



EXMO. SR. MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PRODUTORES INDEPENDENTES DE TELEVISÃO

– BRAVI, associação de direito privado, sem fins lucrativos, com sede social na Praia do Flamengo, nº 66, Bloco B, sala 417, CEP 22210-030, Cidade e Estado do Rio de Janeiro, inscrita no CNPJ/ME sob o nº 04.775.616/0001-95, vem, por meio de seus advogados (doc. 1), com fundamento nos arts. 102, I, “a”, e 103, IX, da Constituição Federal e na Lei nº 9.868/1999, propor a presente ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, para conferir interpretação conforme à Constituição Federal, sem redução do seu texto, aos arts. 2º, V, 3º, I e VIII, e 5º, VII da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet – doc. 2) e ao art. 3º, I, II, III, IV e VI da Lei nº 13.874/2019 (Lei de Liberdade Econômica – doc. 3), pelas razões que passa a expor.

1

FRAUDE ANUNCIADA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS
APLICÁVEIS AOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL ELETRÔNICA

“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.**” (ADI nº 4.923/DF, Relator: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, j. 08.11.17, DJe-064 p. 05.04.18)



1. No Capítulo V de seu Título VIII, a Constituição Federal preconiza os objetivos a partir dos quais se desenvolverá a Comunicação Social no Brasil. Dentre tais propósitos, destacam-se a “*preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas*”, a “*promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação*”, a “*regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei*” e o “*respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família*”, previstos nos incisos I a IV do artigo 221 da Carta Magna.

2. Por sua vez, o art. 222, §3º, da Constituição Federal dispõe que todos os meios de comunicação social eletrônica deverão observar os aludidos princípios, “***independentemente da tecnologia utilizada** para a prestação do serviço*”, e que uma “*lei específica*” se destinará à concretização dos seus objetivos.

3. Visando à consecução e instrumentalização dos aludidos desígnios constitucionais, o legislador editou, em 2011, a Lei nº 12.485/2011 (Lei do Serviço de Acesso Condicionado - SeAC – doc. 4). O referido diploma, conhecido como o “Marco Regulatório da TV por Assinatura”, estabelece regras e condicionantes a serem observadas para a distribuição de conteúdo audiovisual por meio de pacotes de canais com programação linear destinados ao consumidor final (assinante). Em linha com os princípios elencados no art. 221 da Constituição Federal, a Lei do SeAC dedicou-se, precipuamente, a garantir o atendimento às exigências de conteúdo nacional, disponibilização de canais de programação de interesse social, a impedir a formação de monopólios ou oligopólios por meio de participação cruzada e a verticalização da cadeia de valor, entre outros objetivos de caráter constitucional, todos voltados à preservação da própria soberania do país.

4. Como ocorre comumente com normas de conteúdo social relevante que, pela importância dos princípios que corporificam, acabam por impor certas restrições à livre iniciativa, a Lei do SeAC foi questionada no âmbito de quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade, por meio das quais foi suscitada a inconstitucionalidade de praticamente todos os dispositivos do indigitado diploma (ADI nº 4.923/DF – doc. 5). Na ocasião, o plenário do Supremo Tribunal Federal, em julgamento conjunto, rejeitou todas

as alegações, com exceção da relativa ao art. 25 da legislação¹, pela unanimidade de seus integrantes, de modo a não permitir qualquer dúvida quanto à adequação e conformidade da Lei do SeAC à Constituição Federal.

5. **Passados mais de dois anos do julgamento das ADIs, o setor de telecomunicações assiste, neste exato momento, com enorme apreensão, um novo movimento de ataque aos diplomas que regem o funcionamento dos meios de comunicação social no Brasil. Os mesmos *players* que antes sustentaram a inconstitucionalidade da Lei nº 12.485/2011 — cujos interesses se confundem com os de grandes conglomerados estrangeiros interessados em estender os seus domínios sob mercado nacional — procuram agora outra maneira de driblar os comandos constitucionais e as restrições legais que deles derivam.**

6. Por meio de aplicativos eletrônicos que representariam, apenas no seu discurso, uma “*tecnologia disruptiva*”, pretendem fazer da *internet* um veículo **livre de regulamentação**, que abra espaço para que grandes empresas produtoras, programadoras e empacotadoras se unam para **concorrer** francamente com as TVs por assinatura, oferecendo ao público em geral, de forma remunerada — e compreensivelmente mais barata —, exatamente os mesmos pacotes de canais, organizados com idêntica sequência linear temporal e nos mesmos horários em que as TVs por assinatura os distribuem aos seus assinantes, sem se submeterem, contudo, às regras às quais estas últimas estão sujeitas.

7. A análise da adequação desses novos aplicativos de internet às normas e princípios que regem os meios de comunicação social foi submetida à apreciação da ANATEL, de quem se aguarda, desde 12.12.18, um pronunciamento quanto à matéria (doc. 6). A análise do tema junto à ANATEL surgiu de denúncia apresentada contra aplicativo lançado pelo grupo FOX (um dos maiores programadores estrangeiros com atuação no país), por meio do qual a denunciada passou a comercializar livremente seus canais na internet, em tempo real e com idêntica grade de programação.

¹ O referido artigo dispunha que qualquer publicidade em língua portuguesa deveria obrigatoriamente ser feita por meio de agência publicitária nacional.



8. A demora da ANATEL contribuiu para agravar o problema e a iniciativa da FOX não é mais isolada. O recurso à transmissão via internet para escapar às normas constitucionais tende a se espalhar rapidamente, como se vê da matéria publicada, muito recentemente, na Revista Exame², noticiando que uma determinada empresa, que já intitula o seu serviço como de “*TV por assinatura na internet*”, cresce a taxa de 25% ao mês, com expectativa de que esse crescimento se eleve nos próximos períodos.

9. Sustentam aqueles que querem se afastar das balizas constitucionais que a livre comercialização desses conteúdos na internet estaria respaldada por dispositivos do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) e da Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019), interpretados de forma literal e dissociada da Constituição Federal para defender um suposto caráter inovador do meio tecnológico empregado para disponibilização do conteúdo audiovisual (aplicativos de internet), sob o qual não incidiriam os princípios constitucionais aplicáveis aos meios de comunicação social eletrônica e as regras da lei específica editada na forma do art. 222, §3º, da Carta Magna.

10. Sem tirar nem pôr, a interpretação que os referidos agentes de mercado buscam conferir aos artigos arts. 2º, V, 3º, I e VIII, e 5º, VII da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) e aos art. 3º, I, II, III, IV e VI da Lei nº 13.874/2019 (Lei de Liberdade Econômica) é de que a disponibilização por meio da internet de conteúdo audiovisual idêntico ao que é acessível por meio de TV por assinatura representaria, como se disse, uma *disrupção tecnológica*, que tornaria inaplicável a Lei nº 12.485/2011 e, conseqüentemente, os mandamentos constitucionais por ela instrumentalizados.

11. Nada do que se discute hoje, porém, é novo. Pelo contrário, o perigo que o mercado agora enfrenta já fora antevisto e contra ele o legislador procurou, de forma consciente e cautelosa, proteger o país, quando da edição da lei a que se refere o art. 221, § 3º, da Constituição Federal. A Lei do SeAC foi destinada justamente a “*aplicar os princípios constitucionais a todos os meios de comunicação social que, face à evolução tecnológica e convergência digital, não se limitam apenas às formas tradicionais de fazer TV, rádio e jornal*”. E o STF, no trecho do acórdão da ADI nº 4.923/DF, que inaugura

² <https://exame.abril.com.br/pme/netflix-da-tv-por-assinatura-oferece-pacotes-de-canal-a-partir-de-r15/> (acesso em 16.03.20 às 17:39)



essa petição, enfaticamente assentou que “*seria um retrocesso sustentar discriminações fundadas nos meios técnicos de prestação do serviço*”.

12. Como se extrai da justificção do PL nº 70/2007 (doc. 7) proposto pelo Deputado Nelson Marquezelli, “*dados oficiais [já demonstravam, naquela época] 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***”. A elas, nem a Constituição Federal nem a lei fecharam os olhos, como querem sustentar alguns. Essas relevantes notas justificativas constaram transcritas no voto condutor do eminente Ministro Luiz Fux, no julgamento das referidas ADIs:

“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 instante atualidade 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 os princípios constitucionais a todos os meios de comunicação social que, face à evolução tecnológica e convergência digital, não se limitam 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 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 exempli 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”.

13. Portanto, a alegação de que a internet teria aberto caminho para a exploração de novas tecnologias sobre as quais não recairiam os princípios constitucionais e a lei regulamentar específica é, em si, altamente inconvincente. Afinal, em ambos os casos, na internet e nos meios tradicionais utilizados pelas TVs por assinatura, é ofertado o mesmo serviço: conteúdo audiovisual organizado em sequência linear temporal, com horários predeterminados. Há indiscutível relação substitutiva para o consumidor final, sem que se possa cogitar de qualquer justificativa razoável para que um deles seja meticulosamente disciplinado pela Constituição Federal, pela Lei de Serviço de Acesso Condicionado e pela ANATEL, enquanto o outro possa ser explorado em um ambiente de absoluta desregulação, como pretendem determinadas empresas.

SÍNTESE DESTA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

14. Os interesses constitucionais que a Lei do SeAC se destina a resguardar com as condicionantes nela previstas referem-se todos a questões do conteúdo objeto da transmissão, na forma do art. 221 da Constituição Federal, pouco importando o meio de transmissão, que é indiferente para a aplicação da Lei do SeAC, como se vê do seu art. 2º, XXIII, assim como para a incidência da proteção constitucional, como preconiza o art. 222, § 3º, da Constituição Federal.

6

15. Com efeito, tanto a Constituição Federal, no já referido art. 222, § 3º, quanto a Lei de Serviço de Acesso Condicionado, de forma clara, englobam em seu escopo de incidência qualquer meio de transmissão de conteúdo, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, como se vê nos seguintes dispositivos:

“§ 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.” (CF, art. 222, §3º)

“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**. (Lei nº 12.485/2011, art. 2º)

(...)

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:”

(Lei nº 12.485/2011, art. 32)

16. É ocioso dizer que também a Lei do SeAC tem disposições que caminham no mesmo sentido do citado art. 222, §3º, da Carta Magna, como é o caso do inciso XXIII do art. 2º e do art. 32, *caput*.

17. Não é ocioso, porém, assinalar que este Supremo Tribunal Federal, exatamente para aferir a constitucionalidade da lei específica que regulamentou o art. 222, §3º, da Constituição Federal, debruçou-se sobre aspectos relacionados exatamente a essa incidência do dispositivo a qualquer tipo de transmissão de conteúdo, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço.

18. Por tal razão, qualquer tentativa de segregar o âmbito de incidência e alcance da lei específica a apenas uma parcela dos serviços que deveriam a ela submeter-se caracteriza linha interpretativa contrária ao texto constitucional dado que esse e. Supremo Tribunal Federal já esclareceu que o serviço específico, de matriz e fonte constitucional, criado com espeque no art. 222, §3º, da Constituição Federal, não pode ser restrito a determinados meios de transmissão, sendo ela **“apta a abarcar todas as possíveis plataformas tecnológicas existentes (e não apenas cabos físicos e ondas de radiofrequência)”** (ADI nº 4.923/DF – doc. 5), como se analisará mais adiante.

19. Para suportar a construção hermenêutica inconstitucional, o que se tem feito é recorrer a normas infraconstitucionais (dispositivos do Marco Civil da Internet e da Lei de Liberdade Econômica) como se eles pudessem justificar que a própria essência do art. 222, §3º, da Constituição Federal viesse a ser esvaziada.



20. Ampliando a preocupação dos agentes do setor, recentemente foram apresentadas no âmbito do processo administrativo inaugurado pela ANATEL a partir da denúncia formulada contra a FOX, manifestações das suas áreas técnicas e jurídica (Informe nº 201/2019/PRRE/SPR e Parecer nº 00073/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU – docs. 8 e 9). Contrariando o entendimento anterior da própria agência, que inicialmente opinara pela concessão de cautelar para suspender a comercialização dos conteúdos típicos do SeAC na internet, tais manifestações refluíram para se filiarem à tese dissonante, propondo, ao final, a “*edição de Súmula ou de proferimento de Acórdão pelo Conselho Diretor a fim de fixar interpretação no sentido de que a oferta de conteúdos audiovisuais programados pela internet não se caracteriza como Serviço de Acesso Condicionado*” (doc. 9).

