



Universidade de Brasília - UnB
Faculdade de Direito

Liana Claudia Hentges Cajal

**A LEI 12.485/11 NA REGULAÇÃO DO MERCADO AUDIOVISUAL DE ACESSO
CONDICIONADO:
O INCENTIVO À PRODUÇÃO NACIONAL E A PROMOÇÃO DA DIVERSIDADE
CULTURAL EM SEUS PRIMEIROS ANOS DE VIGÊNCIA**

Brasília
2016

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

**A LEI 12.485/11 NA REGULAÇÃO DO MERCADO AUDIOVISUAL DE ACESSO
CONDICIONADO:
O INCENTIVO À PRODUÇÃO NACIONAL E A PROMOÇÃO DA DIVERSIDADE
CULTURAL EM SEUS PRIMEIROS ANOS DE VIGÊNCIA**

Autora: Liana Claudia Hentges Cajal

Orientador: Prof. Dr. Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira

Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do grau de bacharel na
Faculdade de Direito da Universidade de
Brasília.

Brasília, 15 de fevereiro de 2016

FOLHA DE APROVAÇÃO

LIANA CLAUDIA HENTGES CAJAL

A Lei 12.485/11 na regulação do mercado audiovisual de acesso condicionado: o incentivo à produção nacional e a promoção da diversidade cultural em seus primeiros anos de vigência.

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Aprovada em: 04 de fevereiro de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira
(Orientador – Presidente)

Prof. Dr. Guilherme Pereira Pinheiro
(Membro)

Prof. Ms. Francisco Schertel Ferreira Mendes
(Membro)

Prof^a. Dr^a. Ana Cláudia Farranha Santana
(Suplente)

AGRADECIMENTOS

Superarei minha implicância com a palavra gratidão porque um *muito obrigada* não seria capaz de expressar o quão grata sou pela colaboração de cada um de vocês na conclusão desta etapa.

Ao meu professor orientador, Márcio Iorio, pela paciência em cada correção, pela eficiência na resposta dos e-mails e, principalmente, pela humildade de compartilhar o conhecimento com aqueles que ainda estão no começo da jornada acadêmica.

À minha mãe por realizar, com maestria, a difícil tarefa de deixar sua filha alçar os próprios vôos, sem perder a doçura de ser o eterno porto seguro. E ao meu pai que, mesmo na ausência, consegue se fazer presente, sendo minha inspiração na arte de se reinventar e reerguer. Amo vocês!

À minha família *stricto sensu* que, apesar das coxinhices, faz jus ao seu papel social de base. Em especial ao Dindo, a Tia Túlia e a Nathalia por terem sido minha primeira acolhida em Brasília.

À Turma 100 por ter sido o principal motivo de eu ter aceitado o desafio de monografar no verão e por me mostrar, ao longo destes cinco anos e, especialmente, neste final de curso, que é possível construir vínculos entre pessoas completamente diferentes.

À Plintos Deusa por serem pessoas legais e me aceitaram apesar do fracasso na JukeBox.

Ao IFGC pela construção de inúmeras vitórias só para poder desejar vida longa às inimigas.

À Mari, Batata, Denise, Túlio e Victor que foram o acolhimento quando o mundo virou as costas. Em especial, à Mari, que me provou que o mal é bom e o bem, cruel.

Aos amigos de Curitiba que, apesar da distância, mantém a parceria da convivência diária.

A los amigos de Madrid, la compañía de una de las mejores experiencias de mi vida.

Ao time de basquete da UnB pelas comilanças em Volta Redonda. Em especial à Lilica, por ter iniciado o minuto de silêncio, e a Luma e Carol, por terem reaparecido no momento certo.

À UVE, orientandos e orientadores, por terem me apresentado um sonho que, ainda, faz meus olhos brilharem e por ter sido peça essencial na construção da minha autonomia.

À ConJur-MD e ao Gabinete do Ministro Gilmar Mendes pelas oportunidades de estágio que, sem dúvidas, acrescentaram muito na minha experiência acadêmica e profissional.

À PCA Advocacia por todas as pacientes correções e ensinamentos, mas, principalmente, por não me deixar experimentar o gostinho do desemprego.

E, principalmente, à UnB por ter sido o pontapé inicial na desconstrução das minhas verdades e o cenário do ciclo mais incrível da minha vida.

Gratidão ainda é pouco!

