

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMUNICAÇÃO: análise do julgamento sobre o marco regulatório da televisão por assinatura¹

PUBLIC POLICIES OF COMMUNICATION IN BRAZILIAN SUPREME COURT: analysis of the judgment on the regulatory framework for pay-TV

Carlo José Napolitano²
Tatiana Stroppa³

Resumo: Trata-se o presente de relato de pesquisa que considera que, a partir dos anos 90, o Supremo Tribunal Federal passou a exercer um papel de centralidade nas decisões políticas brasileiras, além de executar a função precípua de guardião da Constituição. Algumas dessas decisões do STF, por hipótese, impactam os meios e as atividades da comunicação social, influenciando o exercício da liberdade de expressão, da democracia e da cidadania, bem como estabelecem critérios que balizam a formulação e implementação de políticas públicas de comunicação. Nesse sentido, a pesquisa visa analisar decisões proferidas pelo STF desde 1988 que tenham relação com a temática proposta, no intuito de investigar se há um modus operandi do STF nos julgamentos acerca das políticas públicas de comunicação, relacionados à liberdade de expressão do pensamento. O presente trabalho visa apresentar e debater os achados da pesquisa relativos ao marco regulatório da televisão por assinatura, inferindo que na oportunidade o STF reconheceu a constitucionalidade de regulações estatais no intuito de favorecer a liberdade de expressão.

Palavras-Chave: Supremo Tribunal Federal 1. Políticas públicas de comunicação 2. Marco regulatório televisão por assinatura 3.

Abstract: The present essay is a research report that considers that since the 90's the Brazilian Supreme Court began to play a role of centrality in Brazil's

¹ Trabalho apresentado ao Grupo de Trabalho Políticas de Comunicação do VIII Congresso da Associação Brasileira de Pesquisadores em Comunicação e Política (VIII COMPOLÍTICA), realizado na Universidade de Brasília (UnB), de 15 a 17 de maio de 2019.

² Professor da Universidade Estadual Paulista – UNESP, Departamento de Ciências Humanas e do Programa de Pós-Graduação em Comunicação, da Faculdade de Arquitetura, Artes e Comunicação, Bauru/SP, pós-doutor pelo Departamento de Direito do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutor em Sociologia, Faculdade de Ciência e Letras, UNESP/Araraquara e Mestre em Direito, Instituição Toledo de Ensino de Bauru. carlo.napolitano@unesp.br.

³ Doutoranda em Direito e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-graduação stricto sensu – Instituição Toledo de Ensino (2006), professora de Direito Constitucional e de Direito Processual Constitucional do Curso de Direito do Centro Universitário de Bauru (ITE-SP) e da Faculdade Itiana de Botucatu, advogada e bolsista de treinamento técnico na pesquisa denominada “Políticas públicas de comunicação no Supremo Tribunal Federal: a liberdade de expressão em julgamento”, financiada pela Chamada Universal – MCTI/CNPq n. 1/2016 – Faixa A do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq, Processo n. 400602/2016-4, e-mail: tatianastroppa@hotmail.com.

political decisions, in addition to performing its essential function of guardian of the Constitution. Some of the STF political decisions hypothetically impact the media and the activities of the media, influencing the exercise of freedom of speech, democracy and citizenship, as well as established criteria that guide the formulation and implementation of public policies on communication. In this context, the proposal aims to investigate decisions made by the Supreme Court since 1988 and that relate to the proposed theme, in order to investigate if there is a modus operandi of the Brazilian Supreme Court in the judgments about the public policies of communication related to the freedom of speech. The present study aims to show and discuss the findings of the research related to the topic of the to the regulatory framework for pay-TV, concluding that in this opportunity the STF recognized the constitutionality of regulations in order to favor freedom of expression.

Keywords: *Brazilian Supreme Court 1. Public policies of communication 2. Regulatory framework pay-TV 3.*

1. Introdução⁴

Trata-se o presente de estudo empírico, baseado em análise de jurisprudência, acerca de decisões do Supremo Tribunal Federal relacionadas ao marco regulatório da televisão por assinatura.

O texto é um dos resultados de pesquisa em andamento e tem como objetivo específico analisar e interpretar decisões do Supremo Tribunal Federal – (STF) relacionadas às políticas públicas de comunicação, em especial, às relacionadas à temática da liberdade de expressão do pensamento.

A pesquisa da qual resulta o presente trabalho partiu de algumas premissas, dentre as quais, que uma das peculiaridades do atual sistema constitucional brasileiro reside no fato de ele ser repleto de regulações relacionadas a diversos campos da atividade econômica e social. O termo regulação está sendo usado no sentido de regulação normativa que compreende, segundo Aguillar (2006), a regulamentação legal e as atividades acessórias de fiscalização e imposição de sanções para as condutas ilícitas. São, portanto, medidas estatais, tanto legislativas como administrativas, que visam controlar e ou influenciar os comportamentos “dos agentes

⁴ Os itens 1 e 2 foram produzidos pelo primeiro autor e trata-se de relato da pesquisa principal e já foram apresentados em outros trabalhos e artigos acadêmicos.

econômicos, tendo em vista orientá-los em direções desejáveis e evitar efeitos lesivos aos interesses socialmente legítimos” (CARVALHO, 2002, p. 13). Regular, em outras palavras, seria definir direitos e deveres, delimitar o exercício de direitos, clarificar as suas condições de uso, defender a sociedade e o indivíduo contra eventuais maus usos dos direitos (GONÇALVES, 2003). Nesses termos, compreende-se que a regulação jurídica da liberdade de expressão do pensamento pode ser medida através da análise da disciplina, constitucional e legal, produzida pelo Congresso Nacional, que define e delimita direitos, bem como pela interpretação conferida a esse direito fundamental pelo Supremo Tribunal Federal que, no limite, é o órgão responsável por clarificar as condições de uso de direitos previamente estabelecidos.

Considera ainda que a Constituição brasileira, de 05 de outubro de 1988, tem caráter substancial, programática, dirigente, tendo em vista que ela estipula inúmeras finalidades, objetivos e valores que o Estado e a sociedade brasileira devem concretizar ou pelo menos almejar; que a comunicação social é um desses campos ou dimensões da vida social regulados constitucionalmente; que diversos valores relacionados à comunicação social foram constitucionalizados; que a despeito da regulação constitucional, sempre será necessária a elaboração de leis que regulamentem os dispositivos constitucionais;⁵ que as normas regulamentadoras da Constituição, muitas vezes, têm caráter de políticas públicas governamentais, algumas delas impactando o exercício da liberdade de expressão do pensamento; que ao STF foi atribuída a tarefa de guardião do texto constitucional e, tendo em vista essa tarefa, o Supremo é constantemente chamado para verificar a compatibilidade das políticas públicas com a ordem constitucional vigente e, por fim, que algumas políticas públicas adotadas através de normas jurídicas e relacionadas à comunicação

⁵ Como exemplos de possibilidade de regulação podem ser citados os seguintes dispositivos constitucionais: artigo 5º, IV que dispõe ser livre a manifestação do pensamento, vedando-se o anonimato; artigo 5º, V que garante o direito de resposta; artigo 5º, XIV que assegura o acesso à informação, resguardado o sigilo da fonte; artigo 5º, XXXIII que garante o acesso às informações públicas, ressalvadas aquelas imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado; art. 220, parágrafo 3º que prevê a edição de lei federal para regular as diversões e espetáculos públicos, no que diz respeito a sua natureza e faixa etária indicada e adequação de local e horário de apresentação (inciso I) e regular a propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente (inciso II, segunda parte); art. 220, parágrafo 4º, que prevê a restrição à propaganda comercial de tabaco, bebida alcoólica, agrotóxicos, medicamentos e terapias e para fins deste trabalho o artigo 221, § 3º, regulado pela lei, objeto do presente trabalho, dentre outras previsões.

social e que incidem sobre a liberdade de expressão do pensamento tiveram e têm a sua constitucionalidade questionada perante o STF, sendo possível, desta forma, extrair algumas conclusões acerca da interpretação do Supremo em relação às políticas públicas relacionadas à comunicação social e as suas consequências, em especial, aquelas relacionadas ao direito fundamental de liberdade de expressão do pensamento.

Por hipótese, a pesquisa, da qual resulta este trabalho, considerou que ao decidir casos referentes à temática, o STF sistematicamente amplia a aplicação desses direitos, eliminando qualquer forma ou possibilidade de regulação, potencialmente, impactando as políticas públicas direcionadas ao setor.

Considera-se também que já há uma produção científica considerável acerca da centralidade política do Judiciário,⁶ no entanto, verifica-se uma carência de estudos e análises referentes às decisões do STF,⁷ em especial, aquelas relacionadas às atividades da comunicação social, ponderando-se, contudo, que há sim algumas pesquisas e artigos que trataram direta ou indiretamente dessas questões⁸, no entanto, de forma pouco sistematizada, objetivando a pesquisa preencher essa lacuna.

Desta forma, o projeto de pesquisa tem por objetivo principal e substancial analisar e interpretar decisões do Supremo Tribunal Federal relacionadas às políticas públicas de comunicação, em especial, aquelas diretamente vinculadas com a liberdade de expressão do pensamento, no intuito de verificar se há uma linha mestra, ou em outros termos, um *modus operandi* de interpretação do STF relacionada às políticas públicas de comunicação.

Como objetivos secundários, visa o aprofundamento teórico das seguintes temáticas: liberdade de expressão do pensamento; limitação dos direitos fundamentais; núcleo essencial dos direitos fundamentais; processo decisório

⁶ Destacando-se os seguintes trabalhos nacionais e internacionais: GARAPON (2001); KOERNER e MACIEL (2002); MAUS (2000); SADEK (1995); SHAPIRO, SWEET (2002); TATE, VALLINDER (1994); VIANNA et al (1999); VIEIRA (2002), dentre outros.

⁷ Há excelentes trabalhos e pesquisas sobre o processo decisório das cortes e do próprio Supremo Tribunal Federal, como são os casos de Mendes (2011; 2013) e Silva (2009; 2013).

⁸ Algumas pesquisas e artigos trataram direta ou indiretamente dessas questões (BRITTOS e NAZÁRIO, 2011; NITRINI, 2013; REALE JÚNIOR, 2010; ZYLBERSZTAJN, 2008).

(deliberação) do STF, sendo essa última uma questão formal enfrentada pela pesquisa.