21. O Informe se fundamenta, inclusive, em decisão judicial monocrática proferida no âmbito de Mandado de Segurança nº 1017111-33.2019.4.01.3400 (cf. item 3.117 do informe – doc. 8), na qual se adota semelhante tese, ignorando que, naquele mesmo feito, o Juízo de primeira instância proferiu sentença e indeferiu a segurança (doc. 10).

22. A interpretação do Marco Civil da Internet e da Lei de Liberdade Econômica deve ser feita **em conformidade com os objetivos traçados no capítulo da Comunicação Social** da Constituição Federal. Sem isso, os valores que a Constituição da República incluiu em seu art. 221, cuja materialização se dá necessariamente no serviço previsto no art. 222, §3º, restam esvaziados. Além disso, a discussão a respeito da tecnologia empregada para a distribuição do conteúdo audiovisual na internet é irrelevante. Em se tratando de comercialização de conteúdo audiovisual organizado em sequência linear temporal, com horários predeterminados, violaria o princípio da isonomia interpretação que se afastasse a aplicação da lei específica prevista no art. 222, §3º, da Constituição Federal (Marco Regulatório das TVs por assinatura) simplesmente em razão do meio social eletrônico e/ou da tecnologia utilizados.

23. Assim, por meio desta ação direta de inconstitucionalidade, submete-se à elevadíssima apreciação do Supremo Tribunal Federal a pretensão de que seja conferida



interpretação conforme à Constituição Federal, sem redução do seu texto, aos arts. 2º, V, 3º, I e VIII, e 5º, VII da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) e ao art. 3º, I, II, III e VI da Lei nº 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica), para estabelecer que é inconstitucional, por ofensa aos arts. 1º, IV, 5º, caput, 150, II, 170, VII, 173, §4º, 215, §1º, 221, caput, I e II, 222, §3º, da Constituição Federal, qualquer interpretação que viole o princípio da isonomia e permita o fornecimento remunerado de conteúdo audiovisual organizado em sequência linear temporal, com horários predeterminados, por meios de comunicação eletrônica quaisquer, independente da tecnologia utilizada e, especificamente, por meio da internet, sem submissão à lei específica de que trata o art. 222, § 3º, da Constituição Federal, atualmente a Lei nº 12.485/11 (Lei do SeAC).

24. Deste modo, após (i) demonstrar sua legitimidade para a propositura desta ação, a autora promoverá (ii) uma contextualização do significado entendido pelo STF sobre o conteúdo das normas constitucionais que inspiraram a edição da Lei nº 12.485/2011 e (iii) o êxito que a aplicação da referida norma logrou na concretização dos objetivos que justificaram sua edição.

25. Em seguida, será explicado (iv) o fundamento utilizado por algumas empresas de ramo audiovisual para se esquivarem das regras previstas na Lei do SeAC.

26. Posteriormente, a autora (v) refutará a argumentação de que há um hiato legislativo e regulatório causado por uma suposta disrupção tecnológica, com base na Constituição Federal, na Lei do SeAC, nos debates legislativos que a antecederam e no acórdão que julgou a ADI nº 4.923/DF, bem como demonstrará (vi) outras patentes incompatibilidades entre a interpretação conferida por determinadas empresas do ramo audiovisual aos dispositivos objeto desta ADI e os objetivos constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência, da promoção e acesso às fontes de cultura nacional, da redução das desigualdades regionais e sociais, da defesa do consumidor e da igualdade e isonomia.

27. Ao final, (vii) diante da *probabilidade do direito alegado* e do *perigo na demora* da apreciação do pedido principal formulado nesta ação, a BRAVI **requer a concessão de medida cautelar**, para que se impeça, até o julgamento final da ação, que



a disponibilização de conteúdo audiovisual organizado em sequência linear temporal, com horários predeterminados, por meios de comunicação eletrônica qualquer, independente da tecnologia utilizada, inclusive por meio da internet, viole o princípio de isonomia e deixe de observar a lei específica prevista no art. 222, §3º, da Constituição Federal, atualmente a Lei nº 12.485/2011 (Lei do SeAC).

28. Como há precedentes do Plenário do Tribunal, os quais foram definidos após extenso e exaustivo julgamento que levou quase três anos e foi precedido de audiências públicas, é imprescindível que a liminar seja deferida pelo próprio relator dessa ADI e seja imediatamente submetida ao Plenário Virtual, nos termos do art. 21-B, II, do Regimento Interno do Tribunal.

LEGITIMIDADE E PERTINÊNCIA TEMÁTICA

29. A propositura desta Ação Direita de Inconstitucionalidade pela autora é plenamente amparada pelo inciso IX do art. 103 da Constituição Federal e pelo art. 2º, IX, da Lei nº 9.868/99.

10

30. Em primeiro lugar, como se vê de seu estatuto social, a BRAVI é uma entidade de classe de âmbito nacional, dedicada à representação das entidades destinadas à *“produção independente de obras audiovisuais por veiculação em todos os tipos de mídia existentes ou que vierem a existir”* (doc. 1).

31. Além disso, consta de seus objetivos, elencados no art. 3º de seu estatuto social, as seguintes finalidades:

- a) A aglutinação e a representação da classe dos produtores da especialidade;
- b) O exercício e defesa judicial ou extrajudicial dos direitos autorais e conexos, de que seus associados sejam titulares, sua arrecadação ou cobrança, inclusive judicial, bem como sua distribuição, ressalvando o disposto no parágrafo único do art. 10 deste estatuto;
- c) O estabelecimento e a fiscalização do cumprimento das normas éticas inerentes à classe;
- d) A defesa dos interesses econômicos e profissionais da categoria;
- e) O incremento da produção e divulgação, no país e no estrangeiro, das obras audiovisuais;



- f) A promoção de congressos, conferências, cursos ou debates referentes à atividade ou à representação da classe nas normas;
- g) A promoção à exportação de produtos audiovisuais brasileiros já realizados;
- h) O incentivo aos estudos e pesquisas visando o aprimoramento técnico e artístico da obra audiovisual;
- i) O estabelecimento de convênios e intercâmbios com associações congêneres;
- j) A representação perante as autoridades administrativas e judiciárias dos interesses das empresas do setor;
- k) A participação e filiação em entidades nacionais ou internacionais relativas à atividade de obras audiovisuais;
- l) Participação e representação em Órgãos Municipais, Estaduais e Federais, bem como Entidades de Classes;
- m) Intermediar em seu nome ou em nome de seus associados, de acordo com a Assembleia Geral, verbas destinadas às produções de audiovisual, recebidas de terceiros nacionais e ou internacionais;...”

(doc. 1)

32. Não pode haver dúvida quanto à abrangência da atuação da autora, pois a BRAVI reúne, atualmente, associados de 21 Estados da Federação Brasileira³, localizados nos seguintes estados: Amapá (01), Amazonas (04), Bahia (18), Ceará (06), Distrito Federal (23), Espírito Santo (7), Goiás (2), Maranhão (02), Mato Grosso (2), Mato Grosso do Sul (4), Minas Gerais (21), Pará (5), Paraná (20), Pernambuco (20), Piauí (2), Rio de Janeiro (181), Rio Grande do Sul (22), Santa Catarina (11), Sergipe (1), São Paulo (313) e Tocantins (2).

33. Também de acordo com seu estatuto social, a instituição possui caráter homogêneo, já que não é composta por membros de diferentes estratos sociais e não ostenta natureza híbrida.

34. Ademais, é evidente a pertinência temática para a propositura da presente ação direta de inconstitucionalidade, na medida em que a pretensão aqui deduzida, no sentido de submeter a transmissão de comunicação social realizada por meio da Internet — ou qualquer outra tecnologia — às regras e princípios que incidem sobre o conteúdo audiovisual de acesso condicionado em geral, tem declarada função de proteger a categoria econômica representada pela BRAVI, como está expresso ao final do art. 222, §3º, da CF-88 (“*também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais*”).

³ <http://bravi.tv/bravi/historico/>



35. Caso dispensado o regime da Lei do SeAC ou qualquer outro que vier a ser editado sem que se confira a proteção prevista no § 3º do art. 222 da Constituição Federal para as empresas do ramo audiovisual que disponibilizam seu conteúdo por meio da internet, todos os agentes que compõem a cadeia produtiva do setor de produção e distribuição de conteúdo audiovisual serão afetados, especialmente os produtores nacionais independentes. Atualmente, esses produtores gozam da proteção específica contida nos arts. 16 e 17 da Lei do SeAC, em obediência ao inciso II do artigo 221 da Constituição Federal, dispositivos estes que, dando concretude ao referido preceito constitucional, estabelecem patamares mínimos de conteúdo audiovisual de produtoras brasileiras independentes que devem ser objeto de programação e distribuição.

36. Além disso, os produtores independentes lutam pela existência de um mercado audiovisual amplo, sem oligopólios que verticalizem a produção, programação e distribuição de conteúdo audiovisual, visto que a independência entre todos os elos dessa estrutura econômica permite uma maior participação dos produtores independentes brasileiros, reduzindo-se inclusive a possibilidade de controle, por meio do poder econômico, do conteúdo das produções audiovisuais no país, de modo a favorecer a criação e divulgação de ideias em maior amplitude ideológica. Ou seja, em última análise, defende-se a preservação da liberdade de circulação de ideias, corolário da ideia de cidadania (CF, art. 1º, II).

37. Portanto, pela amplitude de sua representação, por suas finalidades institucionais e pela evidente correlação lógica entre seu propósito institucional e a discussão jurídica aqui deflagrada, a autora preenche todos os requisitos necessários à formação da legitimidade ativa para ajuizar a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, como exige a legislação aplicável e a jurisprudência desse e. Supremo Tribunal Federal.



CONTEXTUALIZAÇÃO NECESSÁRIA:
A DISCIPLINA CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL
E A LEI DO SERVIÇO DE ACESSO CONDICIONADO

38. Permita-se à autora uma rápida contextualização dos dispositivos relevantes do texto constitucional a respeito do tema tratado nesta ação, bem como da forma como a Lei do Serviço de Acesso Condicionado instrumentaliza os objetivos estabelecidos na Constituição Federal.

39. Em apreciação da crucial relevância da Comunicação Social para o processo civilizatório, o Constituinte dedicou ao tema um capítulo exclusivo da Constituição Federal, no qual protegeu a livre veiculação de ideias de arbítrios e censuras (CF, art. 220), bem como elencou determinados objetivos a serem promovidos na exploração deste ramo econômico.

40. Os princípios que o Constituinte elegeu para integrarem o texto constitucional se encontram elencados no art. 221 da Constituição Federal, transcritos abaixo para comodidade no exame:

“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.”

41. Além de consagrar os referidos princípios, a Constituição Federal estabelece outras normas a serem observadas na atividade de Comunicação Social, dentre as quais destacam-se a exigência de que empresas jornalísticas e de radiodifusão sejam titularizadas por brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País (CF, art. 222), a



vedação ao monopólio ou oligopólio (CF, art. 220, § 5º) e a necessidade de dedicação da natureza do conteúdo audiovisual e a faixa etária a que se destina (CF, art. 220, § 4º).

42. De fundamental relevância para esta Ação Direta de Inconstitucionalidade é o fato da Constituição Federal prescrever, em seu art. 222, § 3º, a exigência de que as empresas atuantes no setor devem se sujeitar aos princípios previstos no art. 221 da Carta Magna, independentemente da tecnologia empregada, nos termos da lei específica:

“§ 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.”

43. O aludido dispositivo é o cerne do debate aqui travado, pois, como se verá, determinados meios de comunicação vêm buscando nos já mencionados dispositivos do Marco Civil da Internet e da Lei de Liberdade Econômica um subterfúgio para terem tratamento privilegiado e se evadirem à aplicação dos “*princípios enunciados no art. 221*”, justamente sob a alegação de que a “*tecnologia utilizada para a prestação do serviço*” por eles escaparia à incidência da “*lei específica*”.

44. Cumprindo a missão que lhe foi imposta pelo dispositivo acima transcrito, no sentido de promover os princípios constantes do art. 221 da Constituição Federal, bem como garantir “*a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais*”, o Legislador editou a Lei nº 12.485/2011 (Lei do Serviço de Acesso Condicionado)⁴.

45. A Lei do SeAC fixou critérios e condições para que uma empresa possa prestar o Serviço de Acesso Condicionado. De forma relevante para esta ação, o diploma destinou-se a resguardar especialmente um determinado tipo de serviço, de modo que a

⁴ “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.” (ADI nº 4.923/DF, Trecho do voto proferido pela Ministra Cármen Lúcia – doc. 5)



“*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*” mediante a remuneração do assinante, sujeita-se à incidência da Lei. Isto fica claro na própria definição de Serviço de Acesso Condicionado, constante do inciso XXIII do art. 2º da Lei nº 12.485/2011:

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

(...)

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.**” (destacou-se)

46. Frise-se o trecho acima destacado da lei, que não contém palavras inúteis, conforme a clássica lição de Carlos Maximiliano (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 16ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1997, p. 251).

47. Assim, ficam excluídos da incidência da Lei, e isso não se discute nesta ação, outras modalidades de prestação do serviço de distribuição de conteúdo audiovisual, como aqueles em que há a venda avulsa de programas (p.ex., Google Play e NOW) ou aqueles em que não há a organização do conteúdo em canais de programação linear (p.ex., Netflix e Amazon Prime Video). Também não se sujeitam à incidência da Lei do SeAC os serviços em que não há remuneração por assinantes.

48. Percebe-se, portanto, que a definição quanto à incidência ou não da lei específica prevista no art. 222, §3º da Constituição Federal é feita conforme a análise da forma e objeto do conteúdo divulgado, independentemente do meio tecnológico em que é feita tal divulgação. Essa previsão, como visto acima, está em consonância com o mandamento constitucional de que “*os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço*” observem “*os princípios enunciados no art. 221, na forma de lei específica*”.



49. Em outras palavras, seria de inconstitucionalidade patente eventual regulamentação do art. 222, §3º da Constituição Federal que estabelecesse que “*Os meios de comunicação social eletrônica, exceto a internet, 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*”.

50. Vale dizer que, para dar concretude aos comandos da Constituição (em seu art. 221), o legislador infraconstitucional estabeleceu na Lei do SeAC alguns condicionantes para a prestação do serviço, como, por exemplo, assegurar que o assinante tenha acesso aos canais de distribuição obrigatória previsto no art. 32 da Lei:

“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:

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, 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.”

51. Além de garantir o acesso dos assinantes aos canais de distribuição obrigatória, o modelo estabelecido pela Lei do Serviço de Acesso Condicionado, em seus arts. 16 até 24, prevê a exigência de conteúdo nacional mínimo na programação.

52. Destaque-se, por relevante, as obrigações constantes dos arts. 16 e 17 que, em decorrência da preocupação externada pelo constituinte e no intuito de fomentar o desenvolvimento da produção nacional, estabelecem um tempo mínimo que deve ser destinado à veiculação de conteúdo audiovisual elaborado por produtores nacionais e independentes:

“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.”

53. Igualmente relevante é o fato de que a Lei do Serviço de Acesso Condicionado estabeleceu uma série de restrições à propriedade cruzada e à verticalização da cadeia de valor audiovisual, como se vê em seus arts. 5º e 6º:

18

“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.

§ 2º É facultado às concessionárias e permissionárias de radiodifusão sonora e de sons e imagens e a produtoras e programadoras com sede no Brasil, diretamente ou por meio de empresa sobre a qual detenham controle direto, indireto ou sob controle comum, prestar serviços de telecomunicações exclusivamente para concessionárias e permissionárias dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens ou transportar conteúdo audiovisual das produtoras ou programadoras com sede no Brasil para entrega às distribuidoras, desde que no âmbito da própria rede.



§ 3º É facultado às empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, diretamente ou por meio de empresa sobre a qual detenham controle direto, indireto ou sob controle comum, controlar produtoras e programadoras com sede no Brasil que exerçam atividades exclusivamente destinadas à comercialização de produtos e serviços para o mercado internacional.”

* * *

“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.

Parágrafo único. As restrições de que trata este artigo não se aplicam quando a aquisição ou a contratação se destinar exclusivamente à produção de peças publicitárias.”

54. Registre-se que, nos termos do art. 29 da Lei do Serviço de Acesso Condicionado, as distribuidoras deverão obter autorização para funcionar e se submeterem à fiscalização e regulação da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL:

“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.”

55. Todas estas disposições, é imprescindível dizer (a fim de que não se sustente que a presente ação direta teria por escopo o controle de legalidade do serviço, ou a própria interpretação a Lei do SeAC), constituem a materialização do comando constitucional insculpido no art. 221 (na forma de princípios) veiculado pelo meio (lei específica) previsto no art. 222, §3º, que exigia uma ampla neutralidade, ou seja, exigia



que essa lei se aplicasse e incidisse “*independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço*”.

56. Deste modo, é de somenos importância descer-se aos detalhes de como o legislador infraconstitucional optou por densificar e materializar os princípios previstos no art. 221 da Constituição Federal (se por meio de mais ou menos canais obrigatórios e de maiores ou menores obrigações aos provedores desses serviços). O que importa é que, qualquer que tenha sido essa opção manifestada pelo Congresso Nacional no ano de 2011, na lei específica prevista no art. 222, §3º, essa opção **necessariamente deve se aplicar independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço**.

57. Não por acaso, a Lei de Serviço de Acesso Condicionado, atenta às constantes evoluções tecnológicas (e já tendo presente o ambiente desse terceiro milênio sobre o qual incidiria), expressamente buscou alcançar eventuais novos meios de transmissão do conteúdo audiovisual, deliberadamente impondo sua observância independentemente do meio tecnológico utilizado:

“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**.

(...)

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:”

58. Como dito, essas restrições impostas pela Lei do SeAC já tiveram sua constitucionalidade questionada perante esse e. Supremo Tribunal Federal. **Em julgamento unânime, analisando 4 diferentes ações diretas de inconstitucionalidade, nas quais discutia-se mais de 20 dispositivos diferentes da Lei do Serviço de Acesso Condicionado, essa c. Corte julgou improcedentes todos os pedidos relativos a**

dispositivos relevantes para esta ação, referendando, assim, a perfeita harmonia entre a norma e a Constituição Federal (ADI nº 4.923/DF – doc. 5).

59. E é certo que, ainda que a Lei do SeAC seja eventualmente reformada ou revogada, os marcos regulatórios editados pelo legislador jamais poderiam deixar de observar princípios constitucionais, dentre os quais (a) as diretrizes constitucionais antitruste (CF, arts. 173, §4º e 220, §5º), voltadas a coibir o abuso do poder econômico e a evitar a concentração excessiva dos mercados, as quais permitem combater a ineficiência econômica e a injustiça comutativa que tendem a florescer em regimes de monopólio e oligopólio; e (b) a dimensão objetiva do direito fundamental à liberdade de expressão e de informação, a qual tem destaque o papel promocional do Estado no combate à concentração do poder comunicativo.

IMPACTO INQUESTIONAVELMENTE POSITIVO:

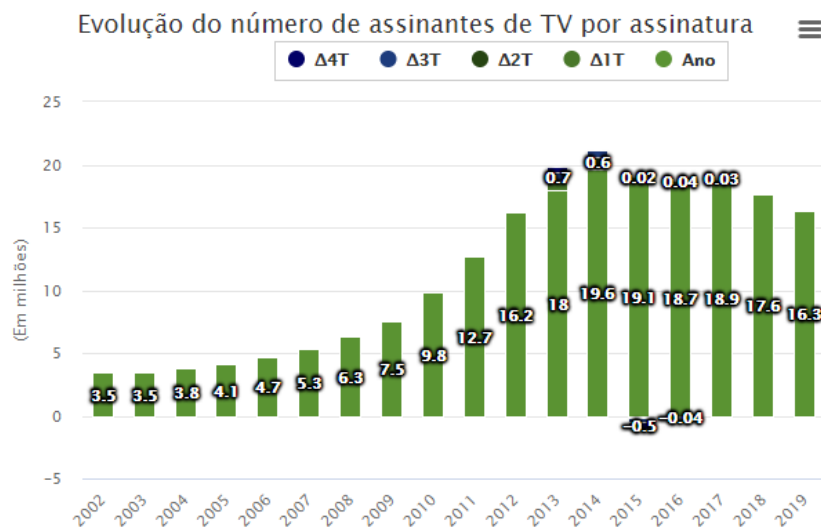
A LEI DO SEAC VEM CUMPRINDO SUA MISSÃO CONSTITUCIONAL

60. Especialmente diante da abundância de manifestações que, atendendo aos interesses das detentoras de canais de programação que buscam a qualquer custo se livrar das obrigações impostas pela Constituição Federal e pela Lei nº 12.485/2011, buscam desqualificar a Lei do SeAC como sendo antiquada, sem acompanharem suas alegações de uma validação estatística ou qualquer embasamento empírico, convém subsidiar a discussão aqui travada com alguns resultados proporcionados pela aludida legislação.

61. Para que se dimensione a importância e o impacto que o marco legislativo teve no setor, confira-se, de início, a evolução do número de consumidores assinantes dos serviços de acesso condicionado, que, 3 anos após a publicação da Lei do SeAC, já atingia a marca de aproximadamente **20 milhões de assinantes, mais de um terço dos domicílios com televisão no Brasil** — correspondentes praticamente ao dobro do número de assinantes existentes em 2010:



Evolução do Número de Assinantes de TV por Assinatura



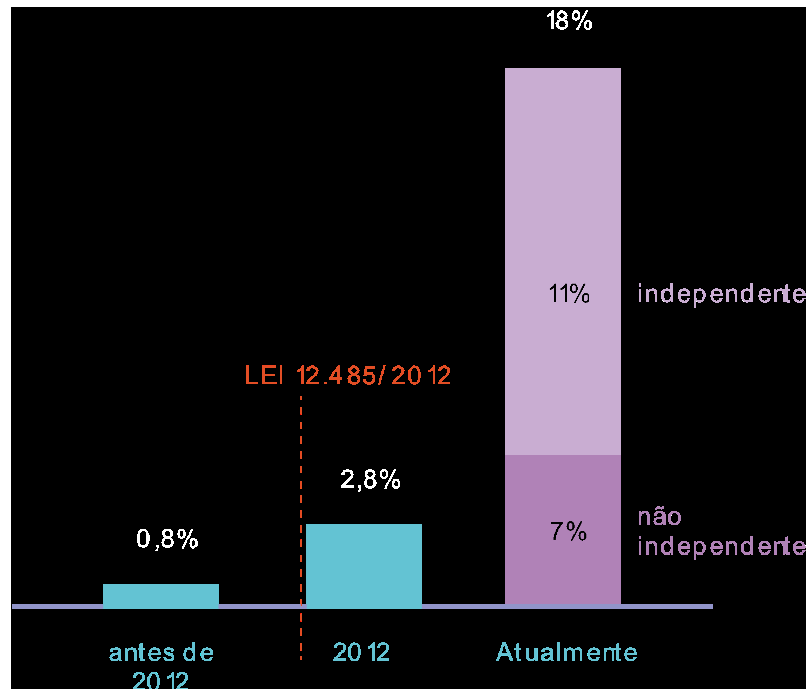
(Fonte: Associação Brasileira de Televisão por Assinatura – ABTA – disponível em: http://www.abta.org.br/dados_do_setor.asp)

62. Para propiciar a absorção da crescente demanda pelos aludidos serviços, houve, naturalmente, uma relevante expansão do número de empresas atuantes no setor, bem como da produção audiovisual nacional. Segundo o estudo elaborado pela Fundação Dom Cabral em parceria com o Sebrae e a Associação Brasileira da Produção de Obras Audiovisuais (APRO)⁵, as empresas do segmento cresceram 129% entre 2007 e 2014 e produziram 73,6% mais obras no mesmo período, sendo que a maior parte desse crescimento foi impulsionado pelas produtoras independentes, cujo total de horas produzidas disparou 536% entre 2008 e 2014.

63. Com a Lei do SeAC, os preceitos do artigo 221 da Constituição Federal passaram a ter efetividade para o mercado de televisão paga. O Brasil passou a contar com cerca de 12 mil empresas produtoras de audiovisual, a maior parte delas produtoras independentes. Cresceu o número de produções audiovisuais brasileiras em todas as regiões do Brasil e houve um salto expressivo na quantidade de horas de obras brasileiras de produção independentes veiculadas em mais de 96 canais de televisão paga, passando de 0,8% no período anterior a 2012 a 2,8% no primeiro ano de implementação da lei e

⁵ <http://g1.globo.com/economia/midia-e-marketing/noticia/2016/11/mercado-audiovisual-cresce-com-lei-da-tv-paga-e-recursos-publicos.html>

18% em 2018. Este ciclo virtuoso do mercado audiovisual brasileiro é responsável pela manutenção de mais de 300 mil empregos diretos e indiretos no Brasil.



(Fonte: ANCINE – Informe de TV Paga. Dados disponíveis no site www.ancine.gov/oca. Gráfico oriundo de apresentação feita a CCTI do Senado Federal em agosto de 2019 pelo presidente do SICAV, Leonardo Edde)

64. Discorrendo sobre os motivos de tão elevado crescimento, o então presidente da APRO, Paulo Roberto Schmidt, foi enfático ao atribuir o desenvolvimento do setor à regulamentação trazida pela Lei nº 12.485/2011: *“foi incrível a quantidade de produtoras que surgiram após o surgimento dessa lei”*.

65. Enquanto em 2007 as atividades econômicas relativas à TV por Assinatura correspondiam a 30% do valor adicionado total do setor audiovisual à economia brasileira, em 2014, apenas 3 anos após a promulgação da lei 12.485/2011, estas atividades passaram a responder por 51 % do valor adicionado total do setor audiovisual à economia brasileira⁶.

⁶ <https://teletime.com.br/19/09/2019/produtores-temem-migracao-integral-da-tv-paga-do-seac-para-o-sva/>



66. Importante rememorar que estes e outros dados já foram objeto de minuciosa análise e ponderação por esta egrégia Corte na oportunidade do julgamento da ADI nº 4.923/DF, em que foi chancelada a constitucionalidade da Lei 12.485/2011 e sua importância para o desenvolvimento da produção e distribuição de conteúdo audiovisual no país. Por sua relevância, confirmam-se os seguintes trechos do voto do Eminentíssimo Relator, Ministro Luiz Fux:

“Os dados trazidos à Corte durante as audiências públicas realizadas apontam que tanto o *diagnóstico* quanto o *prognóstico* do legislador são consistentes. De fato, conforme apontado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), antes da promulgação da Lei nº 12.485/11, a regulação fragmentada do setor audiovisual brasileiro acabou por estimular tanto uma *limitação* quanto uma *concentração excessiva* do mercado de TV por assinatura no Brasil. A limitação ficava evidente quando se comparava a penetração (inferior) do serviço de TV paga no Brasil (12,7%) com a de outros países. Na América Latina, por exemplo, a Argentina (77%), a Colômbia (72%) e o Uruguai (48,6%) estavam em patamares bastante superiores ao brasileiro. (...) Já 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.”

(ADI nº 4.923/DF – doc. 5)

67. Tratando especificamente das cotas instituídas pela Lei nº 12.485/11 como forma de promoção da cultura e do fortalecimento da produção nacional e independente, o Eminentíssimo Ministro Relator da aludida ADI ressaltou que “...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”.

68. Não há dúvidas, portanto, de que a Lei nº 12.485/11 foi efetiva no cumprimento de suas metas constitucionais, já que, sob uma perspectiva estritamente objetiva, o mercado audiovisual nacional teve um desenvolvimento exponencial nos anos subsequentes à promulgação do Marco Regulatório dos Serviços de Acesso Condicionado.



OS DISPOSITIVOS OBJETO DA ADI
E A INCONSTITUCIONAL INTERPRETAÇÃO CONFERIDA A ELES

69. A presente ação direta de constitucionalidade tem como objeto conferir interpretação conforme a Constituição Federal, sem redução de texto, aos seguintes dispositivos da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) e da Lei nº 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica):

Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014)

“Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como:

(...)

V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor;”

* * *

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;

(...)

VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.

* * *

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

(...)

VII - aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet; e

* * *

Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019):

Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal:

I - desenvolver atividade econômica de baixo risco, para a qual se valha exclusivamente de propriedade privada própria ou de terceiros consensuais, sem a necessidade de quaisquer atos públicos de liberação da atividade econômica;



II - desenvolver atividade econômica em qualquer horário ou dia da semana, inclusive feriados, sem que para isso esteja sujeita a cobranças ou encargos adicionais, observadas:

a) as normas de proteção ao meio ambiente, incluídas as de repressão à poluição sonora e à perturbação do sossego público;

b) as restrições advindas de contrato, de regulamento condominial ou de outro negócio jurídico, bem como as decorrentes das normas de direito real, incluídas as de direito de vizinhança; e

c) a legislação trabalhista;

III - definir livremente, em mercados não regulados, o preço de produtos e de serviços como consequência de alterações da oferta e da demanda;

IV - receber tratamento isonômico de órgãos e de entidades da administração pública quanto ao exercício de atos de liberação da atividade econômica, hipótese em que o ato de liberação estará vinculado aos mesmos critérios de interpretação adotados em decisões administrativas análogas anteriores, observado o disposto em regulamento;

VI - desenvolver, executar, operar ou comercializar novas modalidades de produtos e de serviços quando as normas infralegais se tornarem desatualizadas por força de desenvolvimento tecnológico consolidado internacionalmente, nos termos estabelecidos em regulamento, que disciplinará os requisitos para aferição da situação concreta, os procedimentos, o momento e as condições dos efeitos;

70. Tal provimento se faz necessário porque vêm sendo sustentadas teses que extraem dos aludidos dispositivos a interpretação de que a comercialização, no ambiente da internet, de canais, ou pacote de canais, com conteúdos audiovisuais organizados em sequência linear temporal, com horários predeterminados, não se sujeitaria à lei específica prevista (e já editada) no art. 222, §3º, da Constituição Federal. Essas teses, que vêm ganhando eco (**à margem da Constituição**) na própria ANATEL, implicam dizer que seria constitucional ao legislador (e, por consequência, ao regulador), excluir algumas formas de oferta de conteúdos de comunicação social do dever de cumprir os princípios do art. 221 da Constituição Federal e de proporcionar a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais.

71. Para tanto, argumentam que se trata de uma modalidade tecnológica disruptiva, que, na prática, tornaria inaplicáveis os princípios previstos no art. 221 da Constituição Federal.

72. Confira-se, por exemplo, trecho do referido Mandado de Segurança nº 1017111-33.2019.4.01.3400, distribuído à 16ª Vara Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal, impetrado pela Fox Latin American Channels do Brasil Ltda. em face de despacho do Superintendente de Competição da ANATEL, por meio do qual foi determinado que a aludida empresa passasse a condicionar o acesso aos seus canais programados disponíveis em aplicações de internet à assinatura de um pacote de Serviço de Acesso Condicionado (SeAC):

**“Violação da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet)
Especialidade da Legislação e Derrotabilidade da Lei do SeAC.**

85.) No âmbito da internet, o Marco Civil (Lei n.º 12.965/2014) estabelece como fundamentos da disciplina de uso da rede mundial de computadores no Brasil o respeito à liberdade de expressão (art. 2.º caput) e **“a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor”** (art. 2.º inciso V). Entre os princípios da disciplina do uso da internet em nosso país, o Marco Civil elenca a garantia da liberdade de expressão, de comunicação e de manifestação de pensamento (art. 3.º I), assim como **“a liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta lei.”** (art. 3.º VIII).

86.) Em seu artigo 4.º, a Lei 12.965/2014 estabelece como objetivo da disciplina do uso da internet no Brasil a promoção do direito de acesso à internet a todos (inciso I), do acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural (inciso II), **a promoção da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso** (inciso III).

87.) A interpretação da citada lei, em seus próprios dizeres, deve levar em conta, além de seus fundamentos, princípios e objetivos, **“a natureza da internet, seus usos e costumes particulares e sua importância para a promoção do desenvolvimento humano, econômico, social e cultural”** (art. 6.º).

(...)

**Violação da MP 881/2019 arts. 3.º, I, V e VI, e 4.º
Violação da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB art. 30.**

109.) A ilegalidade do ato coator indevidamente mantido pela r. sentença ora apelada também sobressai evidente quando confrontado com os preceitos dispostos na Lei 13.874 de 20 de setembro de 2019 (conversão da Medida Provisória n.º 881/2019), que institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.



110.) A Declaração – anunciada pelo Governo Federal como um esforço para reduzir as barreiras, inclusive regulatórias, ao exercício da atividade econômica no Brasil – elenca uma série de princípios com o objetivo de reforçar o artigo 170 da Constituição Federal, que estabelece a livre iniciativa como fundamento da Ordem Econômica Constitucional. Referidas disposições da Lei n.º 13.784/2019 devem ser observadas em quaisquer atos de ordenação econômica, bem como ‘na aplicação e na interpretação do direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho nas relações jurídicas que se encontrem no seu âmbito de aplicação e na ordenação pública, inclusive sobre exercício das profissões, comércio, juntas comerciais, registros públicos, trânsito, transporte e proteção ao meio ambiente.’” (cf. artigo 1º, §1º).

(...)

119.) E diante disso, nessa condição de atividade de baixo risco, deve ser assegurando à FOX, por consequência, todas as garantias quanto ao exercício desta atividade econômica estabelecidas na Constituição Federal, na Lei Geral de Telecomunicações, no Marco Civil da Internet e na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, inclusive a dispensa da necessidade de atos públicos de liberação da atividade econômica para plena e contínua operação e funcionamento do estabelecimento.”

(doc. 11)

73. Como se vê, alega-se, em síntese, que a transmissão do mesmíssimo conteúdo disponibilizado pelas distribuidoras, por meio de plataforma digital, seria algo totalmente distinto, uma inovação dita *disruptiva*, que lhes eximiria da observância dos princípios previstos no art. 221 da Constituição Federal, instrumentalizados por meio da Lei do SeAC.

74. Outro argumento de que se valem algumas detentoras de canais de programação, recentemente encampado pelo já mencionado Informe nº 201/2019/PRRE/SPR apresentado no âmbito do processo administrativo na ANATEL (doc. 8), é de que a oferta de conteúdo audiovisual por meio da internet seria um exemplo de serviço *over the top* (OTT), enquadrando-se, assim, na hipótese do art. 61 da Lei Geral de Telecomunicações⁷, que trata dos serviços de valor adicionado, isto é, aqueles cuja prestação é propiciada por meio de um serviço de telecomunicação que lhe dá suporte. Com base nesta equivocada classificação, alegam as referidas entidades que o fornecimento de conteúdo audiovisual organizado em sequência linear temporal, com horários predeterminados pela internet não seria um Serviço de Acesso Condicionado,

⁷ <https://teletime.com.br/19/09/2019/abrint-nao-tem-nenhuma-logica-considerar-ott-como-seac/> (acesso em 06.03.20 às 20:27)



pelo simples fato de que o detentor do aplicativo não necessita possuir e gerenciar uma infraestrutura de rede específica para distribuir o conteúdo audiovisual na internet, como dependem as empresas que se prestam a distribuir esse conteúdo por outros meios (cabo, satélite, rádio).

75. A interpretação ignora o fato da Constituição Federal e da Lei de Serviço de Acesso Condicionado não terem definido seu escopo de incidência a partir do meio tecnológico empregado e sim do conteúdo.

76. Convenientemente, a interpretação agracia aqueles que desejam ofertar o conteúdo da comunicação social via internet com a possibilidade de se furtarem à observância das exigências da Lei de Serviço de Acesso Condicionado, reconhecidamente instrumentais à concretização dos objetivos insculpidos no art. 221 da Constituição Federal, criando para eles uma série de vantagens injustas, tais como: (a) burlar os mecanismos de restrições à concentração vertical da cadeia de valor (propriedade cruzada) previstas nos arts. 5º e 6º da Lei de Serviço de Acesso Condicionado, que vedam que produtoras e programadoras distribuam conteúdo audiovisual produzidos por elas próprias; (b) deixar de atender às exigências de conteúdo nacional obrigatório previstos no art. 16 a 24 da mesma lei; (c) exercer atividade de distribuição de conteúdo audiovisual sem autorização da ANATEL, nos moldes do art. 29 da Lei de Serviço de Acesso Condicionado, tampouco sendo regulada ou mesmo fiscalizada pela referida agência; (d) disponibilizar conteúdo audiovisual que será acessível ao consumidor desacompanhado dos canais de distribuição obrigatória previstos no art. 32 da Lei de Serviço de Acesso Condicionado; e (e) recolher aos cofres públicos tão somente ISS, enquanto todos os outros agentes exercendo atividade idêntica deverão recolher ICMS e contribuições como FUST e FUNTEL.

77. Algumas manifestações da ANATEL, particularmente o Informe nº 201/2019/PRRE/SPR e o Parecer da Procuradoria Especializada nº 73/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU (docs. 8 e 9), recentemente divulgados, seguem esse caminho. Vale notar, por exemplo, que, por incrível que possa parecer, **essas manifestações foram absolutamente omissas quanto à necessidade de respeito ao art. 222, §3º, da Constituição Federal e com a unidade da legislação brasileira sobre o tema, tendo**



como vértice a Carta Magna. Simplesmente **ignoraram** o fato de que a Lei do SeAC se submete (ao menos deveria submeter-se) à Constituição Federal e nenhuma interpretação do diploma legal que passasse ao largo dos objetivos da Carta Magna poderiam prevalecer. Todo o maduro debate promovido por este Supremo Tribunal Federal nas quatro ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas em face da Lei do SeAC foi **completamente desprezado**.

78. Além de tais assimetrias injustificáveis, a interpretação construída por determinadas produtoras de conteúdo audiovisual viola uma série de objetivos da Constituição Federal, como será exposto nos capítulos que seguem.

INESCAPÁVEL APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS
APLICÁVEIS AOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL CONSAGRADOS NA
LEI DO SEAC À DISPONIBILIZAÇÃO DE CONTEÚDO AUDIOVISUAL PELA
INTERNET: IRRELEVÂNCIA DO MEIO TECNOLÓGICO EMPREGADO

79. Como se vê, o ponto central da interpretação conferida pelas empresas que fornecem canais de programação pela internet é de que este meio seria demasiadamente inovador para se sujeitar às disposições da lei específica prevista constitucionalmente no art. 222, §3º, da CF. Há, contudo, uma variedade de óbices intransponíveis que fulminam por completo tal pretensão.

30

80. O primeiro, e mais forte deles, é o próprio art. 222, §3º da Constituição Federal, que, mais uma vez, é transcrito abaixo:

“§ 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.”

81. Chega a surpreender que se pretenda recusar a necessidade de sujeição dos prestadores desse serviço a despeito do art. 222, §3º da Constituição Federal inequivocamente impor a observância dos “*princípios enunciados no art. 221, na forma de lei específica*”, “*independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço*”.



82. Ora, o indigitado dispositivo encerra uma claríssima opção do Constituinte por dirigir o setor da comunicação social em direção a determinados objetivos, sem fazer qualquer distinção entre os meios tecnológicos empregados, formulando-se, para tanto, a “*lei específica*” prevista no referido artigo.

83. Necessário rememorar, aqui, que o texto do §3º do art. 222 decorre da Emenda Constitucional nº 26/2002, cujo objetivo foi justamente de fazer menção aos “*meios de comunicação social eletrônica*”, em antecipação das mudanças que estavam por vir com o advento da internet, como bem notou a Min. Cármen Lúcia no julgamento da ADI nº 4.923/DF:

“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: (...)

(...)

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).

84. Ainda assim, valendo-se do argumento de que a “*tecnologia utilizada para a prestação do serviço*” seria *disruptiva*, há quem sustente que seu serviço não estaria sujeito a esta “*lei específica*”, e, conseqüentemente, não precisaria observar os “*princípios enunciados no art. 221*” no desempenho de suas atividades.



85. Acresça-se que a própria Lei do Serviço de Acesso Condicionado, como já dito, também buscou preservar sua relevância e atualidade frente às novas tecnologias, deixando de limitar seu escopo de incidência às formas tradicionais de transmissão de conteúdo audiovisual.

86. Novamente sem pretender fazer da presente ação um instrumento de controle de legalidade, é necessário realçar disposições da Lei nº 12.485/11 que, em harmonia e em estrita obediência à matriz constitucional à qual está vinculada, deliberadamente adotou como critério de sua aplicação o serviço oferecido — v.g.: conteúdos audiovisuais organizados em sequência linear temporal, com horários predeterminados — ao invés de enfatizar a tecnologia empregada para a transmissão. Na realidade, o diploma, em consonância com o §3º do artigo 222 da CF, expressamente e exaustivamente consignou ser irrelevante o meio tecnológico empregado para fins de delimitação de sua abrangência:

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

(...)

VI - Comunicação Audiovisual de Acesso Condicionado: complexo de atividades que permite a emissão, transmissão e recepção, **por meios eletrônicos quaisquer**, de imagens, acompanhadas ou não de sons, que resulta na entrega de conteúdo audiovisual exclusivamente a assinantes;

(...)

X - Distribuição: 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

(...)

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**.



(...)

“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.

(...)

§ 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.”

(...)

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: (...).”

87. A opção por não limitar a aplicação da Lei nº 12.485/11 a um determinado meio tecnológico não é fruto do mero acaso. Na verdade, atentos às constantes evoluções tecnológicas que já se anunciavam, os congressistas responsáveis pela elaboração do texto da norma deliberadamente optaram por escolher termos que permitiram à Lei de Serviço de Acesso Condicionado manter sua aplicabilidade e relevância. Confira-se, neste sentido, o seguinte trecho da justificativa do Projeto de Lei nº 70/2007, que inspirou esta opção por uma redação aberta:

“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 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.”

(doc. 7)



88. Naturalmente, tal fato não escapou à atenção desse e. Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.923/DF. Naquela oportunidade, além de manter praticamente intacto o texto da Lei de Serviço de Acesso Condicionado frente aos múltiplos questionamentos que foram dirigidos a quase todos os seus dispositivos, de forma unânime, essa e. Corte também esclareceu que o alcance do diploma não ficaria circunscrito a uma determinada tecnologia:

“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)**”

* * *

“Relevante, pois, notar que a motivação do legislador ao criar a regra aqui impugnada foi justamente a de corrigir uma assimetria de fato surgida após a promulgação da Constituição com o avanço de novas tecnologias de comunicação de massa, as quais passaram a disputar espaço com a TV aberta. É essa, aliás, a justificativa do PL nº 70/2007, já transcrita acima, ao pontuar o convencimento do Parlamento brasileiro quanto à ‘atualidade e [à] **urgência mesmo, de uma legislação infraconstitucional que dê tratamento equânime a qualquer empresa que explore a produção, a programação ou o provimento de conteúdo nacional por meio eletrônico**’.

Essas razões jurídicas que conduziram a atuação do legislador foram muito bem explicadas, em doutrina, pelo hoje Ministro e sempre professor **Luiz 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 mesmo tempo em que se desenvolveram os trabalhos de elaboração da Constituição. (...) Ora bem: já foram enunciadas, anteriormente, as finalidades constitucionais que inspiraram toda a disciplina da comunicação social, destinada originalmente às empresas de radiodifusão – a preservação da soberania, da identidade e da cultura nacionais, a livre formação da opinião pública interna e a viabilidade efetiva da eventual responsabilização por ilícitos. É fora de dúvida, assim, que se há outros meios de comunicação de massa oferecendo



programação equivalente à de rádio e televisão, sem se sujeitarem ao regime jurídico vigente, haverá manifesto esvaziamento dos propósitos constitucionais”

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

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

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

* * *

“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)**. (...)

(...)

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.”



* * *

“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:

“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)”.

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.”

89. Fundamental destacar que o referido julgamento teve início em 25.06.15 e foi concluído em 08.11.17. Portanto, a análise do Supremo Tribunal Federal se deu após a entrada em vigor do Marco Civil da Internet, que, como se vê pelas conclusões alcançadas por esta e. Corte, não afetou a conclusão de que é inteiramente constitucional a Lei do SeAC.

90. Tal fato afasta, também, o infundado argumento já sustentado de que o Marco Civil teria revogado tacitamente a Lei de Serviço de Acesso Condicionado, afinal, tivesse isso de fato sucedido, teria o Supremo Tribunal Federal julgado extinta a ADIN nº 4.923/DF por perda superveniente de seu objeto, na linha da sua jurisprudência trintenária (v.g.: ADI 709, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ de 20/6/1994, ADI 3.885, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJe de 28/6/2013; ADI 2.971 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 13/2/2015; ADI 5159, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 16/2/2016; e ADI 3.408 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 15/2/2017).



91. Acresça-se que, no curso do já aludido Mandado de Segurança nº 1017111-33.2019.4.01.3400, o Ministério Público Federal elaborou parecer (doc. 12) em que tratou justamente da interpretação conferida pela empresa Fox, reproduzida acima. Na oportunidade, a i. Procuradoria da República no Distrito Federal também atentou à fragilidade da tese de que haveria uma *disrupção* apta a justificar a superação da Lei de Serviço de Acesso Condicionado, diante da inexistência de restrição na aplicabilidade do diploma a alguma tecnologia específica:

“15. O ponto é relevante, pois a autora tece longa argumentação a respeito da sua liberdade de exercício de atividade econômica e da sua liberdade de exploração de serviços pela internet, liberdades essas ofendidas pelo ato coator. Ora, em larga medida isso constitui o busílis da questão de fundo em análise pela ANATEL. Com efeito, a definição dos limites da liberdade de atuação da impetrante depende necessariamente da definição do enquadramento jurídico dos serviços por ela disponibilizados, é dizer, definir se eles constituem ou não Serviço de Acesso Condicionado (SeAC). Caso constituam, a argumentação da impetrante é ociosa, na medida em que se trata de serviço público concedido (Constituição da República, art. 223), o que necessariamente importa na mitigação daquelas liberdades, nos termos da legislação regulamentadora específica.

16. **A ANATEL, por outro lado, esgrime argumentos defendendo haver verossimilhança na alegação de que há correspondência entre as funcionalidades disponibilizadas pelo aplicativo FOX+ e o SeAC, a atrair o regramento veiculado pela Lei nº 12.485/11.**

17. E, com efeito, da leitura de aludido diploma legal, em especial da definição vazada em seu art. 2º, VI, ressaí essa impressão inicial. Confira-se:

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

[...]

VI – Comunicação Audiovisual de Acesso Condicionado: complexo de atividades que permite a emissão, transmissão e recepção, **por meios eletrônicos quaisquer**, de imagens, acompanhadas ou não de sons, que resulta na entrega de conteúdo audiovisual exclusivamente a assinantes;

[...] (g.n.)

18. **Veja-se que a lei não restringe a conceituação efetuada à espécie de suporte empregado para transmissão das imagens.**

19. **As disposições constantes na Lei nº 12.965/14 (Marco Civil da Internet) em princípio não representariam obstáculo ao raciocínio feito pela ANATEL.** Mercê da falta de tratamento específico da matéria, pode-se invocar o princípio da especialidade para solução do conflito nas normas. Nesse ponto, com a devida vênua ao eminente Relator do Agravo de Instrumento nº 1022208-29.2019.4.01.0000, a relação conteúdo-continente é a inversa da ali defendida: o Marco Civil da Internet é



claramente norma geral e a Lei nº 12.485/11 é norma especial, de modo que os seus dispositivos são preservados por aquela, nos termos do art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.”

(doc. 12)

92. Vale frisar que tais argumentos foram acolhidos pelo Juízo de primeira instância, que, ao sentenciar o mandado de segurança, indeferiu a segurança (doc. 10).

93. De igual modo, até a edição do referido Informe 201/2019/PRRE/SPR, a Superintendência de Competição, a Superintendência de Fiscalização e a Fiscalização de Planejamento e Regulamentação da ANATEL destacavam, em uníssono, sob uma perspectiva eminentemente técnica, que o serviço fornecido por meio da internet é rigorosamente o mesmo que é disponibilizado na TV por assinatura, inexistindo razão para que lhe seja conferido tratamento regulatório distinto:

“3.179. Para este momento da análise, é importante destacar que a grade de programação apresentada no aplicativo da FOX não difere daquela que está sendo apresentada nos canais da FOX acessados por meio da contratação de SeAC. Nesta constatação, reside a principal diferença entre a oferta da FOX e outras abordagens ou modelos de negócios sendo testados. Não se trata de uma mera organização temporal esporádica de conteúdos, tampouco uma nova configuração mercadológica de conteúdo não disponível na programação e empacotamento do SeAC e muito menos uma dinâmica de protagonismo e customização da audiência na definição de uma linearidade sugerida. Trata-se, na verdade, da inconteste e evidente replicação do conteúdo programado na cadeia produtiva organizada na Lei no 12.485/2011: produção-programação-empacotamento-distribuição, sem arcar com os ônus inerentes a essa atividade estabelecidos na mesma Lei.

3.180. A alegação de que as facilidades permitidas ao usuário do aplicativo as distinguiriam do conteúdo programado pela FOX e distribuído por meio do SeAC não consegue afastar o fato de que, em ambos os casos, o consumidor recebe o mesmo layout de conteúdo.

3.181. Nesse sentido, o aspecto de complementariedade entre diferentes plataformas resta afastado no caso da oferta da FOX, quando se permite que o acesso ao conteúdo da “TV ao vivo” seja acessado sem que o consumidor tenha que autenticar um serviço SeAC.

3.182. Esse catch-up TV híbrido ofertado pela FOX é uma abordagem mais heterodoxa, que destoa de demais práticas já consolidadas no mercado e, portanto, testa os limites de conformidade regulatória com um mosaico legal composto pela LGT, pelo Marco Civil da Internet e pela Lei de Comunicação Audiovisual de Acesso Condicionado.



3.183. Esse contexto sinaliza a verossimilhança de direito (*fumus boni juris*), na medida em que se verifica a presunção de contrariedade à Lei nº 12.485/2011, que assim definiu o SeAC: (...)”

(doc. 13)

94. Os diferentes trechos acima reproduzidos desautorizam, de igual modo, a tentativa de descaracterizar a oferta de conteúdo por meio da internet como Serviço de Acesso Condicionado com base na alegação de que se trataria de um Serviço de Valor Adicionado. A distinção entre os serviços *over the top* (OTT) e os serviços tradicionais de telecomunicações que o Informe 201/2019/PRRE/SPR trouxe está fundamentada, precipuamente, em critérios tecnológicos, mais especificamente à utilização de uma infraestrutura preexistente e pertencente a outrem.

95. Como já dito inúmeras vezes nesta ação, a Constituição Federal passou ao largo deste tipo de critério (e a Lei do SeAC aderiu a esse comando da Constituição), justamente com objetivo de garantir a observância dos princípios constantes do art. 221 do texto constitucional, “*independentemente da tecnologia utilizada para a prestação de serviço*”. Simplesmente não há como se ler o texto Constitucional e legal de modo a se enxergar o hiato legislativo e regulatório que as empresas por trás de tal interpretação vislumbram em seu favor.

96. Trata-se de uma argumentação vazia, que busca distinguir conteúdos idênticos exclusivamente com base na tecnologia que propicia seu fornecimento ao consumidor final, exatamente o contrário do que a Constituição Federal e a Lei de Serviço de Acesso Condicionado dispuseram em seus respectivos textos.

97. Além dos princípios constitucionais e legais terem a sua aplicabilidade adstrita a qualquer meio tecnológico, inexistente sob a perspectiva técnica qualquer distinção relevante entre a comercialização de canais, ou pacote de canais, com conteúdos audiovisuais organizados em sequência linear temporal, com horários predeterminados, por meio de TV a cabo ou da internet. Conforme assentado pelo e. Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADIs em referência, “*seria um retrocesso sustentar discriminações fundadas nos meios técnicos de prestação do serviço*”:



“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**”.

98. A verdadeira e única disrupção que se verifica se dá entre os claríssimos termos da Constituição (que foram expressamente aplicados na Lei de Serviço de Acesso Condicionado), de um lado e a interpretação dos indigitados dispositivos do Marco Civil da Internet e da Lei de Liberdade Econômica, que produz como efeito esvaziar a efetividade dos comandos constitucionais.

99. Além de afrontar o art. 222, § 3º, e, conseqüentemente, os princípios estabelecidos no art. 221 da Constituição Federal, a interpretação questionada nesta ação contrária, ainda, inúmeros outros dispositivos consagrados na Carta Maior, como se passa a expor.

PRINCÍPIO DE LIVRE INICIATIVA E LIVRE CONCORRÊNCIA:

ARTS. 1º, IV, 170, CAPUT, IV E 173, §4º DA CF

100. A interpretação de que a disponibilização de conteúdo audiovisual organizado em sequência linear temporal com horários predeterminados feita por meio da internet não precisaria se sujeitar aos princípios do art. 221 da Constituição Federal, concretizados por meio da aplicação da Lei do Serviço de Acesso Condicionado, tampouco à fiscalização e regulação da ANATEL, é incompatível, também, com o princípio da livre iniciativa e da livre concorrência que se extrai dos arts. 1º, IV, 170, caput e inciso IV, e 173, §4º da Constituição Federal.

101. A premissa do Constituinte ao elevar a livre iniciativa ao status de fundamento da República Federativa Brasileira e a livre concorrência ao de princípio regente da ordem econômica é de que a exploração das atividades econômicas por particulares tende a se reverter em valor para a sociedade. Todavia, para que esta premissa



se materialize, é indispensável que seja igualmente assegurado um ambiente de concorrência justa entre os participantes.

102. De igual modo, é amplamente reconhecida a possibilidade de que, agindo de forma adequada e proporcional, o Estado busque incentivar ou desincentivar determinadas condutas, especialmente com o fim de fazer valer os objetivos estabelecidos na Constituição Federal. Sobre o tema, consulte-se o entendimento do Ministro Luis Roberto Barroso:

“É verdade que, como nenhum princípio é absoluto, também a livre iniciativa pode ser mitigada em favor de outros valores, no caso específico, a pretensão legítima de sanar falhas de mercado para impedir dominação de mercado, por exemplo, e para a proteção do consumidor. Portanto, a chegada de novos atores em um mercado preestabelecido não pode, por sua vez, eliminar a concorrência igualmente existente. Portanto, o Estado pode incentivar ou desincentivar comportamentos onde o livre mercado não realiza adequadamente os valores constitucionais.”

(RE 1054110, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, j. 09.05.19, Processo Eletrônico Repercussão Geral - MÉRITO DJe-194 p. 06.09.19)

103. No presente caso, além de criar uma distinção baseada no critério tecnológico, agredindo o art. 222, §3º, da Constituição Federal e a Lei do Serviço de Acesso Condicionado, a interpretação de que a disponibilização de conteúdo audiovisual com horário predeterminado pela internet não está sujeita ao mesmo marco legal e à regulação e fiscalização da ANATEL cria uma abissal assimetria competitiva entre as empresas do setor.

104. Ao recusarem a sujeição à Lei de Acesso do Serviço Condicionado as detentoras dos canais de programação disponíveis na internet sem exigência de assinatura estarão eximidas das obrigações de disponibilização obrigatória de canais de interesse social (*must carry*) e de quantitativos mínimos de conteúdo nacional, enquanto as empresas que observam a aludida norma têm o dever de observar tais determinações, com o objetivo de promover os princípios do art. 221 da Constituição Federal.

105. **Outro aspecto fundamental que decorre da interpretação aqui atacada é a possibilidade que determinados grupos terão de contornar as restrições**



estabelecidas pelos arts. 5º e 6º da Lei de Acesso de Serviço Condicionado, que vedam a possibilidade de que produtoras e programadores de conteúdo audiovisual distribuam o referido conteúdo aos consumidores, permitindo, assim, que promovam a verticalização da cadeia de valor audiovisual. Tais dispositivos são absolutamente centrais na teleologia do diploma, por buscarem democratizar e evitar a formação de monopólios e oligopólios na comunicação social nacional, na forma delineada no art. 220, §5º da Constituição Federal:

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

106. **Igualmente, as referidas empresas ficariam dispensadas das limitações impostas à participação de empresas estrangeiras na cadeia audiovisual, determinação de índole constitucional (CF, art. 222, §4º) que é concretizada pela Lei de Acesso de Serviço Condicionado (v.g.: arts. 2º, XVIII, XIX, XXI, XXII, 9º, 10 e 29).**

107. Os louváveis propósitos por trás destes dispositivos, não passaram despercebidos por esse E. Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADI 4.923/DF:

“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.

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 Sankievciz, cujo magistério, acredito, aplica-se,



mutatis mutandis, à hipótese da TV por assinatura, enquanto espécie de comunicação social:

[...]

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.”

108. Sem que se sujeitem à Lei de Acesso de Serviço Condicionado, os mesmos grupos que produzem conteúdo audiovisual poderão levá-lo diretamente ao consumidor final, contornando a proibição legal, tudo sob o simplório argumento de que estão fazendo isto pela internet e não por fibra ótica ou satélite.

109. Não bastasse, a Constituição Federal revelou especial preocupação em criar um ambiente equilibrado para a atuação dos profissionais brasileiros, grupo aqui representado pela associação autora e que estará seriamente prejudicado caso a internet se torne um meio de comunicação social e distribuição de conteúdos audiovisuais livre de regras e de regulamentação. Basta colher o exemplo da FOX: Se as grandes produtoras estrangeiras estiverem livres para comercializar as suas produções no mercado internacional, sem se submeterem aos princípios encartados no art. 221 e 222 da Constituição Federal e demais regras da legislação específica, em pouco tempo os produtores independentes nacionais ficarão sem condições de concorrer nesse competitivo mercado, que passará a ser dominado apenas por gigantes.

43

110. Embora desconsidere essas circunstâncias em suas conclusões, o próprio Informe 201/2019/PRRE/SPR aponta os riscos para o equilíbrio concorrencial decorrentes de uma interpretação que exima os aplicativos de internet de cumprirem as regras constitucionais consagradas pela Lei do SeAC:

“3.460. Nesse sentido, é cabível compreender que toda essa dinâmica tecnológica não acontece sem efeitos de curto prazo. No caso concreto, a oferta de serviços de telecomunicações segue uma base normativa bem diferente da oferta de SVA. Esse contexto pode criar desequilíbrio



competitivo no curto prazo, caso não seja feita uma avaliação concreta desse processo.

3.461. De forma ilustrativa, para esse caso concreto, há significativas diferenças normativas de cunho:

.Tributário: grandes diferenças em alíquotas e regimes fiscais;

.Fomento de conteúdo: obrigações de carregamento de conteúdo constantes na Lei 12.485/2011, conforme citado anteriormente;

.Outros encargos regulatórios: existência de empresas no Brasil, e as possibilidades de atuação em outros elos da cadeia de valor referenciada nessa análise etc.”

111. O eminente Relator das ADIs que trataram da constitucionalidade da Lei do SeAC, Ministro Luiz Fux, ressaltou em seu voto, com inegável acerto, que “*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*”. A partir dessa compreensão, acrescentou o eminente Ministro:

“(…) 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”.

112. Em outro trecho, ao tratar especificamente da restrição à participação de estrangeiros nas atividades de programação e empacotamento de conteúdo audiovisual contida no art. 10, *caput*, e §1º, da Lei do SeAC, o Ministro Luiz Fux resalta que a conformidade da regra com o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, na medida em que “*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 em 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".

113. Cabe realçar, ainda, que admitir esse tratamento dúplice (essa interpretação dos dispositivos infraconstitucionais em desconformidade com o texto constitucional) também produz impactos no tratamento tributário dedicado ao serviço (ao mesmo serviço). Se ofertado via internet, estará sujeito à incidência do Imposto sobre Serviços (ISS) e se ofertado por outros meios e tecnologias, sujeita-se ao Imposto sobre Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, gerando não apenas diferenças na carga tributária a que se sujeitam, mas igualmente prejudicando o planejamento tributário eis que se trata de exações que têm como destinatários da arrecadação tributária entes distintos.

114. Não custa lembrar que o Decreto nº 10.229/20, que regulamenta o direito de desenvolver, executar, operar ou comercializar produto ou serviço em desacordo com a norma técnica desatualizada de que trata o inciso VI do caput do art. 3º da Lei de Liberdade Econômica prevê, em seu art. 2º, que a aludida lei jamais poderá ser invocada para questionar uma norma aprovada pelo Poder Legislativo:

“Art. 2º O disposto neste Decreto se aplica à administração pública direta, autárquica e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos previstos no § 4º do art. 1º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Parágrafo único. O disposto neste Decreto: I - não poderá ser invocado para questionar normas aprovadas pelo Poder Legislativo ou pelo Chefe do Poder Executivo; e (...)”

115. Como se vê, a própria Lei de Liberdade Econômica que é utilizada como trilha de escape pelas empresas que sustentam a inconstitucional interpretação aqui denunciada foi regulamentada de modo a impedir sua invocação para escapar à aplicação de uma norma legal.

116. Definitivamente, a interpretação de que a disponibilização de conteúdo audiovisual tratada nesta petição poderia se dar de forma insubmissa se realizada por meio da internet é terminantemente contrária ao princípio da livre iniciativa e concorrência.

PRINCÍPIO DE PROMOÇÃO E ACESSO ÀS FONTES DE CULTURA NACIONAL:

ARTS. 215, §1º, 221, I, II, E 222, §3º DA CF

117. Mais um objetivo constitucional frustrado pelo esvaziamento pretendido à Constituição Federal é a promoção de acesso às fontes de cultura nacional, prevista nos arts. 215, §1º⁸, 221, i, ii⁹, e 222, §3º¹⁰ da Carta Magna.

118. Como já explicado, a tolerância com a interpretação de que a disponibilização pela internet do mesmíssimo conteúdo oferecido por meio do Serviço de Acesso Condicionado faz com que o fornecedor não tenha obrigação de distribuir os canais previstos no art. 32 da Lei de Serviços de Acesso Condicionado. Muitos destes canais são de distribuição obrigatória justamente com o objetivo de promover a cultura nacional:

“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:

(...)

VII - um canal educativo e cultural, organizado pelo Governo Federal e destinado para o desenvolvimento e aprimoramento, entre outros, do

⁸ “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.

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.”

⁹ “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;”

¹⁰ “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.

§ 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.”



ensino a distância de alunos e capacitação de professores, assim como para a transmissão de produções culturais e **programas regionais**;

(...)

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, 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: (...)"

119. Aqui, mais uma vez, vale rememorar o entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação à constitucionalidade dos referidos dispositivos:

47

“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 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)” (Voto Ministra Rosa Weber)



* * *

“Essas restrições legais encontram justificção 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 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.” (Voto Ministra Carmen Lúcia)

120. Além de transgredirem a determinação de distribuição obrigatória de determinados canais, ao deixarem de se sujeitar à Lei de Serviço de Acesso Condicionado, as empresas que ofertarem sua programação pela internet não estarão mais sujeitas às obrigações de contudo nacional mínimo, desrespeitando mais uma importante norma de matriz constitucional que visa à promoção da cultura nacional.

48

121. Recorra-se, mais uma vez, às considerações dessa e. Corte Suprema na meticulosa análise feita a respeito da Lei do Serviço de Acesso Condicionado:

“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.”

* * *

“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 demanda 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.”

* * *

“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).”

122. De fato, a Lei de Serviço de Acesso Condicionado atingiu em cheio o seu objetivo de promover a cultura nacional e preservar a identidade brasileira na oferta de conteúdo audiovisual para uma crescente parcela da população, como demonstram os números já mencionados nesta peça (supra, itens 60/68).

123. Tais inegáveis conquistas são postas em risco imediato pela interpretação de que a prestação do serviço por meio da internet libera as empresas de observar as exigências da Lei nº 12.485/11, as quais, em última análise, concretizam os arts. 221 e 222 da Constituição Federal.

49

124. Portanto, também em relação ao objetivo de promoção e acesso às fontes de cultura nacional há franca violação por parte da interpretação conferida por algumas empresas aos já mencionados dispositivos do Marco Civil da Internet e da Lei de Liberdade Econômica.

125. Claro que poderão sobrevir alterações aos dispositivos da Lei do SeAC. Mas tais alterações também deverão respeitar os arts. 221 e 222 da Constituição Federal e, se serão obrigatórias para as prestadoras de SeAC, por questão de isonomia, também deverão ser obrigatórias às veiculadoras de conteúdo audiovisual organizado de forma linear via internet.



PRINCÍPIO DE REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES REGIONAIS E SOCIAIS

ARTS. 170, VII DA CF

126. Mais um aspecto em que a possibilidade de veiculação de conteúdo audiovisual organizado de forma linear, com horários predeterminados pela internet, sem a observância da Lei do SeAC fere a Constituição Federal é na provável acentuação das desigualdades sociais regionais que ela desencadeará.

127. Explique-se: como a transmissão do serviço pelos aplicativos por meio da internet é feita predominantemente através da conexão de banda larga, o acesso a esse serviço ficaria restrito às regiões de maior índice de desenvolvimento e renda, nos quais a internet banda larga já se encontra difundida, localidades essas, evidentemente, de maior atratividade para as empresas que ofertam tal serviço.

128. Nas localidades do país em que não há banda larga difundida, o conteúdo audiovisual distribuído via internet não estará acessível ao cidadão brasileiro, que continuará a fazer uso dos serviços de acesso condicionado comercializado pelos meios de comunicação social mais difundidos.

129. Todavia, se se entender que a prestação do serviço por meio da internet exige o fornecedor do cumprimento das normas constitucionais concretizadas pela Lei do SeAC, o que se verá é que parte da população, localizada em regiões de maior desenvolvimento econômico, social e de renda, terá acesso a um serviço não regulamentado, sujeito a uma carga tributária substancialmente menor, em detrimento do serviço prestado às demais localidades do país, que deverá seguir todas as restrições acima descritas e suportar encargos tributários consideravelmente maiores. A tendência é de esvaziamento e desestímulo ao mercado de TV por assinatura, em evidente prejuízo à grande massa da população, mais necessitada.

130. Esta grave assimetria regulatória, aliada ao maior poder aquisitivo dos mercados onde o serviço seria desregulado tenderia a gerar um desequilíbrio cada vez maior entre o conteúdo ofertado nas regiões mais desenvolvidas e nas regiões mais



carentes do país, na contramão do processo civilizatório almejado pela Constituição Federal em seu art. 170, VII.

131. Além disso, não sendo exigido que o consumidor que acessa o conteúdo disponibilizado via internet seja um assinante de uma prestadora de Serviço de Acesso Condicionado, ele não terá acesso aos canais obrigatórios que buscam fomentar a cultura e informação da localidade onde o serviço é prestado (Lei nº 12.485/11, art. 32, VII, IX, X e XI¹¹), em evidente prejuízo ao desenvolvimento das regiões onde o serviço é prestado, mais distantes das capitais e carente de informações.

132. Daí a razão pela qual esta ADI tem a pretensão de obrigar o prestador do serviço audiovisual por meio da internet ao cumprimento das normas constitucionais atualmente concretizadas pela Lei do SeAC, ou, caso esta seja alterada ou revogada, a qualquer outra lei que obrigue os demais prestadores de serviço audiovisual linear.

PRINCÍPIO DE IGUALDADE E ISONOMIA TRIBUTÁRIA
ARTS. 150, II, DA CF

133. A aquiescência com o entendimento adotado por algumas empresas do ramo audiovisual que veiculam seu conteúdo por meio da internet no sentido de isentá-las ao cumprimento das disposições da Lei do SeAC geraria, ainda, uma grave violação ao princípio de igualdade e isonomia tributária (CF, art. 150), uma vez que seriam aplicados dois regimes tributários absolutamente distintos ao mesmíssimo serviço prestado.

¹¹ “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: 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; 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, 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: (...)”

134. Isto porque, atualmente, os serviços de telecomunicações enquadrados pela Lei do SeAC são obrigadas a recolher diversos tributos como, por exemplo, o ICMS – *Imposto sobre Mercadorias e Serviços*, PIS – *Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público*, COFINS – *Contribuição para Financiamento da Seguridade Social*, além dos fundos setoriais FUST - *Fundo de Universalização das Telecomunicações* e FUNTTEL - *Fundo para o Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações*.

135. Por sua vez, as prestadoras de serviços por meio da internet recolhem apenas o ISS – *Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza*.

136. Levando-se em conta que se trata da disponibilização de conteúdo rigorosamente idêntico, sendo a única diferença o meio tecnológico empregado, não há qualquer justificativa plausível para se que se estabeleçam dois regimes inteiramente díspares, em total comprometimento da isonomia tributária estabelecida pelo art. 150, II da Constituição Federal.

ESCLARECIMENTO NECESSÁRIO

137. Por fim, é importante dizer que esta peça não tem a pretensão de qualificar ou não a oferta de canais de televisão pela internet como uma forma de SeAC. Se, tal qual entendeu a Procuradoria Federal perante a ANATEL, um serviço de disponibilização de conteúdo audiovisual linear via internet não é tecnicamente idêntico a um serviço de telecomunicações, posto que a empresa que o oferece não oferece não possui “*controle ou responsabilidade sobre a rede por meio da qual trafegam os conteúdos disponibilizados*”, isso é absolutamente irrelevante para esta ação.

138. O que esta ação pretende, e isso a Procuradoria da ANATEL não nega, é a circunstância de que o serviço de disponibilização de conteúdo audiovisual linear via internet é um serviço concorrente ao serviço prestado pelas prestadoras de SeAC. Por serem concorrentes, tais serviços devem ser submetidos aos mesmos regramentos, tanto



sob o ângulo regulatório, entrando aí a obrigatoriedade de canais, a proibição de verticalização, bem como sob o ângulo tributário.

139. Aliás, a própria Suprema Corte Americana já assentou que, sob o ângulo do usuário e do difusor do conteúdo audiovisual transmitido, pouco importa que a transmissão se dê por meio de Televisão à cabo ou pela Internet. Em suma, está-se diante de um mesmo mercado relevante, no qual as regras competitivas devem ser estritamente as mesmas. Nesse sentido: *Am. Broad. Cos. v. Aereo, Inc.*, 573 U.S. 431 (2014).

COMPARAÇÃO INDEVIDA

140. É comum que se compare a discussão da presente ação com outras disputas entre “*tecnologias disruptivas*” e serviços tradicionais. Vale citar, como um dos casos mais emblemáticos a esse respeito, o julgamento da ADPF 449 e do Recurso Extraordinário 1.054.110/SP, em que foi declarada a inconstitucionalidade da proibição ou restrição da atividade de transporte privado individual por aplicativo, tais como Uber, Cabify e 99.

141. A despeito da aparente semelhança, é importante ressaltar que as premissas adotadas por esta c. Corte no julgamento daquele tema não se encontram presentes neste caso.