RESUMO

A Lei 12.485/11 é marco na regulação do mercado audiovisual de acesso condicionado. Partindo desse pressuposto, o presente trabalho tem o objetivo de analisar se as mudanças ocasionadas pela lei estão em consonância com seus princípios norteadores e, também, com os objetivos do Estado Regulador. Assim, analisar-se-á se a lei logrou solidificar dois de seus princípios guias: i) promoção da diversidade cultural e das fontes de informação, produção e programação (art. 3º, II) ii) estímulo à produção independente e regional (art. 3º, IV). Para tanto, debruçar-se-á sobre três instrumentos regulatórios introduzidos pelo texto legal: vedação à verticalização de cadeia de valor de audiovisual, restrição à propriedade cruzada e estabelecimento de cotas de conteúdo nacional. Partiu-se da hipótese que a lei possui falhas em relação a um parâmetro regulatório de igualdade que a impedem de concretizar seus objetivos, fazendo com que a produção nacional e a promoção da diversidade cultural nesse mercado ainda sejam incipientes. Ao longo do trabalho, porém, desconstrói-se o pressuposto inicial ao concluir que a construções de garantias igualitárias é o pano de fundo que embasa os instrumentos de regulação trazidos pela Lei 12.485/11. Portanto, o texto legal está em total harmonia com os objetivos do Estado Regulador.

PALAVRAS CHAVES: Estado Regulador. Mercado Audiovisual de Acesso Condicionado. Lei 12.485/11. Produção Audiovisual Nacional. Diversidade Cultural.

ABSTRACT

Law n. 12,485/11 is a milestone in the regulation of conditional access audiovisual sector. Based on this assumption, the present work aims to analyze if the changes brought about by this law are in line with its regulatory principles. Also, it aims to examine if such changes are aligned with the Regulatory State goals. Therefore, we will analyze if the law achieved to evidence its two main guiding principles: i) promotion of cultural diversity as well as the information, production and programming sources (art. 3º, II); ii) stimulus to independent and local production (art. 3º, IV). Therefore, we will use three regulatory instruments presented by the legal text, namely, prohibition of the audiovisual value chain verticalization, cross-ownership restriction and establishment of national content quotas. The main assumption is that the law has flaws, both in its elaboration and in its enforcement, hence preventing the materialization of its objectives. Such faults cause an incipient national production and an inchoate cultural diversity promotion. Nevertheless, the initial premise is deconstructed throughout the work, as we conclude that the development of more equal guarantees is the background that underlies the regulatory instruments brought up by the Law n. 12,485/11. Thus, the legal text is in total harmony with the Regulatory State goals.

KEYWORDS: Regulatory State, Conditional access audiovisual sector, Law n. 12,485/11, National audiovisual production, Cultural diversity.

LISTA DE TABELA

Tabela 1 - Dados Gerais do Mercado Audiovisual Brasileiro: Televisão

Tabela 2 - Distribuição de Canais por Programadora

Tabela 3 - Assinantes por Distribuidora

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 - Distribuição de Canais em Pacotes

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 - Distribuição de Canais por Programadora

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABPITV	Associação Brasileira de Produtores Independentes de Televisão
ABPTVA	Associação Brasileira de Programadores de Televisão por Assinatura
ABTA	Associação Brasileira de Televisão por Assinatura
ABTVU	Associação Brasileira de Televisão por Assinatura em UHF
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANCINE	Agência Nacional do Cinema
DEM	Democratas
DISTV	Distribuição de Sinais de TV por Meios Físicos
DTH	Direct to Home
FD	Faculdade de Direito
IDEC	Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor
LGT	Lei Geral das Telecomunicações (Lei 9.472/97)
MMDS	Multipoint Multichannel Distribution System
OCA	Observatório Brasileiro do Cinema e do Audiovisual
PL	Projeto de Lei
SeAC	Serviço de Acesso Condicionado
SMATV	Satellite Master Antenna Television
STF	Supremo Tribunal Federal
UHF	Ultra High Frequency
UnB	Universidade de Brasília
UVE	Projeto de Extensão Universitários Vão à Escola

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. O ESTADO REGULADOR	11
2.1. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O SURGIMENTO DO ESTADO REGULADOR.....	11
2.1.1. Os paradigmas do estado moderno	11
2.1.2. Os momentos regulatórios brasileiros.....	13
2.1.3. O estado regulador e estado democrático de direito	15
2.2. REGULAÇÃO: CONCEITO E INSTRUMENTOS.	16
2.2.1. O conceito de regulação.....	16
2.2.2. Os instrumentos regulatórios	18
2.3. O ESTADO REGULADOR NA PROMOÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	20
3. O MERCADO AUDIOVISUAL DE ACESSO CONDICIONADO	22
3.1. O MERCADO AUDIOVISUAL E A ESPECIFICIDADE DO MERCADO AUDIOVISUAL DE ACESSO CONDICIONADO	22
3.1.1. A comunicação e a comunicação audiovisual.....	23
3.1.2. O mercado audiovisual e o mercado audiovisual de acesso condicionado.....	25
3.2. O CONSUMO DE AUDIOVISUAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....	26
3.2.1. Os direitos fundamentais.....	26
3.2.2. O direito fundamental à comunicação	28
3.2.3. O audiovisual como direito fundamental	34
3.3. POR QUE REGULAR O MERCADO AUDIOVISUAL DE ACESSO CONDICIONADO?.....	36
4. A LEI 12.485/11	44
4.1. O MERCADO AUDIOVISUAL DE ACESSO CONDICIONADO PRÉ LEI 12.485/11	44
4.1.1. O pré-mercado.....	45
4.1.2. A fase de pulverização	45
4.1.3. A fase de ordenação	46
4.1.4. A fase de definição.....	47
4.2. A LEI 12.485/11	48
4.2.1. A fase de elaboração e aprovação da lei 12.485/11	49
4.2.2. As ADIs como reações às mudanças trazidas pela lei 12.485/11	50
4.3. A LEI 12.485/11 E O ESTADO REGULADOR	65
4.3.1. O incentivo à produção nacional na lei 12.485/11	65
4.3.2. A promoção da diversidade cultural na lei 12.485/11	70
5. CONCLUSÃO	72
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	75

1. INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso surge como uma tentativa de união de fragmentos da minha experiência universitária para transformá-los em produção científica.

Nos meus primeiros anos de graduação, fui orientadora do Projeto Universitários Vão à Escola (UVE), projeto de extensão vinculado a FD-UnB, que realiza atividades com crianças de Itapoã-DF, objetivando o desenvolvimento de autonomia e cidadania. Durante minha experiência extensionista, observei que o abismo educacional vai muito além do déficit na educação formal. Consegui nomear este *além* quando cursei Sociologia da Educação e conheci o conceito de Capital Cultural de Pierre Bourdieu. A partir daí me foi posta uma questão: como o direito pode auxiliar na aquisição de capital cultural? Conhecer o direito regulatório foi uma primeira aproximação de uma possível solução para o problema.

Sabendo que o conteúdo audiovisual é um dos elementos que compõe o capital cultural, e que o Estado, através da Lei 12.485/11, regula o mercado audiovisual, a questão anteriormente posta delimita-se e transforma-se em problema de pesquisa. Tendo em vista que o incentivo à produção nacional de audiovisual de acesso condicionado e a diversidade cultural foram estabelecidos pela lei como princípios norteadores do mercado audiovisual, em que medida a moldura normativa respondeu às demandas do Estado Regulador?

Assim, com foco na programação e na distribuição que compõem as atividades de comunicação audiovisual de acesso condicionado, estudar-se-á três instrumentos regulatórios introduzidos pela lei: restrição à propriedade cruzada, vedação à verticalização da cadeia de valor do audiovisual e estabelecimento de cotas de conteúdo nacional. Objetiva-se analisar se a ossatura legal responde aos princípios de promoção da diversidade cultural e das fontes de informação, produção e programação (art. 3º, II) e, também, de estímulo à produção independente e regional (art. 3º, IV), questionando se isto enquadra-se no proposto pelo Estado Regulador.

A hipótese inicial é que a Lei 12.485/11 possui falhas em relação a um parâmetro regulatório de igualdade que a impedem de concretizar plenamente os princípios constitucionais. A fim de confirmar ou refutar a hipótese, o trabalho será dividido em três capítulos:

O primeiro dissertará sobre o Estado Regulador, a partir da exposição de seu contexto de origem e da análise da mudança de paradigma que possibilitou seu surgimento. Pretende-se verificar, assim, quais são seus atuais objetivos e pretensões.

Em seguida, o segundo capítulo desenvolve-se a partir da seguinte pergunta: por que regular o mercado audiovisual de acesso condicionado? Analisar-se-á, portanto, se a regulação deste mercado auxilia o Estado Regulador a atingir seus objetivos, a saber, a promoção da igualdade. A

justificativa da intervenção estatal será reforçada a partir da análise dos dados descritores do mercado audiovisual de acesso condicionado produzidos pela ANCINE.

No terceiro e último capítulo, estudar-se-á a Lei 12.485/11 propriamente dita, examinar-se-á seu contexto de surgimento e as reações judiciais, mais especificamente as Ações Diretas de Inconstitucionalidade, das quais que o texto legal foi objeto. Posteriormente, com as premissas de Estado Regulador, mercado audiovisual de acesso condicionado e Lei 12.485/11 já construídas, será possível focar no problema de pesquisa em si. O último subcapítulo destina-se, então, a analisar o incentivo à produção nacional e a promoção da diversidade cultural na Lei 12.485/11, e em que medida o texto legal harmoniza-se com o proposto pelo Estado Regulador.