Pelo fato de a pesquisa estar intimamente pautada à comunicação social e considerando a aderência e atuação profissional do pesquisador/principal com essa área do conhecimento, esse último aspecto da pesquisa bibliográfica está diretamente relacionada com o que foi denominado de “diálogo externo” do STF com a sociedade civil organizada e, em especial, com os meios de comunicação social. Em outros termos, com a “deliberação externa do STF”, que de acordo com Silva (2009, p. 210), trata-se de um esforço de convencimento de “atores externos ao grupo” (SILVA, 2010, p. 43) e que, sobretudo, teria o papel “de chamar a atenção da sociedade civil, ou pelo menos da comunidade acadêmica e jornalística, para questões fundamentais no cenário político-jurídico de um país” (SILVA, 2009, p. 211-212), como foram os casos das decisões proferidas pelo STF em ações relacionadas às políticas públicas de comunicação.

O presente trabalho trata especificamente de decisões do STF proferidas em controle principal e abstrato de constitucionalidade e relacionadas ao novo marco regulatório da televisão por assinatura e está assim estruturado: além desta introdução, a próxima seção aborda os métodos e técnicas utilizados na pesquisa empírica, na seção seguinte são apresentados os julgados do Supremo relacionados à temática da televisão por assinatura e, por fim, apresentam-se algumas considerações em sede de conclusão, especialmente, o entendimento de que o STF reconheceu que o Estado deve exercer papel de regulador das atividades econômicas, no intuito de evitar a concentração de mercado, protegendo-se a liberdade de iniciativa e conseqüentemente a liberdade de expressão.

2. Métodos e técnicas utilizados na pesquisa empírica

Foram pesquisadas no site do Supremo Tribunal Federal as ações constitucionais⁹ relacionadas com a temática das políticas públicas de comunicação e ligadas à liberdade de expressão do pensamento. O recorte temporal da pesquisa inicialmente previa o período das decisões do Supremo Tribunal Federal de 1988 a 2015, no entanto, decidiu-se ampliar esse período de análise, considerando que decisões importantes do STF foram proferidas sobre a temática das políticas públicas de comunicação após 2015 e que mereceriam análise na pesquisa, como foram os caso, por exemplo, das ADIs que serão aqui apresentadas e analisadas.

A pesquisa empírica foi realizada no portal do Supremo Tribunal Federal onde há um sistema de pesquisa de jurisprudência através de palavras-chave <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>.

A pesquisa realizada no site do STF utilizou os termos “liberdade de expressão”, “liberdade de imprensa”, “políticas de comunicação” e “políticas públicas de comunicação”. Os mesmos argumentos foram utilizados em solicitação de pesquisa jurisprudencial à Seção de Pesquisa de Jurisprudência do próprio Supremo. Essas últimas estão disponíveis em <http://tinyurl.com/jcgu2x8> e <http://tinyurl.com/ho5n3uh>.¹⁰

Com esses termos a pesquisa retornou com 37 referências. Considerando a leitura dos acórdãos e as diversas referências a julgamentos anteriores do próprio STF, como foi o caso da ADI 2815, além de pesquisas anteriores do pesquisador/principal, chegou-se a um total de 66 ações.

Os resultados da pesquisa indicaram diversas ações, no entanto, algumas foram de pronto excluídas, pois não compunham o objeto da pesquisa, como foi o caso da ADI 4638, na qual a expressão “liberdade de expressão” foi encontrada somente na base doutrinária do acórdão. Outras no mesmo sentido tratavam de

⁹ No projeto de pesquisa, do qual resulta o presente trabalho, classificou-se inicialmente como ações constitucionais as ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade, arguições de descumprimento de preceitos fundamentais; recursos extraordinários e reclamações. Optou-se, no entanto, em analisar somente as ações relacionadas ao controle principal e abstrato de constitucionalidade, tendo em vista tratarem-se de processos objetivos e que, em tese, demandam apreciações também objetivas da Corte.

¹⁰ Nessa pesquisa foram localizadas centenas de acórdãos, no entanto, com a expressão “implementação de políticas públicas”. A pesquisa jurisprudencial foi realizada nos meses de janeiro e fevereiro de 2017.

assuntos diversos e a expressão aparecia em outro sentido, como são os casos das ADIs 3512 e 1950, que apresentaram no texto do acórdão a seguinte frase: “a livre iniciativa é expressão de liberdade”.

Com a expressão “liberdade de imprensa” a maioria das ações, 12 no total, localizadas na busca, tanto na efetivada pelo site quanto a solicitada à seção de pesquisa de jurisprudência do STF, não estavam diretamente relacionadas ao conceito, mas sim como justificativa para a extinção do processo por falta de legitimidade ativa de partido que perdeu representação no Congresso, como são os casos das ADIs 1890 e 2060, por exemplo.¹¹

Outras, após a leitura dos acórdãos, indicaram a não pertinência com a temática das políticas públicas de comunicação, muito embora estejam diretamente relacionadas à liberdade de expressão do pensamento, como foram os casos das ADIs 1969 e 4274 que tratavam respectivamente do direito à reunião e da liberdade de manifestação pública para a descriminalização do uso de maconha, o mesmo objeto da ADPF 187, também excluída da base de dados para a análise.

Feitas as exclusões mencionadas, chegou-se ao número final de 40 ações.

Para a análise efetiva das ações, outro recorte foi estabelecido. Optou-se por analisar somente as ações que receberam julgamento definitivo do plenário do STF, com ou sem a análise do mérito, em um total de 31 julgadas até março de 2019. As ações pendentes, nove no total, juntamente com outras que certamente serão protocoladas, serão objeto de análises futuras, pois pretende-se continuar com a investigação objeto da presente pesquisa, em uma atividade constante de observatório do Supremo Tribunal Federal relativo às políticas de comunicação.

¹¹ Na pesquisa da Seção de Pesquisa de Jurisprudência, há referência a 11 ações com essa justificativa. O termo aparece na seguinte citação, em decisão de relatoria do Min. Celso de Mello “O alto significado político-jurídico dessa participação institucional das agremiações partidárias, no plano do controle normativo abstrato, foi bem destacado no duto magistério expendido por CLÊMERTON MERLIN CLÈVE (“A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro”, p. 171/172, 2ª ed., 2000, RT): “Por outro lado, a legitimidade ativa dos partidos vem contribuir para o aprimoramento do Estado Democrático de Direito, uma vez que fortalece o direito de oposição. Ora, a maioria não é todo o Parlamento. Há as minorias ali representadas que, devidamente articuladas, formam o bloco de oposição. Cabe a esta, a oposição, propor modelos políticos alternativos e, mais do que isso, provocar a ação fiscalizadora do Parlamento. Sabe-se dos efeitos que essas atuações produzem, mormente no contexto de uma sociedade plural que admite, sem maiores restrições, a **liberdade de imprensa**. A Constituição de 1988 preocupou-se com o direito de oposição, a começar quando inscreve entre os fundamentos da república o pluralismo político (art. 1º da CF).” Por esse motivo, todas foram excluídas da análise.

O presente trabalho visa, especificamente, apresentar e debater os achados da pesquisa relativos ao marco regulatório da televisão por assinatura, instituído pela lei 12.485/2011, conhecida como lei do serviço de acesso condicionado (SeAc), assunto inserido dentro das políticas públicas de comunicação. Em relação à referida lei foram ajuizadas as ADI 4679, ADI 4747, ADI 4756 e ADI 4923 questionando a constitucionalidade de diversos dispositivos legais, dentre eles, as proibições à propriedade cruzada¹² e à verticalização da cadeia produtiva no setor audiovisual, temas intimamente relacionados à liberdade de expressão do pensamento.

As ADI 4679, ADI 4747, ADI 4756 e ADI 4923, estão descritas no quadro abaixo.

Quadro 1 – Ações no controle principal e abstrato de constitucionalidade pertinentes à temática das políticas públicas de comunicação e liberdade de expressão do pensamento localizadas em pesquisa empírica no site do Supremo Tribunal Federal e junto à Seção de Pesquisa de Jurisprudência e relacionadas ao novo marco regulatório da televisão por assinatura.

Ação: ADI 4679

Patrocinador: Partido Democratas; Associação Brasileira de Televisão por Assinatura em UHF – ABTVU; Associação NeoTV; Associação Brasileira de Radiodifusores – ABRA

Objeto: Impugnação da lei do SeAC

Amigo da Corte: Intervenções Coletivo Brasil de Comunicação Social

Liminar: não

Tempo: ajuizamento: 18/11/2011/decisão liminar: não/definitiva: 08 de novembro de 2017, com julgamento de mérito

Relator: Luiz Fux

Decisão: Unânime () Maioria (X) Monocrática ()

Ação: ADI 4747

Patrocinador: Associação NeoTV

Objeto: Impugnação da lei do SeAC

Amigo da Corte: Intervenções Coletivo Brasil de Comunicação Social

Liminar: não

Tempo: ajuizamento: 28/03/2012/decisão liminar: não/definitiva: 08 de novembro de 2017, com julgamento de mérito

Relator: Luiz Fux

Decisão: Unânime () Maioria (X) Monocrática ()

Ação: ADI 4756

Patrocinador: Associação Brasileira de Radiodifusores – ABRA

Objeto: Impugnação da lei do SeAC

Amigo da Corte: Intervenções Coletivo Brasil de Comunicação Social

Liminar: não

Tempo: ajuizamento: 09/04/2012/decisão liminar: não /definitiva: 08 de novembro de 2017, com julgamento de mérito

¹² Caracterizada quando um mesmo grupo empresarial controla uma diversidade de meios em um mesmo mercado, conforme Lima (2013, p. 105).

Relator: Luiz Fux

Decisão: Unânime () Maioria (X) Monocrática ()

Ação: ADI 4923

Patrocinador: Associação Brasileira de Televisão por Assinatura em UHF – ABTVU;

Objeto: Impugnação da lei do SeAC

Amigo da Corte: Associação NeoTV; Associação Brasileira de Radiodifusores – ABRA

Liminar: não

Tempo: ajuizamento: 20/03/2013/decisão liminar: não/definitiva: 08 de novembro de 2017, com julgamento de mérito

Relator: Luiz Fux

Decisão: Unânime () Maioria (X) Monocrática ()

Fonte: elaborado pelo primeiro autor com base na pesquisa realizada no site do STF e junto à Seção de Pesquisa de Jurisprudência e com base nos incidentes processuais localizados em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>

Para a análise das ações, o método utilizado foi o indutivo, com o exame das ementas, acórdãos, relatórios e votos dos relatores proferidos nas ações selecionadas. Esse recorte se justifica, pois considera-se, de acordo com Silva (2013, p. 568), que ementas e acórdãos expressam “*the only two collective products of this decision-making process*” (os únicos dois produtos coletivos do processo de decisão – tradução do primeiro autor) do Supremo Tribunal Federal.¹³

Em relação aos relatórios e votos dos relatores, considera-se que a esses Ministros são atribuídas inúmeras funções decisórias, como por exemplo: ordenar e dirigir o processo, submeter questões de ordem ao plenário, determinar as medidas em caráter de urgência, com apreciação *ad referendum* do colegiado, pedir dia para julgamento dos processos quando já tiver proferido o seu voto. Ainda pode arquivar ou negar recurso intempestivo, incabível ou que contraria jurisprudência do tribunal, dentre outras funções.

Sobre o papel dos relatores no âmbito congressional, Souza (2003, p. 43) menciona que os ocupantes dessa função exercem um

papel importante nos processos decisórios na medida que influem sobremaneira na elaboração dos anteprojetos encaminhados à votação. Como centralizadores de todas as informações disponíveis no âmbito de sua

¹³ No entanto, é importante frisar que não se desconsidera aqui e também não se desconhece que essa opção de análise não é imune de críticas e questionamentos quanto ao recorte efetuado. Alguns trabalhos contestam essa opção, tais como Silva (2016) e Costa (2014). Também não se desconsidera que o processo decisório do STF é caracterizado pelo julgamento em série, com apresentação dos votos dos Ministros em separado. Contudo, como dito por Silva (2013), ementa e acórdão são os documentos coletivos da corte.

atuação formal, os relatores dispõem de um amplo raio de intervenção no que se refere ao conteúdo mesmo das proposições contidas em seus pareceres.

Essa constatação pode ser feita também no âmbito judicial, onde o relator de um processo exerce uma função privilegiada em relação aos demais membros julgadores, concentrando em suas mãos grandes poderes, “[...] isso porque é ele quem escreve o relatório distribuído para os outros Ministros tomarem conhecimento do caso, sendo dele a primeira opinião a ser manifestada sobre o assunto.” (OLIVEIRA, 2006, p. 87).

Para a análise dos julgados considerou-se: quem foi o proponente da ação; qual o pedido feito na ação, ou seja, qual a argumentação de confronto entre a lei questionada e o texto constitucional; a época em que foi questionada a constitucionalidade da lei e quando a ação foi julgada, no intuito de analisar o lapso temporal entre a entrada em vigor da lei, o seu questionamento junto ao Supremo e a efetiva decisão proferida por esse órgão; decisão consensual ou não, ou em outros termos, se a decisão foi tomada de forma unânime ou por maioria de votos; se a decisão foi por maioria, qual o Ministro que criou o impasse no julgamento e com qual argumento.

Na análise das ações, os argumentos dos Ministros serão reproduzidos em trechos e na íntegra e ao final da apresentação dos argumentos dos Ministros, serão traçadas breves considerações sobre o julgado.

A técnica de pesquisa proposta se aproxima ao que foi mencionado por Canotilho (2003) como método de trabalho *briefing a case*, pois foram contextualizados os casos, analisados os textos e os significados das normas, apresentadas as controvérsias constitucionais, os argumentos, a retórica argumentativa, e por fim, a decisão do caso pelo STF, tal como sugerido por Canotilho.

Trata-se, portanto, de “um exercício de Dogmática da Decisão, mediante análise crítica de algumas decisões recentes do Supremo Tribunal Federal” (RAMOS, 2015, p. 30).

3. Apresentação dos julgados

De acordo com o relatório do Ministro Luiz Fux (BRASIL, 2011), o decisório tratou

de julgamento conjunto de quatro ações diretas de inconstitucionalidade autuadas sob os números 4.679, 4.747, 4.756 e 4.923, ajuizadas, respectivamente, pelo Partido Democratas (DEM), pela Associação NEOTV, pela Associação Brasileira de Radiodifusores (ABRA) e pela Associação Brasileira de Televisão por Assinatura em UHF (ABTVU), todas contra a Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011, que dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado (BRASIL, 2011, p. 11).

Diante disso, decidiu-se, no presente trabalho, apresentar as quatro ações conjuntamente, seguindo o rito do julgamento do STF, sendo que a primeira delas, a ADI 4679 foi proposta pelo Democratas, em 18 de novembro de 2011.

No voto proferido, o Ministro Fux mencionou que no total, foram “impugnados **23 (vinte e três) artigos** da Lei nº 12.485/11”. (BRASIL, 2011, p. 41). (grifo no original). Observe-se que ao todo a lei tem 43 artigos.

Considerando a quantidade de dispositivos da lei impugnados e de temas tratados nas ADIs, optou-se aqui por tratar somente de dois temas abordados no julgamento: 1 - a propriedade cruzada e 2 - verticalização da cadeia produtiva, respectivamente previstas nos artigos 5º, caput e § 1º e artigo 6º, incisos I e II da Lei n. 12.485/11. A escolha deve-se à íntima relação desses temas com a liberdade de expressão do pensamento, assunto investigado no projeto principal, conforme já mencionado acima.

As duas normas referidas acima e combatidas nas ADIs limitam a concentração de propriedade de meios entre, de um lado, as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo e, de outro, as empresas que atuam nas atividades de produção, programação e radiodifusão aberta.

Nesse ponto, Araújo (2014, p. 107) explica que “com essa estrutura e atuando conjuntamente, as normas dos artigos 5º e 6º da Lei nº 12.485/11 restringem, ainda que de forma limitada, a propriedade cruzada dos meios de comunicação, contribuindo, assim, para o controle do poder econômico no setor”.

Na Ementa do Acórdão ficou consignado que

In casu, as restrições à propriedade cruzada (art. 5º, caput e §1º), bem como a vedação à verticalização da cadeia de valor do audiovisual (art. 6º, I e II),

todas introduzidas pela Lei nº 12.485/11, pretendem, de forma imediata, concretizar os comandos constitucionais inscritos no art. 170, §4º e 220, §5º, da Lei Maior; **bem como realizam, de forma mediata, a dimensão objetiva do direito fundamental à liberdade de expressão e de informação, no que tem destaque o papel promocional do Estado no combate à concentração do poder comunicativo.** (BRASIL, 2011, p. 4) (grifo nosso).

No voto o Ministro Fux reconheceu que

A Lei nº 12.485, promulgada em 12 de setembro de 2011, instituiu o novo marco regulatório da TV por assinatura no Brasil. Pretendeu, com isso, unificar a disciplina normativa aplicável ao setor, até então fragmentada em diplomas diferentes, a depender da tecnologia usada para a transmissão do sinal ao consumidor. (BRASIL, 2011, p. 44)

Continua o Ministro em seu voto aduzindo que

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. (BRASIL, 2011, p. 45)

Os artigos da Lei 12.485/11 e que foram impugnados nas ADIs são os que seguem

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

§1º - O controle ou a titularidade de participação superior a 30% (trinta por cento) do capital total e votante de concessionárias e permissionárias de radiodifusão sonora e de sons e imagens e de produtoras e programadoras com sede no Brasil não poderá ser detido, direta, indiretamente ou por meio de empresa sob controle comum, por prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, ficando vedado a estas explorar diretamente aqueles serviços.

Art. 6º As prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, bem como suas controladas, controladoras ou coligadas, não poderão, com a finalidade de produzir conteúdo audiovisual para sua veiculação no serviço de acesso condicionado ou no serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens: I - adquirir ou financiar a aquisição de direitos de exploração de imagens de eventos de interesse nacional; e II - contratar talentos artísticos

nacionais de qualquer natureza, inclusive direitos sobre obras de autores nacionais.

No voto o Ministro relator menciona que

A Lei nº 12.485/11, ao definir o novo marco regulatório da TV por assinatura no país, estabeleceu restrições à propriedade cruzada (crossownership) entre os setores de telecomunicações e de radiodifusão (art. 5º, caput e §1º), bem como segmentou a cadeia de valor do audiovisual (art. 6º, I e II), separando as atividades de produção de conteúdo e de transmissão do produto ao consumidor final. (BRASIL, 2011, p. 55).

O questionamento quanto a constitucionalidade da proibição da propriedade cruzada e da verticalização da cadeia produtiva foi feito especificamente pela Associação NEOTV TV e a Associação Brasileira de Radiodifusores (ABRA) pois

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

Especificamente em relação ao questionamento do artigo 5º, *caput* e § 1º os proponentes das ADIs indicaram nas iniciais que

o dispositivo impugnado simplesmente impede, sem motivação adequada, que empresas de telecomunicações de interesse coletivo, bem assim concessionárias de radiodifusão sonora e de sons e imagens e produtoras e programadoras, exerçam plenamente as suas atividades. (BRASIL, 2011, p. 56)

Para as requerentes, tal regra cria “uma grave restrição à atuação de dadas empresas, impedindo que elas detenham determinada participação societária ou assumam o controle de outras companhias”. (BRASIL, 2011, p. 56).

Ainda de acordo com o voto do Ministro relator Luiz Fux, quanto à proibição da verticalização da cadeia produtiva do audiovisual (art. 6º, I e II), arguem as requerentes que é

inadmissível que uma dada empresa, autorizada a prestar um determinado serviço, venha a ser impedida, peremptoriamente, de realizar a contratação de todo e qualquer talento artístico e de adquirir os direitos de imagem de eventos de cunho nacional, configurando uma indevida interferência na

esfera de atuação destas companhias, que têm a sua capacidade competitiva sensivelmente reduzida. (BRASIL, 2011, p. 57)

Nas motivações do voto, o Ministro Fux disse que no seu ponto de vista

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. (BRASIL, 2011, p. 57)

Para o Ministro “Particularmente sobre mercado de comunicação audiovisual, a Lei Maior trouxe dispositivo próprio, voltado a proibir a configuração de monopólio ou oligopólio no setor” (BRASIL, 2011, p. 61), vedada no artigo 220, § 5º.

De acordo com o voto do Ministro Fux

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. (BRASIL, 2011, p. 65)

Após as justificativas o Ministro relator conclui seu voto neste ponto dizendo que

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. ... De forma mediata, as aludidas regras contribuem ainda para promover a diversificação do conteúdo produzido, justamente porque tendem a evitar que o mercado de TV por assinatura se feche, ampliando as fontes de informação disponíveis e o espaço para a manifestação de novos entrantes. ... trata-se de reconhecer que as proibições veiculadas pelo art. 5º, caput e §1º, e pelo art. 6º, I e II, ambos da Lei nº 12.485/11, realizam a dimensão objetiva do direito fundamental à liberdade de expressão e de informação, no que tem destaque o papel promocional do Estado no combate à concentração do poder comunicativo. (BRASIL, 2011, p. 66)

Ademais para o Ministro Fux

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. (BRASIL, 2011, p. 67)

Por esses motivos, o Ministro relator reconhece a constitucionalidade dos dispositivos legais (artigos 5º, caput e § 1º e artigo 6, I e II da Lei 12.485/11) impugnados nas ADIs.

Após os votos dos demais Ministros que por maioria acompanharam o voto do relator, a Corte decidiu pelo reconhecimento da constitucionalidade da lei, com exceção do artigo art. 25 que previa a proibição da oferta de canais que veiculassem publicidade comercial direcionada ao público brasileiro contratada no exterior por agência de publicidade estrangeira.

4. Considerações sobre os julgamentos em sede de conclusão

A Constituição Federal de 1988, no capítulo da Comunicação Social, impôs o desenvolvimento de políticas públicas e de uma legislação que fixem limites à concentração dos meios de comunicação, incluídas, sim, as redes complexas formadas pelas novas plataformas tecnológicas que permitem a convergência de mídias, havendo vedação expressa à formação de monopólio e oligopólio, no § 5º do Art. 220.

Destacando o tratamento específico dado à comunicação social, Araújo (2014, p. 123) esclarece que:

[...] a Constituição reconheceu que a comunicação não possui importância meramente econômica. O sistema de comunicação — espaço em que se realiza o debate público — desempenha um papel fundamental na democracia. Sua atividade consiste em acompanhar e divulgar (i) as informações relativas ao exercício do poder público, (ii) as demais informações socialmente relevantes, v.g. as relativas à economia, ciência e tecnologia, cultura e política nacional e internacional, e (iii) as opiniões e interesses de representantes de distintos setores sociais. Além disso os meios de comunicação constituem um dos principais canais de distribuição da produção cultural ao público.

Assim, em razão da relevância dos meios de comunicação para a democracia, a pluralidade e a diversidade de seus controladores assumem um valor de destaque na Constituição Federal. Por outro lado, a resistência a qualquer forma de regulamentação do setor de comunicação social no Brasil, pode ser observada, desde logo, pela propositura das ADIs mencionadas.

Verifica-se pelo que foi exposto que a Lei 12.485/11 sofreu questionamento de constitucionalidade junto ao STF imediatamente após a sua promulgação. A ADI 4679 foi ajuizada pouco mais de dois meses após a promulgação da lei.

O enfrentamento das questões relacionadas ao marco regulatório da televisão por assinatura se deu em quatro oportunidades, via Ações Diretas de Inconstitucionalidade - ADI, conforme visto, por entidades interessadas na temática e por partido político contrário aos dispositivos da lei.

A decisão do Supremo foi proferida, por maioria, 6 anos após o ajuizamento da primeira ação.

Os resultados parciais da pesquisa indicam, preliminarmente, que não é possível identificar um *modus operandi* do STF quando da análise de casos relacionados às políticas públicas de comunicação e à liberdade de expressão do pensamento, no entanto, nesses casos específicos acerca do novo marco regulatório da televisão por assinatura, o STF entendeu que essas restrições impostas pela lei – proibição da propriedade cruzada e da verticalização da cadeia produtiva no setor audiovisual - são constitucionais por concretizarem o direito fundamental à liberdade de expressão, reconhecendo o papel promocional do Estado no combate à concentração do poder comunicativo.

Já escrevemos em outra oportunidade reconhecendo que “a atuação estatal para assegurar a existência de um sistema de comunicação plural e diversificado consiste em uma espécie de intervenção a favor e não contra a liberdade de expressão, tal como esclarecido por Fiss (2005) ao tratar da Arte e o Estado Ativista.” (STROPPIA E NAPOLITANO, 2018, p. 130).

Discorrendo acerca do papel do Estado, Machado (2002, p. 88) afirma que:

Embora as liberdades comunicativas revistam uma natureza preponderantemente negativa, o princípio do Estado social assume uma tarefa conformadora essencial, quando se trata de estabelecer estruturas organizatórias e procedimentais através das quais se venha precluído o

domínio dos meios de comunicação por poderosos interesses políticos, econômicos e sociais e garantir a pluralidade de vozes no sistema.

Deste modo, consideramos que na decisão do STF em relação ao marco regulatório da televisão por assinatura houve o entendimento de que o Estado deve exercer papel de regulador das atividades econômicas, no intuito de evitar a concentração de mercado, protegendo-se a liberdade de iniciativa e consequentemente a liberdade de expressão. Aliás, quando a Constituição Federal de 1988 tratou da ordem econômica afirmou que ela tem por fim “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, observados os princípios indicados no art. 170. O reconhecimento de que a ordem econômica deve se pautar pelos ditames da justiça social não se coaduna com a aceitação de monopólios e oligopólios midiáticos no espaço nacional da TV paga.

Consideramos também que na decisão sobre o marco regulatório da televisão por assinatura houve uma pequena mudança de rota na orientação do STF pois, nesta oportunidade, a Corte adotou a perspectiva objetiva/democrática sobre a liberdade de expressão, a despeito de orientações anteriores mais próximas a uma postura liberal, subjetiva, como foram os casos das decisões proferidas nas seguintes ações: ADPF 130 - Lei de Imprensa, ADI 4815 - Biografias não autorizadas, ADI 4451 - Lei eleitoral – sátiras e piadas em relação a candidatos, ADI 2566 - proselitismo em rádio comunitária, ADI 2404 - classificação indicativa.

Na perspectiva objetiva/democrática e de acordo com Farias (2004)

vigora o entendimento desse direito ‘como uma liberdade positiva ... um direito fundamental à prestação que exige também uma ação positiva do Estado, quando indispensável para promover a livre comunicação’ (FARIA, 2004. p. 78) pressupondo, portanto, ações positivas do Estado, consistentes ‘em prestações normativas (aprovação de leis sobre o direito de informar) ou prestações materiais (meios ou instrumentos para o exercício da liberdade de informar)’, ou seja, o Estado deve ‘fornecer ainda as estruturas necessárias para que o direito fundamental de informar seja realmente desfrutado por todos os cidadãos, e assim não fique reduzido a um mero enfeite jurídico ou a um alcapão verbal judicialmente formulado’ (FARIA, 2004. p. 87).

Na perspectiva subjetiva/libertária, por sua vez, vislumbra-se o afastamento de regulações estatais sobre o direito fundamental à liberdade de expressão, deixando a

cargo da sociedade a regulação desse direito, em uma espécie de autorregulação, uma verdadeira economia neoclássica para a palavra, o laissez-faire e a mão invisível para a liberdade de expressão.

Apesar dessas discrepâncias nos posicionamentos do STF em temáticas que tratam de assuntos semelhantes, espera-se que no desenvolvimento da pesquisa principal possa-se indicar um *modus operandi* do Supremo do Tribunal Federal quando do julgamento de ações relacionadas às políticas de comunicação atreladas à liberdade de expressão do pensamento, indicando aqui, mesmo que provisoriamente, que há uma tendência do STF pela adoção da perspectiva libertária.

Referências

AGUILLAR, F. H. **Direito econômico**. São Paulo: Atlas, 2006.

ARAÚJO, B. S. R. de. Limites à concentração de propriedade dos meios de comunicação – Poder do Estado e papel do SBDC. Revista Fórum Direito Financeiro e Econômico – RFD FE, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, p. 105-137, set. 2013/fev. 2014. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 4679, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>. Acesso em: janeiro/fevereiro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 4747, de 28 de março de 2012a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>. Acesso em: janeiro/fevereiro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 4756, de 04 de abril de 2012b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>. Acesso em: janeiro/fevereiro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 4923, de 20 de março de 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>. Acesso em: janeiro/fevereiro de 2017.

BRITTOS, V. C.; NAZÁRIO, P. M. Conselho Federal de Jornalismo: uma corporação necessária. **Revista de Estudios para el Desarrollo Social de la Comunicación**, 06, 63-82, 2011.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, V. M. de. Regulação de serviços públicos e intervenção estatal na economia. In FARIA, J. E. (Org), **Regulação, direito e democracia**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002, pp. 13-26.

COSTA, T. M. da. Conteúdo e alcance da decisão do STF sobre a lei de imprensa na ADPF 130. **Revista de Direito GV**, 10(1), 119-154, 2014.

FARIAS, Edilsom. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FISS, O. M. **A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GARAPON, A. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GONÇALVES, M. E. **Direito da informação: novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação**. Coimbra: Almedina, 2003.

KOERNER, A; MACIEL, D. A. Sentidos da judicialização da política: Duas análises. **Lua Nova**, 57, 113-134, 2002.

LIMA, Venício Artur de. A censura disfarçada. In: LIMA, V. A. de; JUAREZ, G. (Orgs.). **Liberdade de expressão: as várias faces de um desafio**. São Paulo: Paulus, 2013, p. 87-109.

MAUS, I. Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. **Novos Estudos Cebrap**, 58, 183-202, 2000.

MACHADO, J. E. M. **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Coimbra, 2002.

MENDES, C. H. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Constitutional courts and deliberative democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

NAPOLITANO, C.J.; STROPPIA, T. O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus limites à Liberdade de expressão. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 7, n. 3, 2018.

NITRINI, R. V. Liberdade de informação e proteção ao sigilo da fonte: desafios constitucionais na era da informação digital, **Mestrado em Direito**, USP, São Paulo, 2013.

OLIVEIRA, F. L. Justiça, profissionalismo e política: O Supremo Tribunal Federal e o controle da constitucionalidade das leis no Brasil (1988-2003). **Doutorado em Ciências Sociais** – Centro de Educação e Ciências Humanas, Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2006.

RAMOS, E. da S. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REALE JUNIOR, M. Limites à liberdade de expressão. **Espaço Jurídico**, 11, 2, 374-401, 2010.

SADEK, M. T. A organização do poder judiciário no Brasil. In, SADEK, M. T. (Org.), **Uma introdução ao estudo da justiça**. São Paulo: Idesp/ed. Sumaré, 1995, pp. 9-16.

SHAPIRO, M.; SWEET, A. S. **On law, politics, and judicialization**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

SILVA, V. A. da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **RDA**, 250, 197-227, 2009.

_____. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In, SILVA, V. A. da. (Org.), **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 115-143.

_____. Deciding without deliberation. **IJCL**, 11, 3, 557-584, 2013.

_____. O relator dá voz ao STF? **Revista de Estudos Institucionais**, 2, 2, 648-669, 2016.

SOUZA, M. T. O processo decisório na constituição de 1988: práticas institucionais. **Lua Nova**, 58, 37-60, 2003.

STROPPIA, T.; NAPOLITANO, C.J. Proselitismo nas rádios comunitárias: a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 2566. In: AMARAL, S. T.; PASCHOAL, G. H. (Org.). **Hermenêutica Constitucional**, 1. ed. Jacarezinho, PR: UENP, 2018. **Anais do VIII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito**, p. 128-144. Disponível em: <http://siacrid.com.br/repositorio/2018/hermeneutica-constitucional.pdf>. Acesso em: 17 mar.2019.

TATE, C. N., VALLINDER, T. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1994.

VIANNA, L. W; et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, O. V. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

ZYLBERSZTAJN, J. Regulação de mídia e colisão entre direitos fundamentais. **Mestrado em Direito**, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.