06.2015.

Decisão: Após os votos dos Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Teori Zavascki e Rosa Weber, acompanhando o Relator pela improcedência da ação, pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 05.08.2015.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou improcedente o pedido formulado na ação direta. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 8.11.2017.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário