ARRUDA ALVIM & THEREZA ALVIM
Advocacia e Consultoria Jurídica
SÃO PAULO - RIO DE JANEIRO - BRASÍLIA - PORTO ALEGRE
www.arrudaalvim.com.br

**ARRUDA ALVIM**
**THEREZA ALVIM**
**EDUARDO ARRUDA ALVIM**
**ANGÉLICA ARRUDA ALVIM**
**GIANFRANCESCO GENOSO**
**ARMANDO VERRI JUNIOR**
**FERNANDO ANSELMO RODRIGUES**
**FERNANDO CRESPO QUEIROZ NEVES**
**ALUÍZIO JOSÉ DE A. CHERUBINI**
**EVERALDO AUGUSTO CAMBLER**
**ANDRÉ RIBEIRO DANTAS**

**LAÍSA D. FAUSTINO DE MOURA**
**PAULA CRISTINA TRAVAIN**
**GUILHERME P. DA VEIGA NEVES**
**PATRÍCIA DE OLIVEIRA BOASKI**
**DIEGO VASQUES DOS SANTOS**
**LEANDRO A. COELHO RODRIGUES**
**OTÁVIO KERN RUARO**
**ROSANE PEREIRA DOS SANTOS**
**RENNAN FARIA KRÜGER THAMAY**
**ANDRÉ MILCHTEIM**
**VITOR JOSÉ DE MELLO MONTEIRO**
**EDUARDO ARANHA ALVES FERREIRA**

ALBERICO E. DA S. GAZZINEO
ALBERTO FULVIO LUCHI
ALEXANDRE EISELE BARBERIS
ALINE PERAZZO DO AMARAL V. SILVA
ANAÍSA PASQUAL SALGADO CINTRA
ARNALDO YEGROS DE SOUZA JR.
BERNARDO CAPELLI BORELLA
CARLOS ALBERTO NUNES JUNIOR
CARLOS H. DOS SANTOS LIQUORI FILHO
CAROLINE RAMOS SANTOS MORAES
CLÁUDIO LUIZ LEITE JÚNIOR
GABRIEL DO VAL SANTOS
GABRIELA OLIVEIRA P. DE ARAÚJO
GISELLY PRADO SILVA
GUILHERME W. DIAS RODRIGUES
HELENA DE OLIVEIRA FAUSTO
HELOISA PAPASSONI ZANGHERI
IZABELA CHAVES BRÁULIO LINHARES
JACQUELINE CANHEDO BUENO
JAQUELINE BRIZANTE ORTENEY
JOANA DE MENEZES ARAÚJO DA CRUZ
JOÃO RICARDO RIZZO
JOSÉ LUIZ PINHEIRO LISBOA MIRANDA
LUIS FELIPE CIMINO PENNACCHI
MARIANA ALVES DOMINGUES
MARIANA MÜLLER DE ALBUQUERQUE
MELINA LEMOS VILELA
MILENA GOMES F. TEIXEIRA
PATRÍCIA SCHOEPS DA SILVA
RAFAEL RIBEIRO RODRIGUES
RAÍSSA DRUDI GOMIDE
RENAN SCAPIM ARCARO
RENATA REFINETTI GUARDIA
RICARDO RIBEIRO VIANA DE QUEIROZ
SÉRGIO RICARDO RODRIGUES
THIAGO R. MUNIZ LEÃO MOLENA
WADSON VELOSO SILVA

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RELATOR <u>RICARDO LEWANDOWSKI</u>, DO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Ref.: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.334/DF

**SINDICATO INTERESTADUAL DA INDÚSTRIA AUDIOVISUAL – SICAV ("SICAV")**, inscrito no CNPJ sob o nº 01.599.335/0001-30, com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, na Rua Santa Luzia nº 685, sala 812 - Centro, Cep: 20030-041, por seus advogados que esta subscrevem (doc. 01), nos autos da **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** em referência, requerida pela ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PRODUTORES INDEPENDENTES DE TELEVISÃO – BRAVI, vem, com o respeito devido, perante a Vossa Excelência, nos termos do artigo 138, do Código de Processo Civil e do artigo 7º, §2º da Lei 9.868/1999, requerer a sua admissão no feito na qualidade de '*amicus curiae*', pelas razões seguintes:

## I – DEMONSTRAÇÃO DOS REQUISITOS PARA A ADMISSÃO DO SICAV NA CONDIÇÃO DE *AMICUS CURIAE*

1. Em 1945 foi criado o Sindicato das Empresas Cinematográficas do Rio de Janeiro que, em 30 de setembro de 1952, teve sua base ampliada para âmbito nacional e passou a chamar-se Sindicato Nacional da Indústria Cinematográfica. Em 2000, a sua denominação foi alterada para Sindicato Interestadual da Indústria Audiovisual.

1.1. O SICAV está "*constituído para fins de estudo, coordenação, proteção e representação legal da categoria econômica da indústria audiovisual, categorias similares e conexas, compreendendo, assim, dentre outras, estúdios, produtoras de televisão, cinema e vídeo, produtoras de "games", produtoras de conteúdo audiovisual para mídias eletrônicas, programadoras de televisão por assinatura, laboratórios cinematográficos, empresas de dublagem, de finalização de locação de equipamentos cinematográficos e de todos os demais segmentos que apoiam a indústria audiovisual*" (cf. art. 1º).

1.2. Para a realização de seu objetivo constitutivo o SICAV tem permissão para "defender os direitos e interesses coletivos ou individuais das empresas do setor, inclusive em questões judiciais ou administrativas" e "pleitear e adotar as medidas de utilidade aos interesses de seus associados, constituindo-se defensor e cooperador ativo e constante de tudo quanto possa concorrer para o desenvolvimento e prosperidade da classe que representa" (cf. artigo 2º, letras "a" e "b", do seu estatuto social).

2. Em sendo assim, o SICAV é legitimado a intervir no deslinde deste caso, que diz respeito a questão altamente relevante para o funcionamento da indústria audiovisual brasileira, afinal, acha-se entre as suas finalidades institucionais a proteção e tutela do setor econômico, como um todo, o que perpassa, logicamente, pelo combate às ilegalidades ou inconstitucionalidades que possam ferir a estabilidade do setor.

3. Com efeito, de há muito a jurisprudência deste col. Supremo Tribunal Federal tem decidido que a intervenção de *amicus curiae*, em ações diretas de inconstitucionalidade, como partícipe, é medida relevante e que evidencia a pluralidade que marca a sociedade brasileira (ADPF 187, rel. min. Celso de Mello, Plenário, DJe de

28.05.2014). E, ademais, que "o *telos* precípuo da intervenção do *amicus curiae* consiste na pluralização do debate constitucional, com vistas a municiar a Suprema Corte dos elementos informativos necessários ou mesmo trazer novos argumentos para o deslinde da controvérsia." (ADI 5.875, rel. min. Luiz Fux, j. 26-11-2018, dec. monocrática, DJE de 28-11-2018).

4. A propósito, o SICAV já foi admitido na condição de *amicus curiae* perante o e. Tribunal de Contas da União (processo nº 017.413/2017-6) em caso de auditoria realizada com o objetivo de verificar a conformidade da nova metodologia de análise de prestações de contas dos recursos públicos destinados a projetos audiovisuais (Ancine+Simples) **– doc. 02**.

5. E, no caso concreto preenchidos os requisitos da ***relevância da matéria*** ---- já reconhecida pelo eminente Ministro Relator quando do recebimento da petição inicial deste ação e que diz respeito à sobrevivência do setor audiovisual no Brasil ----, da ***representatividade*** do SICAV ---- que tem base territorial em 23 Estados e no Distrito Federal e uma centena de associados ----- e por se tratar de Sindicato de representação de classe diretamente ligada ao objeto da discussão, impõe-se a admissão do SICAV na condição de *amicus curiae* na presente ação, porque, rigorosamente, tem condições de contribuir com o debate constitucional instaurado.

## III – A RELEVÂNCIA DA MATÉRIA EM DISCUSSÃO NA PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. NÃO HOUVE A REVOGAÇÃO DA RESTRIÇÃO DA LEI Nº 12.485/2011 PELA LEI Nº 12.965/2014, TAMPOUCO FOI CRIADO REGIME JURÍDICO DISTINTO (E DESBALIZADO) PARA A CIRCULAÇÃO DE CONTEÚDO AUDIOVISUAL PELA *INTERNET*

6. Em novembro de 2017, o Plenário deste col. Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade nºs 4.679, 4.747, 4.756 e 4.923 propostas contra a Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011, que dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado (Lei do SeAC). Naquela ocasião, o resultado do julgamento foi o seguinte: Relativamente à ADI 4.679, julgado procedente em parte o pedido, apenas para declarar a inconstitucionalidade material do art. 25 da Lei nº

12.485/2011; relativamente às ADI 4.747, 4.756 e 4.923, os pedidos foram julgados improcedentes.

7. Decidiram, os eminentes Ministros, importantes questões a respeito da novel legislação, diante das regras constitucionais. Nesse sentido, destacam-se as seguintes passagens do acórdão do julgamento daquelas ações diretas de inconstitucional importantes para o caso concreto:

> "Obviamente não se está aqui a "publicizar", via hermenêutica constitucional, o regime jurídico da TV por assinatura, confundindo-o com o tratamento dispensado pela Lei Maior aos serviços de radiodifusão de sons e imagens (TV aberta). Não se trata disso. **Cuida-se, isto sim, de reconhecer que foi a própria Constituição de 1988 que previu diretrizes comuns e gerais aplicáveis indistintamente a todos os veículos de comunicação social, tais como** a proteção da livre manifestação do pensamento e da informação e a vedação à censura (CRFB, art. 220, *caput,* §§ 1º, 2º e 3º), a proibição da configuração de monopólio ou oligopólio no setor comunicativo (CRFB, art. 220, §5º) e **as regras de preferência de conteúdo a serem estimulados na produção e na programação das emissoras de rádio e televisão (CRFB, art. 221 c/c art. 222, §3º)**. **Esses dispositivos respaldam, a toda evidência, uma postura não meramente passiva do Estado na regulação da TV por assinatura, viabilizando (e porque não dizer *reclamando*) verdadeira atuação positiva do Poder Público na *promoção* dos valores constitucionais pertinentes ao setor**." (acórdão – doc. 03 – página 68 – negritamos para destacar).

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

cultivados pela sociedade." (acórdão – doc. 03 – páginas 87/88 – negritamos para destacar).

"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." (acórdão – doc. 03 – página 116 – negritamos para destacar).

"**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." (acórdão – doc. 03 – página 117 – negritamos para destacar).

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

> sobretudo porque as programadoras remanescem livres para escolher qualquer canal brasileiro. Considerada a moderação do legislador, não se pode – como fazem os requerentes – afirmar que a Lei tenha imposto uma "*linha de programação*"." (acórdão – doc. 03 – páginas 123/124 – negritamos para destacar).

8. A promulgação da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) em nada alterou esses corretíssimos fundamentos da decisão proferida pelo Plenário deste col. Supremo Tribunal Federal, em especial da interpretação do artigo 222, §3° da Constituição Federal. De modo que remanesce a obrigação do prestador do serviço audiovisual, também por meio da Internet, ao cumprimento das normas constitucionais e, bem assim, daquelas estabelecidas na Lei nº 12.485/2011.

9. É falacioso e incorreto o entendimento de que a Lei nº 12.485/2011 (Lei do Serviço de Acesso Condicionado) só teria aplicação para a programação e distribuição de canais de televisão por assinatura. Quando a leitura atenta daquela legislação deixa claro que, para a sua aplicação, não importa o meio tecnológico de transmissão do conteúdo.

10. Com efeito, o legislador definiu o "Serviço de Acesso Condicionado" como sendo "***serviço de telecomunicações de interesse coletivo prestado no regime privado**, **cuja recepção é condicionada à contratação remunerada por assinantes** e destinado à distribuição de conteúdos audiovisuais na forma de pacotes, de canais nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado e de canais de distribuição obrigatória, **por meio de tecnologias, processos, meios eletrônicos e protocolos de comunicação quaisquer***" (art. 2º, inciso XXIII, da Lei nº 12.485/2011).

10.1. Por isso mesmo decidiu este col. Supremo Tribunal Federal que "**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).**" (acórdão – doc. 03 – página 141 – negritamos para destacar).

11. Não há, portanto, qualquer pretensão de se definir o que é ou não um "serviço de telecomunicações", pois o legislador expressamente cuidou de explicitar que o "Serviço de Acesso Condicionado" **é um serviço de telecomunicações**. Como decidido pelo

Eminente Ministro Luiz Fux no julgamento daquelas ações diretas de inconstitucionalidade, o "*Serviço de Acesso Condicionado*" **é espécie** do gênero "*serviços de telecomunicações*" (acórdão – doc. 03 – página 144). É essa a premissa insofismável da presente ação declaratória de inconstitucionalidade: o serviço de acesso condicionado integra o conceito de serviços de telecomunicações, independentemente do meio de transmissão, e, como tal, deve receber tratamento **paritário**, **isonômico**.

## IV. DA APONTADA INCONSTITUCIONALIDADE E DA CAUSA DE PEDIR ABERTA

12. A autora da presente ação direta de inconstitucionalidade, em linhas gerais, busca dessa Corte Constitucional o controle abstrato de constitucionalidade das Leis 12.965/2014 (arts. 2º, V, 3º, I e VIII e 5º, VII) e 13.874.2019 (arts. 3º, I a III e VI), fundamentalmente para que se lhes atribua **interpretação conforme à Constituição**, **sem redução de texto**.

13. É que, segundo aponta a BRAVI, tem sido recorrente, no âmbito da sociedade brasileira, interpretação desses dispositivos que conduziriam à (inconstitucional) conclusão de que seria lícito produzir, circular ou, de qualquer modo, promover conteúdo audiovisual organizado em sequência linear temporal, com horários predeterminados, via *Internet*, sem submissão ao regramento dado pela Lei do SeAC.

13.1. Noutros termos, a BRAVI diz haver 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, porque, em linhas gerais, a interpretação da lei que instituiu o Marco Civil da Internet, bem como a Lei de Liberdade Econômica, conduziriam, para alguns, à indevida criação de regime jurídico diferenciado.

14. Pois bem. Segundo diz a TAP Brasil – Associação de Programadores de Televisão, que busca intervir nos autos, igualmente, como *amicus curiae*, a petição inicial não teria apontado a inconstitucionalidade que se pretenderia ver reconhecida.

15. Com a devida vênia ao entendimento externado pela associação, parece claro ao SICAV que a peça inaugural da presente ação de controle concentrado objetiva, à toda evidência, confrontar a interpretação dos mencionados dispositivos de lei

federal com a Constituição Federal, especialmente com o princípio constitucional da isonomia e, como decorrência do caso concreto, com as regras constitucionais tocantes aos serviços de telecomunicações.

16. Ademais, a delimitação da inconstitucionalidade, pela autora da ação constitucional, sabidamente não vincula este Col. STF, tendo em vista que a causa de pedir nas ações de controle concentrado é **aberta**, o que significa dizer que esta Corte Constitucional poderá (*rectius:* deverá) confrontar as interpretações possíveis da legislação impugnada com toda a Constituição.

17. Desse modo, estando bem delimitada a abrangência do pedido, isto é, quais são as normas jurídicas impugnadas, não há como dizer, rigorosamente, não ser possível o julgamento de mérito da presente ação direta de inconstitucionalidade.

18. Convém observar que, muito embora a TAP BRASIL sustente a impropriedade de não se ter suscitado debate a respeito da Lei do SeAC, mas apenas do Marco Civil da *Internet* e da Lei de Liberdade Econômica, isso não constitui qualquer óbice ao julgamento de mérito da ADI.

19. Em verdade, não se haveria, realmente, de questionar a Lei de 2011 (SeAC), afinal, sua constitucionalidade já foi reconhecida por este Col. STF, além de não ser objeto do debate constitucional a extensão de sua interpretação.

20. Pelo contrário, o que a autora da ação propõe – e o SICAV entende necessário – é, justamente, a interpretação constitucionalmente adequada de dispositivos da Lei de Liberdade Econômica e do Marco Civil da *Internet*, porque eles têm servido de pressuposto à utilização do ambiente virtual para *driblar* o regramento legal do sistema (SeAC).

21. Quer-se, com efeito, analisar se a existência de dois regimes jurídicos substancialmente distintos para uma mesma situação fática (não há, efetivamente, distinção entre a disponibilização de material audiovisual *regular*, *linear,* no formato de verdadeiro *canal de televisão por assinatura*) ofende ou não o Texto Constitucional e, nesse contexto, se ditos serviços se enquadram na ideia de "*meios de comunicação social eletrônica*",

prevista no art. 222, §3º, da Constituição, a ponto de se subordinar integralmente ao regime jurídico da indústria do audiovisual.

22. Portanto, o SICAV, no intuito de contribuir com o debate constitucional a respeito de tão relevante matéria, manifesta-se, oportunamente, pela correta demonstração da questão constitucional de relevância invulgar, que, portanto, merece adequada solução, por esta Corte Suprema.

## V – DA EXISTÊNCIA DE DIVERGÊNCIA INTERPRETATIVA QUE JUSTIFICA O EXERCÍCIO DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE – INTERPRETAÇÃO INCONSTITUCIONAL QUE NÃO MERECE GUARIDA

23. Segundo se colhe da respeitável manifestação da TAP a respeito da presente ação, não haveria, em tese, dissenso que justificasse o julgamento de mérito da ação, pois, segundo ela, não haveria dúvida a respeito do tema.

24. Pelo contrário, a própria contestação apresentada pela TAP, defendendo a interpretação do Marco Civil da Internet e da Lei de Liberdade Econômica que conduz à plena liberdade de disponibilização de material audiovisual, pela *Internet*, ainda que organizado linearmente e com horários pré-definidos, já demonstra, por si só, a efetiva *dúvida a respeito da interpretação dos dispositivos legais, frente ao que dispõe a Constituição Federal*.

25. De fato, as referidas leis não se aplicam apenas ao setor audiovisual, tampouco unicamente ao setor de telecomunicações.

26. Isso, porém, não impede que, a partir da individualidade de cada uma dessas áreas, interprete-se o texto à luz da Constituição. É dizer: tratando-se de atividade econômica incluída no conceito de "serviço de telecomunicação", a liberdade econômica e a liberdade de uso, em sua mais ampla acepção, estarão invariavelmente restringidas pelas normas próprias do setor, que encontram lastro constitucional.

27. Portanto, o só fato de haver interpretação jurídica no sentido defendido pela TAP demonstra a relevância do debate constitucional que se apresenta, notadamente porque o setor em questão, por sua natureza, exige rápida solução jurídica. É

dizer: tratando-se de produção, distribuição, reprodução (etc.) de material audiovisual destinado ao *consumidor*, é inarredável a conclusão de que a interpretação constitucional do tema deve ser o quanto antes estabelecida, a fim de que as relações dos agentes do mercado se possam estabelecer corretamente com o seus destinatários.

28. A divergência interpretativa em destaque, ademais, demonstra não haver razão para se dar guarida à tese defendida pela Advocacia-Geral da União, em sua manifestação acostada aos autos, encaminhada a esta Corte por ordem do Exmo. Sr. Presidente da República.

29. Em dita manifestação, a AGU sustenta não haver nos dispositivos de lei impugnados, expressões polissêmicas que justifiquem o controle da constitucionalidade das interpretações possíveis.

29.1. Duas questões, nesse contexto, merecem destaque: em primeiro lugar, são verdadeiramente incomuns, a rigor, expressões que não comportem dois ou mais sentidos. Como regra, as leis (*lato sensu*), por se formarem de *palavras, signos, linguagem*, comportam múltiplas interpretações. Umas possíveis, outras que conduzem à absurdidade, mas, de modo geral, não admitem uma única interpretação.

30. Se assim fosse, não se haveria de reconhecer a superação daquilo que o Código Civil Napoleônico chegou a positivar, sumarizado em expressão multiplamente difundida: *juge bouche de la loi*. O juiz não é a "*boca da lei"* porque a lei há de ser sempre interpretada, justamente porque ela não encerra, *de per se*, norma jurídica; ela não tem sentido único a conduzir, inexoravelmente, a determinada consequência normativa.

31. Aplicando-se a ideia ao controle de constitucionalidade sob exame, verifica-se que as expressões utilizadas pelos dispositivos legais impugnados *nem de longe* são unívocos. Pelo contrário, o texto normativo se utiliza de expressões juridicamente indeterminâveis, como "*livre iniciativa*" e "*livre concorrência*", apenas para que se colha dois exemplos do que ora se expõe. Então, não há dúvida de que as disposições normativas impugnadas são formadas por expressões polissêmicas que, por isso, exigem controle concentrado de constitucionalidade.

32. E disse deflui o segundo ponto a ser destacado: como já se afirmou alhures, o que a autora da presente ADI busca é o reconhecimento da inconstitucionalidade de certa interpretação da legislação impugnada (Lei da Liberdade Econômica e Marco Civil da *Internet*) que conduz determinados distribuidores de conteúdo audiovisual linear a crerem ser, a *Internet*, território absolutamente livre e desregrado, diferentemente do regulado mercado de telecomunicações, notadamente de distribuição de conteúdo audiovisual linear em meio televisivo por assinatura.

32.1. Ou seja, há, às claras, divergência interpretativa – de que à frente se tratará – a respeito da aplicação, para os distribuidores dessa espécie de conteúdo, da *plena liberdade de iniciativa e de concorrência* preconizadas pelas duas leis impugnadas. Há, por isso, clara hipótese de controle concentrado de constitucionalidade.

33. Um ponto a mais merece destaque. Não há, rigorosamente, como concordar com a afirmação da TAP de que este Col. STF não poderia atribuir eficácia vinculante à sua decisão, a ponto de impor à ANATEL a interpretação do que é ou não "*serviço de telecomunicação*".

34. Diz a TAP, nesse contexto, que, assim como os "*analgésicos",* os *"antitérmicos*" e o *"petróleo tipo A ou B"*, os "*serviços de telecomunicações*" demandariam *apenas* a interpretação das agências reguladoras afetas a cada um dos temas (ANVISA, ANP e ANATEL, respectivamente).

34.1. Realmente, o Direito não é capaz de alterar a *natureza* das coisas. Porém, a partir do momento em que o Estado *regula* determinado fato, ele lhe atribui **natureza jurídica,** porque lhe atribui **relevância jurídica**. É dizer: sob a perspectiva das ciências médica e farmacêutica, por exemplo, pode haver clareza solar em relação aos conceitos de *"antitérmico"* e *"analgésico*".

34.2. Porém, a partir do momento que o Estado **regula** ou **regulamenta** esses fatos (os remédios, em si, são fatos naturais, fatos da vida, moléculas), dando-lhes **consequências jurídicas** (há medicamentos, por exemplo, para não se fugir do exemplo lançado pelo pretenso *amicus curiae*, cujo enquadramento jurídico exige prescrição médica e retenção de receita para venda em drogarias), eles se tornam **fatos jurídicos**, porque passam a ser fatos naturais juridicamente relevantes (juridicizam-se, portanto).

35. Assim, se a ANVISA previr, por diploma regulamentar, que *"analgésico*" corresponde a determinado tipo de medicamento, ainda que as ciências médica e farmacêutica prevejam o contrário, tal molécula será havida, *juridicamente*, como "*analgésico*". A norma poderá estar *errada*, mas, ainda assim, será norma, até que seja *revogada* ou *declarada nula*, por hipótese.

36. Desse modo, com a devida vênia à TAP, que crê na verdadeira *jurisdição* da ANATEL para decidir, em primeira e última instância, a respeito do conceito de "*serviços de telecomunicações*", temos que dito conceito também se subordina, como tudo em Direito, à relação "*ser e dever-ser*".

37. Realmente, um serviço é ou não é "*serviço de telecomunicações*". Contudo, é puramente lógica a constatação de que há algo que antecede esse serviço, que é, justamente, a sua **definição**. Quem define o que é "*serviço de telecomunicações*" é o direito positivo brasileiro e, como tal, submete-se largamente ao controle hermenêutico do Poder Judiciário.

38. Portanto, é induvidoso que ao Poder Judiciário, mormente à Corte Constitucional, no exercício regular de sua jurisdição constitucional, cabe interpretar a legislação incidente sobre a matéria, à luz da Constituição, disso sequer se podendo imiscuir.

39. Admitir que só a ANATEL poderia dizer o que é ou não "*serviço de telecomunicação*", considerando se tratar de conceito *legal*, com lastro constitucional, significaria, incontestavelmente, dizer que o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal não alcançaria os atos administrativos praticados por essa autarquia; significaria dizer, também, que o Col. STF, conquanto esteja no ápice do Poder Judiciário e, como tal, corresponda a um dos Poderes da República, não se poderia imiscuir na **interpretação jurídica** tocante à esfera de atuação da ANATEL, que, pelo que consta da r. manifestação da TAP, seria a única pessoa (jurídica) legitimada a interpretar as regras sobre telecomunicações, no Brasil, em caráter definitivo.

40. Portanto, o SICAV não só crê na existência de dissenso interpretativo a respeito do enquadramento jurídico-constitucional das produtoras, distribuidoras e, de modo geral, operadoras do setor audiovisual pela *Internet*, como também observa a

impropriedade de se dizer que só a ANATEL poderia delimitar o espectro de incidência das normas jurídicas tocantes às telecomunicações.

41. Cabe, pelo contrário, a este col. STF dar a última palavra em matéria constitucional, daí por que se há de reconhecer que compete à Corte, em última análise, decidir se é constitucional (se é isonômica, *in casu*) a existência de dois regimes jurídicos diametralmente opostos: o regime de audiovisual disponibilizado na televisão e o regime de audiovisual disponibilizado pela *Internet*.

## VI – DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL, EM SI

42. A própria petição inicial da presente ADI, bem como a manifestação da TAP BRASIL, indica o fato de que duas produtoras de audiovisual foram denunciadas à ANATEL, por terem verdadeiros *canais de televisão por assinatura* na *Internet*, sem, todavia, submeterem-se ao regramento próprio da Lei do SeAC.

43. Em uma palavra, tais *canais* disponibilizam programação linear, organizada previamente, mediante remuneração específica. Não se atêm, porém, aos requisitos legais para comercialização de conteúdo audiovisual de acesso condicionado.

44. Trata-se de mero exemplo daquilo que, a prevalecer a interpretação que, adiante-se, reputa-se incorreto, mais e mais se espalhará no mercado brasileiro. Canais de TV, a fim de se desamarrar das obrigações impostas pela Lei do SeAC, migrarão para o modelo de negócios *online*, em que, nesse contexto, achar-se-á território livre.

45. Pois bem. O art. 2º, inciso VI, da Lei nº. 12.485/2011 (Lei do SeAC) estabelece que "*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;*"

46. Disso se extrai que é considerada *"comunicação audiovisual de acesso condicionado"* todas as atividades que permitem, em linhas gerais, a distribuição de material audiovisual a assinantes **por qualquer meio eletrônico** (art. 2º, X, da Lei do SeAC).

47. Nesse particular, observe-se que a respeitável manifestação da AGU, em seu parágrafo nº. 30, sustenta que a Lei nº. 12.485/2011 teve o único intuito de uniformizar o regramento das *TVs por assinatura*, a fim de extirpar do direito positivo as pontuais diferenças entre a prestação de serviço por *cabo* e por *satélite*, *v.g.*

48. Forte nessa ideia, a AGU sustenta que a distribuição de conteúdo audiovisual linear, pré-programado e remunerado, pela *Internet*, não estaria contemplada pelo diploma normativo.

49. É preciso, porém, levar em consideração alguns fatos. A referida Lei foi promulgada no ano de 2011, quando, **inequivocamente**, a *Internet* era uma realidade inafastável. Já naquele momento ninguém poderia, rigorosamente, dizer-se imune à *Internet*, cenário em razão do qual a Lei foi clara ao dar a maior abrangência possível ao seu espectro de incidência: tomou como base para regulação a distribuição *por quaisquer meios tecnológicos*.

50. Ademais, a r. manifestação da AGU, ao distinguir os *canais de TV por assinatura* e os *canais pela Internet* (é disso, rigorosamente, que se trata), acabou por não indicar qual seria o elemento de distinção que permitiria afastar os *canais pela Internet* do conceito de SeAC, afinal, rigorosamente, não há distinção alguma, nos termos da Lei de 2011, entre um e outro *modo de prestar o mesmo serviço*.

50.1. Aliás, o fato de o legislador ter ou não debatido a questão não exclui o fato incontestável de que a Lei nº. 12.485/2011 é **expressa** em relação à sua ampla abrangência. De há muito se busca, na interpretação jurídica, o sentido da norma e não o sentido que lhe quis atribuir, por hipótese, o legislador, daí por que se há de analisar a questão a partir do que é *direito posto*.

50.2. E mais: se fosse essa a interpretação juridicamente adequada da Lei nº. 12.485/2011, seria, ela, fatalmente **inconstitucional**, por ofensa à isonomia, tal como os dispositivos de lei aqui analisados, afinal, a norma criaria indevida *distinção*, baseada, unicamente, no meio tecnológico empregado pelo distribuidor de conteúdo audiovisual, ainda que isso redundasse em magistral distinção de regime jurídico (de um lado, há regime jurídico **regulado**; de outro, regime jurídico amplamente **desregulado**).

51. Pois bem. O inciso XXIII, do art. 2º, por sua vez, prevê que:

> *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.*

52. Aduz-se, portanto, à utilização de quaisquer meios tecnológicos, "*processos, meios eletrônicos e protocolos de comunicação*".

53. Não há, assim, qualquer dúvida de que nesse contexto se inclui a *Internet* como meio de prestação de *"serviço de acesso condicionado" (SeAC).*

54. Da leitura do dispositivo se conclui que o "*serviço de acesso condicionado"* é serviço de telecomunicação consistente na distribuição de conteúdo audiovisual, sem necessidade de que o prestador do serviço se responsabilize pela emissão, transmissão e recepção dos sinais telemáticos, próprios da legislação anterior.

55. Em uma palavra: basta produzir conteúdo audiovisual para *canal linear* remunerado para que haja *SeAC*.

56. A AGU, em sua manifestação acostada aos presentes autos, destaca que a referência da Lei 12.485/2011 a quaisquer tecnologias não significaria que toda distribuição de conteúdo audiovisual caracterize SeAC.

57. De fato, não se pode discordar da afirmação feita pelo órgão. Porém, a petição inicial da presenta ADI deixa claro que **não é disse que se cuida a imputada inconstitucionalidade**. Ao contrário do que consta da respeitável manifestação, apenas uma específica parcela da distribuição de conteúdo audiovisual pela *Internet* se enquadra no conceito de "serviço de acesso condicionado", qual seja, aquela que explora a atividade com **conteúdo linear**, tal e qual os *canais de TV*.

58. É dizer: realmente, nem todo distribuidor de conteúdo audiovisual pela *Internet* é prestador de serviço de acesso condicionado. Passa a sê-lo, porém, quando o faz por meio de *canais* com programação pré-definida e linear, mediante remuneração.

59. Além disso, a própria amplitude da expressão *"distribuição"* não deixa margem a dúvidas em relação à desnecessidade de que o prestador de SeAC proveja a infraestrutura.

60. Com efeito. Aqueles que exploram *canais de TV* por meio da *Internet* (modalidade TV *Over the Top – OTT)* fiam-se na ideia de que a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº. 9.472/1997), em seu art. 61,[1] anterior à Lei do SeAC, classifica-os como "serviços de valor adicionado", não subordinado, então, aos comandos da Lei de 2011, pois sua atividade apenas aumentaria a *utilidade* da própria *Internet*.

61. Realmente, ainda que se pudesse crer que a Lei Geral de Telecomunicações encapasse tal conclusão, fato é que o advento da Lei nº. 12.485/2011, claríssima no sentido de que os serviços de acesso condicionado não demandam a reunião da produção, emissão, transmissão e recepção do sinal, não mais se poderia dizer havida mera prestação de serviços de valor adicionado, na forma da LGT.

61.1. Contudo, o legislador, sem qualquer impedimento para isso, **qualificou juridicamente específica conduta de maneira expressa**, ou seja, valorou o fato natural e, então, atribui-lhe consequência jurídica inquestionável. A partir da edição da referida lei, os serviços de *TV pela Internet* passaram a ser considerados *serviços de telecomunicação*, conforme acima demonstrado.

62. Assim, ainda que se queira crer que, antes de 2011, os *canais lineares de TV pela Internet* caracterizar-se-iam como "serviço de valor adicionado", é fora de dúvida que, com o advento da Lei nº. 12.485/2011, eles necessariamente se tornaram "serviço de acesso condicionado", pois *a)* a lei abarca toda e qualquer tecnologia, sem exceção, *b)* dispensa o prestador de serviços de prover a infraestrutura, o que significa dizer que ele se

[1] "*Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações."*

pode utilizar de infraestrutura de outrem, como, por exemplo, a *Internet*, e *c)* a lei é demasiadamente abrangente ao conceituar "*distribuição*".

63. Conquanto essa seja a interpretação que deflui da análise sistemática da Lei nº. 12.485/2011, que, às claras, autoriza a conclusão ora exposta, é preciso reconhecer que as verdadeiras *prestadoras de serviços de acesso condicionado* acabam se balizando no conceito descrito pela Lei Geral de Telecomunicações para, com isso atrair a aplicação do Marco Civil da *Internet* e da Lei de Liberdade Econômica e, então, fruir da plena liberdade de empreender em mercado regulado, sem se submeter, justamente, à regulamentação.

64. Ditos diplomas normativos, especialmente em seus arts. 2º, V, 3º, I e VIII, e 5º, VII, do Marco Civil da *Internet,* e 3º, I, II, III e VI, da Lei de Liberdade Econômica, servem de subsídio às distribuidoras (em sentido amplo) de conteúdo audiovisual para que, no "território livre da *Internet*", possam exercer atividade típica de telecomunicações (porque assim regula a lei), partindo da falsa premissa de que haveria mero "serviço de valor adicionado".

64.1. Ora, outros setores, tais como instituições financeiras e comércio varejista, obedecem a mesma regulação tanto para as suas atividades físicas ("in loco"), como aquelas feitas em ambiente virtual ("online"), sem qualquer alteração.

65. A Lei nº. 12.965/2014, comumente chamada de Marco Civil da *Internet*, trata dos "*princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil*".

65.1. Em seu art. 2º, inciso V, a lei estabelece que é princípio "*a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor*". Disso se extrai que, na *Internet*, a livre iniciativa e a livre concorrência são **mandatórias**.

65.2. O art. 3º, incisos I e VIII, por sua vez, diz serem princípios a "*garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal*" e a "*liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.*" Daí os operadores de *canais de TV pela Internet* concluem que podem, livremente, manifestar-se na rede mundial, inclusive como modelo de negócio, sem qualquer baliza.

65.3. O art. 5º, inciso VII, da Lei de 2014, de seu turno, daria, na visão dos já tratados distribuidores de conteúdo, a definição jurídica de sua atividade: meras aplicações de *Internet*, já que o dispositivo prevê que são "*aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet*".

66. A Lei de Liberdade Econômica, por sua vez, nos incisos I, II, III e VI, do art. 3º, estabelece, em linhas gerais, a amplitude da liberdade de empreender, que inclui o pleno exercício de atividades de baixo risco, a possibilidade de exercício de atividade econômica a qualquer momento, sem necessidade de pagamento adicional, a autorregulação do mercado e a possibilidade de utilização de novos modelos de negócios, inclusive com emprego da tecnologia.

67. Assim como se dá em relação ao Marco Civil da *Internet*, a Lei de Liberdade Econômica serve de subsídio àqueles que querem se valer do ambiente não regulado (*Internet*) para exercer atividade *regulada*. Ou seja, busca-se dar ênfase à liberdade econômica, desconsiderando-se que, nos termos da Constituição Federal, essa liberdade se acha restringida por normas de interesse coletivo.

68. De fato, a interpretação açodada dos dispositivos legais acima referidos permitiria, em princípio, a conclusão de que se é livre a manifestação de pensamento na *Internet* e que ela pode servir, também livremente, para novos modelos de negócios, nada obstaria que se formassem *canais lineares,* típicos da televisão, já que, nessa área, prevaleceria a plena liberdade, em detrimento das restrições próprias do sistema de acesso condicionado.

69. Porém, é preciso confrontar esses dispositivos de lei com a Constituição, a fim de se verificar se, efetivamente, eles permitem a distribuição de verdadeiros *canais de TV*, formados por encadeamento linear, com horários predeterminados e mediante pagamento, servidos via *Internet*, são considerados ou não serviços de comunicação social eletrônica e, por consequência, serviço de acesso condicionado (SeAC), previsto em lei que regulou o art. 222, §3º, da Constituição.

70. Como dito, a Lei do SeAC deflui diretamente da Emenda Constitucional nº. 36/2002, que introduziu o art. 222, §3º,[2] à Constituição Federal. Esse dispositivo cuida dos parâmetros para a comunicação social eletrônica, impondo, de maneira expressa, o respeito aos princípios tratados no dispositivo anterior, *independentemente do meio tecnológico utilizado*.

71. Desse modo, havendo *comunicação social*, impõe-se o respeito ao art. 221 da Constituição Federal. No julgamento das referidas ações diretas de inconstitucionalidade dirigidas à Lei nº 12.485/11, este c. STF já assinalou que:

> "Ao decidir a respeito da constitucionalidade da "restrição específica veiculada pelo art. 10, *caput* e §1º, da Lei nº 12.485/11", este col. Supremo Tribunal Federal decidiu corretamente que: "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**." (acórdão – doc. 03 – página 91 – negritamos para destacar).

72. Cabe a este col. STF, então, mais uma vez, dizer que a interpretação dada por agentes da indústria audiovisual, aqui repelida, coaduna-se com Texto Constitucional, ou seja, cabe à Corte Constitucional decidir se os serviços de *TV pela Internet* (OTT) se caracterizam como *comunicação social eletrônica*, para fins de aplicação do art. 222, §3º, da Constituição.

73. Decidido o ponto, decorrerá logicamente o reconhecimento das apontadas inconstitucionalidades.

---

[2] "*§ 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.*"

74. Como se observa, considerando-se que os serviços de *TV pela Internet* são espécie de *comunicação social eletrônica* e que a Lei nº. 12.485/2011 decorre, justamente, do art. 222, §3º, da Constituição Federal, há de ser automático o reconhecimento de que o descumprimento dos princípios insertos no art. 221 da Constituição constitui **inconstitucionalidade** a ser declarada.

75. Do mesmo modo, reconhecendo-se que os serviços de *canal de TV pela Internet* são, em tudo e por tudo, *canal de TV* veiculado por meio telemático distinto do convencional, poder-se-á exigir a proteção à cultura, no que se inclui a atividade audiovisual, na forma do art. 215, §1º, da Constituição.

76. O tratamento desigual, de que ora se trata, gera reflexos, também, na livre concorrência, no manejo da ordem econômica e na própria tributação da atividade. Ora, considerando-se, por hipótese, que as atividades, embora sejam as mesmas, merecem regramento distinto, é evidente que isso gera desigualdade econômica entre os *players* do mercado.

77. Aqueles que distribuem conteúdo por via "tradicional" são obrigados a manter determinados *canais*, nem todos podem empreender no setor (há restrições de índole societária), há vinculação ao conteúdo nacional, entre outros pontos. De outra banda, aqueles que distribuem o **mesmo tipo de conteúdo**, mas pela *Internet*, acham-se livres para disciplinar a programação da forma que melhor lhes convém, não são obrigados a manter tal ou qual conteúdo e, principalmente, não experimentam limites societários à participação de qualquer tipo de pessoa jurídica no mercado. Isso pelo *só fato de que essas distribuidoras não providenciam (embora a lei não o exija) a emissão, transmissão e recepção do sinal*.

78. Permite-se, pois, que a ordem econômica seja utilizada para *acirrar* desigualdades, autorizando-se, ainda, a criação de excessiva vantagem a alguns, em detrimento de excessiva desvantagem a outros, na contramão do que estabelecem, respectivamente os arts. 173, §4º e 170, VII, da Constituição.

79. A isso se acrescenta o regime tributário que, como se sabe, é diferenciado, a despeito do quanto disposto no art. 150, II, da Constituição.

80. Em suma, o reconhecimento de que os serviços de comunicação social eletrônica podem se dar por qualquer meio tecnológico – *TV a cabo; TV via satélite; TV via*

*Internet etc*. – impõe que o ordenamento jurídico dê a todas essas situações o **mesmo tratamento jurídico**, ou seja, que o direito incida de maneira equânime, isonômica, entre todos eles.

81. Assim, o que se pretende é reconhecer, ao fim e ao cabo, a inconstitucionalidade da interpretação legal de que serviços idênticos sejam tratados de maneiras distintas. Busca-se, com isso, impor o respeito inalienável ao art. 5º, *caput*, da Constituição, quando trata da isonomia substancial, ou material.

82. A própria manifestação da AGU deixa a violação à isonomia clarividente. No parágrafo 41 da respeitável peça, o órgão sustenta que a petição inicial, ao reiteradamente referir-se à Lei nº. 12.485/2011, quer "*obrigar as empresas que prestam serviços de SVA (aplicativos de internet) a adquirir produções de empresas nacionais, em evidente prejuízo à livre concorrência e em detrimento do interesse do consumidor, que será obrigado a consumir determinado conteúdo em qualquer serviço que porventura contrate.*"

83. O prejuízo à livre iniciativa, ao consumidor e à isonomia se revelam, bem pelo contrário, pela não aplicação casuística da referida Lei aos distribuidores de conteúdo audiovisual linear pela *Internet*. Ofende-se a livre concorrência, realmente, quando se estabelece como *juridicamente aceitável* a coexistência de **dois regimes jurídicos diametralmente opostos** (regime de regulado e não regulado) para o mesmo tipo de atividade. O fato de haver ou não responsabilidade do prestador de serviço pela infraestrutura é *irrelevante*, porque isso diz respeito apenas à extensão contratual da responsabilidade, com repercussões tributárias (incidência de tal ou qual tributo). Em relação ao objeto precípuo da prestação de serviço, em si, não há distinção alguma: trata-se, num ou noutro caso, de circulação de material audiovisual.

84. Com isso, respeitar-se-á a livre iniciativa, tratada pelo constituinte como fundamento do Estado Brasileiro (art. 1º, IV, da CF), que, evidentemente, deve se dar nos limites impostos pelo próprio Texto Constitucional.

85. Não há, portanto, livre iniciativa se, dentro de um mesmo setor econômico, ela for aplicada de maneiras distintas, isto é, para uns ela é ampla e irrestrita, ao passo que para outros ela é condicionada e limitada.

86. Pelo exposto, o SICAV, no intuito já manifestado de contribuir com o debate constitucional ora instaurado, *adere* à tese professada pela BRAVI, no sentido de que, realmente, a interpretação da Lei de Liberdade Econômica e do Marco Civil da Internet, no sentido de que a rede mundial de computadores seria território livre onde se poderia empreender irrestritamente, ofende diversos dispositivos constitucionais, daí por que se justifica, a juízo da peticionária, a **procedência** da ADI.

87. É preciso observar, por oportuno, que a interpretação conforme à Constituição é, inegavelmente, meio de controle de constitucionalidade.

88. É sabido que o direito positivo é formado por *palavras*, *signos* a que o intérprete atribui determinado *sentido*. Tratando-se de linguagem, todavia, é certa (e comum) a possibilidade de haver signos polissêmicos, que, então, conduzem a conclusões distintas, mesmo que se parta do mesmo ponto.

89. Do mesmo modo, a própria hermenêutica jurídica não é ciência exata. Pelo contrário, debruçando-se sobre a *linguagem*, o próprio emprego de técnicas interpretativas pode conduzir, vez ou outra, a conclusões diametralmente opostas, mesmo que se parta do mesmo ponto.

90. Desse modo, reconhecendo-se que, dentre as várias interpretações possíveis, um ou algumas delas não se coadunam com o Texto Constitucional, cabe ao Col. STF, no exercício de sua precípua função de Corte Constitucional, decotar os excessos. Ou seja, cabe à Corte o reconhecimento de que determinada interpretação da lei é **inconstitucional**.

91 É justamente isso que a BRAVI pretende nos presentes autos, com o que concorda o SICAV. O que se pretende é o reconhecimento da **inconstitucionalidade** da ***interpretação*** dos arts. 2º, V, 3º, I e VIII, e 5º, VII, da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) e do art. 3º, I, II, III e VI, da Lei nº 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica) que conduza ao tratamento **desigual** dos serviços audiovisuais prestados por acesso condicionado, mediante pagamento, em cadeia linear.

92. Em suma, o que se pretende é o reconhecimento de que é inconstitucional a interpretação normativa que permita às distribuidoras (*lato sensu*) de

conteúdo audiovisual, a não submissão ao regimento jurídico próprio do sistema de acesso condicionado (SeAC).

93. Assim fazendo, respeitar-se-á, por meio da hermenêutica, o que o constituinte derivado tratou como *comunicação social eletrônica* (art. 222, §3º, da CF), além de garantir a observância dos princípios da comunicação social (art. 221 da CF), da proteção à cultura (art. 215, §1º, da CF), da proteção do mercado contra o abuso do poder econômico (art. 173, §4º, da CF), do emprego da ordem econômica para minorar as desigualdades, inclusive entre pessoas naturais ou jurídicas que exerçam exatamente as mesmas atividades, como é o caso em questão (art. 170, VII, da CF), da isonomia tributária (art. 150, II, da CF), da isonomia substancial (art. 5º, *caput*, da CF), garantindo, com isso, que a livre iniciativa seja exercida nos limites da própria Constituição (art. 1º, IV, da CF).

## VII – DA REPERCUSSÃO PRÁTICA DO TRATAMENTO DESUNIFORME DO SETOR AUDIOVISUAL – ENQUADRAMENTO OU NÃO NO CONCEITO DE "SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO"

94. A promulgação da Lei nº. 12.485/2011, cuja constitucionalidade já foi reconhecida por este Col. STF, gerou benefícios inegáveis à indústria audiovisual brasileira.

95. Conforme dados coletados quando do julgamento das ações diretas de inconstitucional já referidas anteriormente (ADI nºs 4.679, 4.747, 4.756 e 4.923), esta col. Corte Constitucional apurou que:

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

> era ilustrada pelo fato de que apenas um grupo econômico (Telmex - controlador das operadoras NET Serviços e Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A – Embratel) detinha, em 2010, 55% do mercado.
> Já os dados oficiais trazidos aos autos pela ANCINE e pela ANATEL ilustram que o remédio regulatório tem se mostrado, até então, eficaz para reverter a patologia do mercado audiovisual brasileiro. Desde a aprovação da Lei, a Anatel recebeu 50 pedidos de licenciamento de novas estações (prestadores já atuantes no mercado) e 88 novos pedidos de outorga de SEAC (novos prestadores). Isso significa um aumento de quase 70% no número de municípios com TV por assinatura. A ampliação da oferta fica ainda mais evidente quando se revela que, em 2012, o Brasil atingiu o patamar 16 milhões de assinaturas de TV paga, número que representa o dobro daquele observado em 2009. Em 2016, estima-se que o país deva alcançar 30 milhões de assinantes. Também o *market share* das empresas atuantes no setor começou a apresentar contornos menos concentrados a partir da entrada de novos *players*, como é o caso da GVT, que de nenhum assinante em setembro de 2011 passou a ter 425.635 assinaturas em dezembro de 2012, e da Oi, que, no mesmo período, apresentou crescimento de 85% na sua base de assinantes."
> (acórdão – doc. 03 – páginas 71/72 – negritamos para destacar).

96. Realmente, de acordo com dados mais atuais, a expansão do setor de audiovisual passou a ter um crescimento reconhecível após a Lei nº 12.485/2011.

97. Diante dessas constatações, que não merecem qualquer reparo, porque se mantêm **atuais**, nada justifica a recriação de novo regime jurídico, a cindir novamente a indústria audiovisual, separando-a entre os que distribuem material audiovisual pela *Internet* (mercado ilimitado, irrestrito, não regulado e, portanto, menos rigoroso) e os que distribuem esse material pelas vias "convencionais" (mercado limitado, restrito, regulado e, portanto, mais rigoroso).

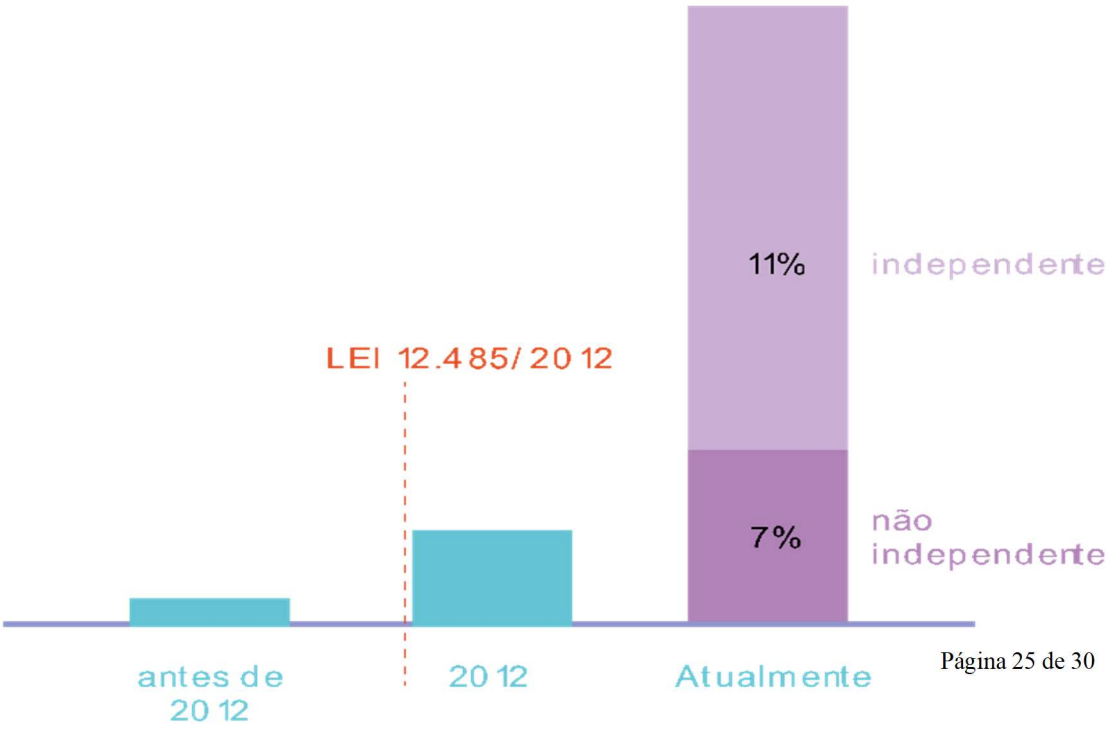
98. Ao lado dessas constatações, pode-se destacar, também, a título meramente exemplificativo, alguns outros fatos especialmente relevantes.

99. De início, observa-se que o regime legal impõe a obrigatoriedade de transmissão de determinados canais, todos voltados ao maior contato entre o Estado e a sociedade, de grande importância para a democracia e a cultura. Como bem apontado no

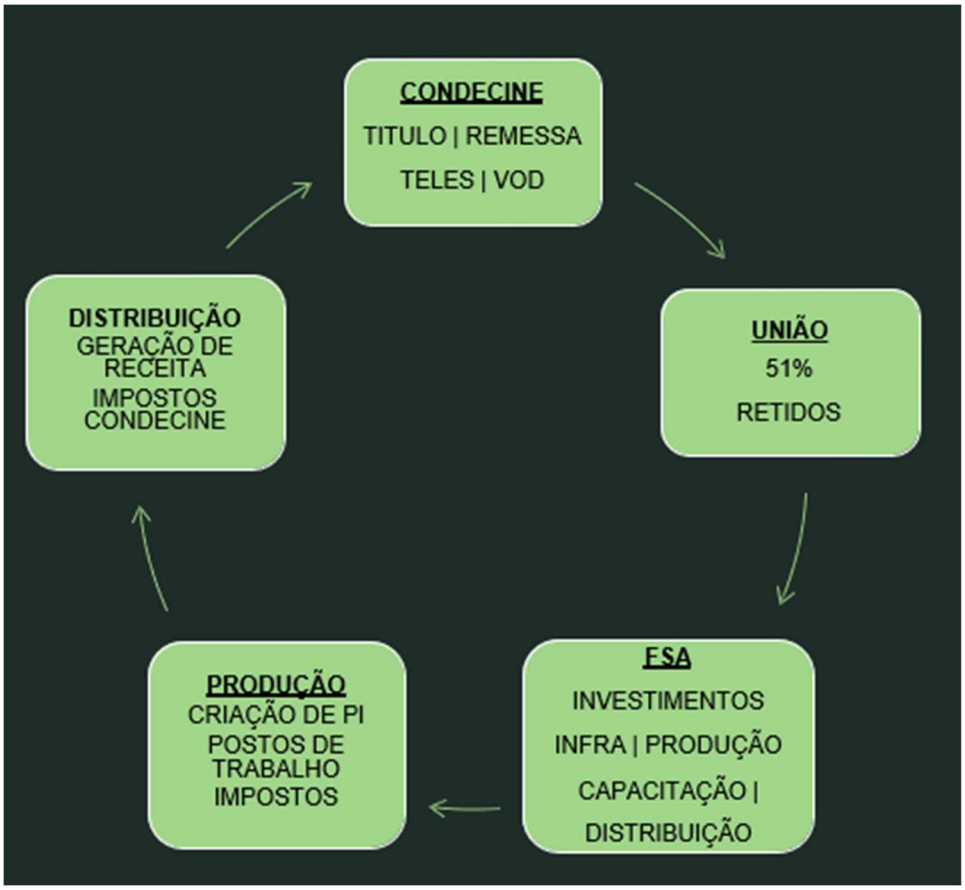
julgamento das ações diretas de inconstitucional já referidas anteriormente (ADI nºs 4.679, 4.747, 4.756 e 4.923): "Em linhas gerais, a Lei nº 12.485/11 (i) promove a uniformização regulatória do setor de TV por assinatura frente ao processo de convergência tecnológica, (ii) reduz as barreiras à entrada no mercado; (iii) restringe a verticalização da cadeia produtiva, (iv) proíbe a propriedade cruzada entre setores de telecomunicação e radiodifusão, e (v) institui cotas para produtoras e programadoras brasileiras. Os objetivos fundamentais do novo marco regulatório foram expressamente consolidados e registrados na Justificativa ao PL nº 1.908/2007" (acórdão – doc. 03 – página 46). E, da "Justificativa" do Projeto de Lei destaca-se o seguinte trecho: "*Com isso pretendo lançar os alicerces para a construção de bases sólidas para edificar a futura sociedade da informação no Brasil democratizando o acesso às informações, garantindo uma ampla produção e diversidade de conteúdos brasileiros e assegurando a sua distribuição de forma massificada no país*" (referido no acórdão – doc. 03 – página 47).

100. Prevê-se, além disso, proteção ao mercado brasileiro, seja em relação à presença de *produção nacional* na programação, seja em relação à própria necessidade de recolhimento de tributos no país, por exemplo.

101. Desde a entrada em vigor da lei em comento, a produção brasileira de conteúdo audiovisual cresceu 18%, sendo 11% pelas produtoras independentes e 7% pelas não independentes, no segmento da Tv Paga. Só no ano de 2012, primeiro de vigência da lei, o crescimento foi de 2,8% (Fonte: ANCINE – Informe Tv Paga).



102. O gráfico abaixo bem demonstra a relevante relação cíclica de investimentos que se formou, à luz da Lei nº 12.485:




103. É incontrovertível o fato de que a *Internet*, paulatinamente, tem ganho cada vez mais projeção no cenário mundial. Trata-se de uma realidade que, todavia, não pode servir de subterfúgio ao descumprimento de comandos legais e constitucionais.

104. A impugnada interpretação das leis em questão, que conduz à possibilidade de se considerar os verdadeiros *canais de TV na Internet* como meros "serviços de valor adicionado", cria, verdadeiramente, duplicidade de regramentos jurídicos.

105. Àqueles que disponibilizam conteúdo, total ou parcialmente, em meio televisivo, aplicar-se-ia o regime da Lei do SeAC, que contém uma série de restrições e obrigações; àqueles que disponibilizam conteúdo, total ou parcialmente, por meio da *Internet*, ainda que o conteúdo tenha a mesma natureza, aplicar-se-ia a plena liberdade econômica e de acesso à rede mundial de computadores.

106. Esse diferente regramento, injustificável, note-se, gera ao menos dois relevantes problemas.

107. Em primeiro lugar, considerar a *Internet* como "território livre" para a indústria audiovisual, que não teria qualquer obrigação em prol do Estado, dos consumidores e da própria categoria, contribui para a *retração* do mercado "regulado", assim considerado como aquele submetido, *ad initio*, ao regime de SeAC.

108. Assim, o excesso de restrição, de um lado, e o excesso de liberdade, de outro, causam a paulatina migração dos *players* da indústria audiovisual dos formatos de televisão para o formato *online*, ainda que isso signifique prejuízo ao Estado, ao consumidor e ao próprio mercado.

109. Nessa questão reside, justamente, o segundo ponto a ser destacado. Ou seja, da inevitável migração para o modelo *online* de negócio, sem qualquer amarra jurídica, adviria o inequívoco prejuízo ao Estado, ao público-alvo, mormente formado por consumidores, e ao próprio mercado.

110. Tal situação ---- livre disponibilização de conteúdos, independente de licenças para tal ---- se equipara ao grande mal causado ao setor audiovisual devido ao avanço da pirataria, destacadamente a pirataria no ambiente digital. E, como se sabe, e tem sido procurado evitar, a pirataria no meio digital ameaça a estabilidade e a rentabilidade de toda a cadeia de serviços audiovisuais no Brasil e no mundo.

111. Nessa linha, tudo o que o legislador pensou, após amplíssimo debate com a sociedade, cuja relevância e plena constitucionalidade já foram, inclusive, reconhecidas por este col. STF, acaba sendo sumariamente rechaçado pelo novo modelo de negócio, via *Internet*.

112. Todas as obrigações impostas pela lei, de interesse marcadamente transindividual, a prevalecer a ideia de que os *canais online* são meros "serviços de valor adicionado", acabam por se tornar *obsoletas*, já que, cada vez mais, haverá menos operadores do setor se aventurando no meio "tradicional", marcado pelas restrições da Lei do SeAC.

113. Portanto, ao lado da relevante questão constitucional já tratada, parece ao SICAV que as repercussões práticas do reconhecimento da constitucionalidade da interpretação dada à legislação pelas operadoras que lançaram *canais online*, cujos interesses são representados pela TAP BRASIL, são nefastas, não só ao setor, em si, mas aos consumidores e ao próprio Estado.

114. Afirme-se, por fim, ser evidente o fato de que a ADI ora analisada, cuja tese conta com a adesão do SICAV, não objetiva coibir o emprego da *Internet* como meio para distribuição de material audiovisual. Não se trata, evidentemente, de combate aos novos modelos de negócio.

115. Muito pelo contrário, o SICAV reconhece a legitimidade dos novos meios e a necessidade de que todos os *players* se adequem à realidade social *multiconectada*, como forma de sobrevivência no mercado. O que se espera, todavia, é que esses *players* sejam colocados, pelo Direito, em pé de igualdade. Ou seja, o que se defende, ao fim e ao cabo, é que o Direito se aplique igualmente às situações iguais.

116. Portanto, *canais lineares*, utilizem-se da televisão ou da *Internet*, devem ser tratados de maneira igualitária, porque é isso que propugna o Texto Constitucional. Defende-se, pois, a plena liberdade de utilização de quaisquer meios magnéticos para circulação ou distribuição de material audiovisual, que em muito contribui para a cultura nacional; repugna-se, porém, a utilização de "*brechas interpretativas"* para se exonerar de obrigações legais, incidindo, como já se crê ter demonstrado, em clara violação ao princípio da isonomia.

## VIII – CONCLUSÃO

117. Diante do que se pôde destacar nas linhas precedentes, é possível concluir, em primeiro lugar, que o SICAV tem entre as suas finalidades institucionais a tutela dos interesses das empresas de distribuição de produtos audiovisuais, razão pela qual tem plena legitimidade *jurídica* e *democrática* para intervir na presente ação de controle concentrado de constitucionalidade, na qualidade de *amicus curiae*.

118. Em segundo lugar, é fora de dúvida que a questão constitucional que se coloca é extremamente relevante. Há, ainda, clara divergência interpretativa que, por isso, merece pronta solução pela Col. Corte Constitucional, sobretudo porque se há de garantir eficácia ao princípio constitucional da igualdade substancial.

119. Nesse contexto, verifica-se que a legislação de regência caracteriza como "*serviços de acesso condicionado*" todos os serviços de distribuição de material audiovisual, dispensando, de maneira expressa, a responsabilidade pela produção, emissão, transmissão e recepção do conteúdo. Para exercer essa atividade, basta *distribuir*, que é conceito legal suficientemente amplo.

120. Partindo dessa premissa, impõe-se, a juízo do SICAV, o reconhecimento de que o tratamento díspar dispensado às *TVs por assinatura* "convencionais" e as *TVs por assinatura* "*online*" ofende irremediavelmente a Constituição Federal.

121. Desse modo, é preciso reconhecer que às distribuidoras de conteúdo audiovisual por meio de *canais lineares*, com programação pré-definida, devem se submeter ao **mesmo regime jurídico** das *TVs por assinatura* (a cabo ou via satélite), notadamente a Lei nº. 12.485/2011, medida que corresponde, na prática, ao cumprimento irrestrito do princípio da isonomia.

122. Por isso, o SICAV se manifesta, no mérito, pela **procedência da ação direta de inconstitucionalidade**, a fim de que se dê interpretação conforme à Constituição aos arts. 2º, V, 3º, I e VIII e 5º, VII, do Marco Civil da *Internet* e art. 3º, I a IV e VI, da Lei de Liberdade Econômica, a fim de afastar, pela inconstitucionalidade flagrante, a interpretação que conduza à conclusão de que a *Internet* é território livre para novos modelos de negócio que não levem em consideração os mercados regulados.

123. Requer-se, por derradeiro, que nas publicações desta ação passem a constar os dados dos advogados **JOSÉ MANOEL DE ARRUDA ALVIM NETTO**, inscrito na OAB/SP sob o n.º 12.363 e **EDUARDO ARRUDA ALVIM**, inscrito na OAB/SP sob o n.º 118.685, em conjunto, sob pena de nulidade, bem como a inclusão dos respectivos nomes no sistema de informática deste col. STF.

Termos em que, pede deferimento.
Brasília (DF), 20 de maio de 2020

ARRUDA ALVIM
OAB/SP 12.363

EDUARDO ARRUDA ALVIM
OAB/SP 118.685

FERNANDO CRESPO QUEIROZ NEVES
OAB/SP 138.094

EDUARDO ARANHA ALVES FERREIRA
OAB/SP 356.664

SERPRO
Assinado digitalmente por:
FERNANDO CRESPO QUEIROZ NEVES
CPF:/CNPJ 16300288862
Assinado em: 20/05/2020
Sua autenticidade pode ser confirmada no endereço :
<http://www.serpro.gov.br/assinador-digital>