142. Inicie-se pelo fato de que o STF entendeu não haver norma constitucional que justifique a restrição à livre iniciativa com relação ao serviço privado de transporte de passageiros. Naquele caso, como consignado no voto do e. Ministro Luís Roberto Barroso, registrou-se que “*a lei não pode arbitrariamente retirar uma determinada atividade econômica da liberdade de empreender das pessoas, salvo se houver um fundamento constitucional que autorize aquela restrição*”, concluindo-se que “*não há regra nem princípio constitucional que prescreva a manutenção de um modelo de específico de transporte individual de passageiros*” (p. 6).

143. Com relação à TV por assinatura, muito diferentemente, foi também este STF, no julgamento da já muito mencionada ADI 4.923/DF, que consignou serem as



restrições à prestação do serviço de TV por assinatura necessárias para concretizar comandos constitucionais, reconhecendo-se que *“foi a própria Constituição de 1988 que previu diretrizes comuns e gerais aplicáveis indistintamente a todos os veículos de comunicação social”*.

144. Veja-se que a proteção constitucional não se destina ao meio de transmissão, mas ao conteúdo em si. Aludindo às normas dos arts. 220, 221 e 222 da Constituição Federal, concluiu-se naquele julgamento que *“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”* (ADI nº 4.923/DF).

145. Não é só. Quando do julgamento do caso dos aplicativos de transporte individuais, essa c. Corte concluiu que o reconhecimento da constitucionalidade da prestação daquele serviço era forma de garantir a observância aos princípios da livre iniciativa e livre concorrência. Esse entendimento partiu da premissa de que, naquele contexto, havia uma restrição à entrada de novos concorrentes no mercado, de tal modo que, caso os aplicativos de transporte fossem obrigados a seguir o regime jurídico dos táxis, haveria uma limitação a novos entrantes no mercado, uma vez que as permissões para táxis são finitas:

“Na realidade, como é de sabença comum, o licenciamento de táxis no Brasil funciona como a delegação de um privilégio a certos particulares, os quais detêm a exclusividade de exploração do serviço de transporte de passageiros. Os detentores de licenças, por sua vez, podem ‘ceder’ a sua licença para exploração de terceiros (os verdadeiros motoristas), mediante remuneração (denominadas ‘diárias’). A restrição artificial do mercado, assim, cria uma renda extraordinária para os detentores de licenças, cujo valor deriva precisamente da possibilidade de transacionar esse ‘título’. Trata-se de ativo, assim, que não corresponde a qualquer benefício gerado à sociedade, mas tão somente ao cenário antinatural de escassez decorrente da limitação governamental”.

146. No caso em tela, reconhecer que a prestação do serviço de TV por assinatura na internet se submete às mesmas regras do serviço prestado por meio de outras tecnologias não restringe a concorrência ou a entrada de novos agentes no mercado, mas,



do contrário, assegura a observância do princípio da livre iniciativa e livre concorrência, ao impor aos agentes às mesmas regras – criadas, insista-se, para concretizar mandamentos constitucionais.

147. Isso porque, embora a prestação do SeAC esteja sujeita a uma autorização da ANATEL, não há limitativo quanto à quantidade de autorizações concedidas, tampouco restrição de recursos a serem geridos e distribuídos aos particulares (como as autorizações para uso de radiofrequências, por exemplo).

148. A esse respeito, os dados concretos acima demonstrados comprovam que a Lei do SeAC, desde sua vigência, não só não restringiu o acesso a novos players, como gerou significativo aumento no número de novos entrantes (supra, item 62). Ainda, é de se mencionar que admitir que a prestação do serviço pela internet seria absolutamente livre implica dizer que estes fornecedores não ficarão sujeitos a qualquer regulação.

149. Ao julgar a constitucionalidade dos aplicativos de transporte, este e. STF consignou justamente que, naquele caso, já havia lei federal estabelecendo parâmetros para a prestação do serviço, cujo objetivo era, como indicado pelo e. Ministro Luís Roberto Barroso, *“precisamente não reproduzir o cenário de violação à concorrência e à livre iniciativa que até então marcava este mercado”* (p. 11).

150. O que ocorre, aqui, é justamente o oposto. A absoluta falta de regras para as empresas atuantes no ambiente da internet, estritamente baseada em uma leitura atravessada do Marco Civil da Internet e da Lei de Liberdade Econômica gera, inequivocamente, o risco de atuação predatória. Insista-se: o que está sendo debatido aqui é a mera replicação de um serviço já existente no mercado — qual seja, comercialização de canais organizados com programação linear, vendidos ao consumidor por meio de assinatura — sendo a única distinção o meio de transmissão, que tanto a Constituição Federal quanto a Lei do SeAC dizem irrelevante para a definição do seu regime jurídico.

151. Assim, como se vê, embora aparentemente semelhantes, há diferenças relevantes entre a discussão já analisada por esse e. Supremo Tribunal Federal e o presente



caso que fazem com que a solução adotada naquela situação não se aplica à presente disputa.

PLAUSIBILIDADE DO DIREITO E URGÊNCIA:

MEDIDA CAUTELAR IMPOSITIVA

152. De tudo quanto exposto nesta petição inicial, extrai-se nitidamente a plausibilidade do direito invocado e a urgência no provimento jurisdicional pretendido, sob pena de se verificar prejuízo irreversível.

153. Como amplamente exposto, a plausibilidade da tese invocada reside no fato de que determinadas empresas estão buscando contrariar bruscamente o comando do art. 222, §3º da Constituição Federal — além dos muitos outros dispositivos aqui destacados —, ao arguirem justamente o meio tecnológico por elas empregado para a comunicação social como fundamento para recusarem a aplicação da “*lei específica*” criada para promover os princípios previstos no art. 221 da Constituição Federal, tudo de maneira a obter tratamento privilegiado e adquirir um posição de concentração excessiva de mercado.

56

154. Assim, estariam elas livres da observância dos objetivos que o Constituinte impôs ao ramo, da submissão às previsões de conteúdo nacional, vedação à participação cruzada e verticalização da cadeia de valor, distribuição obrigatória de canais de interesse social e da fiscalização e regulação da ANATEL e da ANCINE — todas medidas cuja constitucionalidade já foi cancelada por esse e. Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 4.923/DF —, além de uma série de outras vantagens competitivas devidamente expostas nesta petição.

155. Por óbvio, caso não seja **imediatamente** desautorizada por esse e. Supremo Tribunal Federal qualquer interpretação que permita às detentoras de canais de programação ignorarem os termos da Constituição Federal e da Lei de Serviço de Acesso Condicionado, rapidamente haverá um esvaziamento do Serviço de Acesso Condicionado.



156. Não é retórica dizer que o mercado de Serviço de Acesso Condicionado está em situação de risco pela possibilidade de imediato esvaziamento de assinantes, já que as prestadoras de serviço linear pela internet podem praticar preços predatórios visando a concentrar imediatamente o mercado.

157. Com igual prontidão, serão cancelados todos os benéficos efeitos produzidos pela Lei de Serviço de Acesso Condicionado, que, concretizando os mandamentos constitucionais, democratizou o acesso e o conteúdo de nossa comunicação social, impedindo, ainda, a formação de monopólios e oligopólios no setor.

158. Livremente franqueada aos grandes grupos de comunicação social uma janela de oportunidade para consolidarem o mercado sem que tenham de se submeter a regra alguma, toda a ordem social sofrerá gravíssimo impactos, que certamente levarão anos para serem desfeitos, se isso for possível.

159. E não custa lembrar: tudo isto por causa de uma indefensável interpretação de que um mesmo serviço, se ofertado pela internet, pode desfrutar de completa insubmissão à Constituição Federal, à lei específica ou à Agência Reguladora do setor.

160. Inegavelmente, a providência aqui reclamada não pode aguardar a tramitação ordinária de uma ação direta de inconstitucionalidade, sob pena de se produzirem efeitos gravíssimos e irreversíveis que, até lá, nem mesmo o provimento da ação será capaz de desfazer.

161. Como se destacou, além da discussão judicial inaugurada, com a prolação de decisões equivocadas com tendência a encampar a interpretação inconstitucional dos dispositivos aqui suscitados, os órgãos técnicos da ANATEL já se manifestaram recentemente em igual sentido, estando a agência na iminência de proferir decisão colegiada, cujos efeitos serão capazes de trazer danos imediatos ao mercado.

162. Cumpre observar que, conquanto o Marco Civil da Internet tenha entrado em vigor há cinco anos, o que é efetivamente questionado por meio desta ação direta de inconstitucionalidade é a recentíssima interpretação que alguns pretendem conferir a

determinados dispositivos constantes da aludida lei, acrescidos de outros dispositivos da Lei de Liberdade Econômica, publicada em 20.09.19.

163. Assim, não há de se invocar a data da entrada em vigor do referido diploma legal na tentativa de retirar a urgência deste pedido cautelar, que, muito ao contrário, revela-se plenamente inadiável e crucial.

164. Justifica-se, sem dúvida, a concessão de medida cautelar, monocraticamente pela própria relatoria, e sua imediata submissão à apreciação do Plenário Virtual (art. 21-B do Regimento Interno), para que se impeça, até o julgamento final da ação, que a disponibilização de conteúdo audiovisual organizado em sequência linear temporal, com horários predeterminados, por meios de comunicação eletrônica quaisquer, independente da tecnologia utilizada e, especificamente, por meio da internet, viole o princípio da isonomia e deixe de observar a lei específica prevista no art. 222, §3º, da Constituição Federal, atualmente a Lei nº 12.485/2011 (Lei do SeAC).

PEDIDOS

58

165. Pelas razões aqui expostas, pede a autora que, após concedida a medida cautelar acima pleiteada, sejam intimados os Exmos. Srs. Presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados e Presidente do Senado, nos termos do art. 6º da Lei nº 9.868/99, e, posteriormente, ouvidos o Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, nos termos do art. 8º do referido diploma.

166. Ao final, confia a autora que será julgada procedente esta ação direta de inconstitucionalidade, a fim de que seja conferida interpretação conforme a Constituição Federal aos arts. 2º, V, 3º, I e VIII, e 5º, VII da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) e ao art. 3º, I, II, III e VI da Lei nº 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica), para estabelecer que é inconstitucional, por ofensa aos arts. 1º, IV, 5º, caput, 150, II, 170, VII, 173, §4º, 215, §1º, 221, caput, I e II, 222, §3º, da Constituição Federal, qualquer interpretação que viole o princípio da isonomia e permita o fornecimento remunerado de conteúdo audiovisual organizado em sequência linear temporal, com horários predeterminados, por meios de comunicação eletrônica quaisquer, independente da




MANEIRA ADVOGADOS


tecnologia utilizada e, especificamente, por meio da internet, sem submissão à lei específica de que trata o art. 222, § 3º, da Constituição Federal, atualmente a Lei nº 12.485/11 (Lei do SeAC).


167. Dando à causa o valor de R\$ 1.000.000,00, protesta pela eventual juntada de documentos suplementares e informa que os signatários recebem intimações, nesta capital, no endereço constante do timbre desta petição.

Nestes termos,
P. deferimento.

Brasília, 17 de março de 2020


EDUARDO MANEIRA
OAB/RJ 112.792


LUCAS MAYALL
OAB/RJ 185.746


LUIS EDUARDO MANEIRA
OAB/RJ 204.629


EDUARDO LOURENÇO GREGÓRIO JR.
OAB/DF 36.531



LISTA DE DOCUMENTOS

1. Procuração e estatuto social da BRAVI
2. Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet)
3. Lei nº 13.874/2019 (Lei de Liberdade Econômica)
4. Lei nº 12.485/2011 (Lei do Serviço de Acesso Condicionado – SeAC)
5. Inteiro teor do Acórdão do julgamento da ADI nº 4.923/DF
6. Denúncia – Claro S/A – Anatel
7. Projeto de Lei nº 70/2007
8. Informe nº 201/2019/PRRE/SPR
9. Parecer nº 00073/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU
10. Sentença – Mandado de Segurança nº 1017111-33.2019.4.01.3400
11. Apelação - Mandado de Segurança nº 1017111-33.2019.4.01.3400
12. Parecer – Ministério Público - Mandado de Segurança nº 1017111-33.2019.4.01.3400
13. Informe nº 242/2019/CPRP/SCP