A conclusão, diferente da hipótese inicialmente formulada, será no sentido da compatibilização do marco regulatório com o Estado Regulador, principalmente em se tratando da promoção da igualdade, mais especificamente igualdade dos produtores independentes e regionais ao possibilitá-los entrar no mercado de audiovisual de acesso condicionado e igualdade cultural, ao abrir espaço para conteúdos que promovem a diversidade.

2. O ESTADO REGULADOR

O estudo do problema de pesquisa proposto pede a elucidação de alguns conceitos. Notadamente, a compreensão do que é o Estado Regulador se faz pressuposto para o presente trabalho. A esta, destina-se o primeiro capítulo.

De início, faz-se um breve apanhado histórico do que possibilitou a construção da estrutura propícia para o surgimento do Estado Regulador. Por óbvio, não se pretende esgotar a história. Apenas visa-se estabelecer uma relação entre o paradigma do Estado Democrático de Direito e o surgimento do Estado Regulador.

Posteriormente, o foco recai sobre a regulação. Devido à amplitude conceitual, pretende-se eliminar os traços econômicos e sociológicos para definir seu aspecto jurídico, ou seja, o regime jurídico regulatório. Com o conceito consolidado, parte-se para a análise dos instrumentos regulatórios de que o Estado Regulador pode lançar mão.

Por fim, faz-se uma análise do fundamento que embasa a regulação, qual seja, a garantia dos direitos fundamentais. Objetiva-se, com isso, delimitar o papel do Estado Regulador como garantidor dos direitos fundamentais para que, já no segundo capítulo, se justifique a possibilidade de regulação do mercado audiovisual.

2.1. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O SURGIMENTO DO ESTADO REGULADOR

A construção do breve apanhado histórico até o surgimento do Estado Regulador resulta, necessariamente, no estabelecimento de sua relação com o paradigma do Estado Democrático de Direito, objetivo deste subcapítulo. Inicialmente, far-se-á um breve recorrido pelos paradigmas do estado moderno, conforme definidos pela teoria constitucionalista. Em seguida, descrever-se-ão os três momentos regulatórios da história brasileira. Assim, tendo aclaradas as características do Estado Democrático de Direito, e sabendo em qual momento regulatório nos encontramos, será possível estabelecer a relação entre aquele paradigma e o Estado Regulador.

2.1.1. Os paradigmas do estado moderno

Paradigma é um conceito elaborado por Thomas Kuhn em seu livro *A Estrutura das Revoluções Científicas*. De maneira simplificada, uma comunidade científica desenvolve-se através

de um paradigma, ou seja, a partir de uma forma comum de enxergar a realidade. Uma condição paradigmática é, portanto, um pano de fundo compartilhado; uma perspectiva que foca determinados aspectos ao mesmo tempo que ofusca outros.¹

O estudo do Estado na modernidade resultou em sua classificação em três distintos paradigmas: o Estado de Direito ou Estado Liberal, o Estado Social e o Estado Democrático de Direito.

O Estado Liberal deu início à modernidade e, portanto, marca o rompimento com a Idade Média. O homem passa a ser visto como sujeito de direito, pois detém propriedade – é proprietário – no mínimo, de si próprio². As ideias de igualdade e liberdade ganham força, entendendo-se igualdade como aquela formal, ou seja, perante a lei, e liberdade como a possibilidade de tudo fazer nos limites da lei.³ Contrapõe-se o público e o privado. O privado restringe-se à sociedade civil, integrada por todos os homens que eram livres, iguais, proprietários e, portanto, sujeitos de direitos naturais.⁴ Já o público equivale-se a figura do Estado, criação política que assegura a sociedade civil, um mal necessário para garantir a manutenção do âmbito privado.⁵

O desenvolvimento social dentro de tal paradigma levou a consequências desastrosas: a superexploração do homem pelo homem produziu riquezas extravagantes, que se contrapuseram à extrema miséria.⁶ A Primeira Guerra Mundial é o marco da troca de paradigma e, portanto, da transição do Estado Liberal para o Estado Social.⁷

Sob o paradigma do Estado Social, redefinem-se os conceitos de igualdade, liberdade e propriedade. Pretende-se lograr a materialização dos direitos e condiciona-se a propriedade à sua função social. A contraposição do público ao privado se mantém, assim como a identificação do poder

¹ KUHN, Thomas S.. **A estrutura das revoluções científicas**. 9ª Edição. São Paulo: Perspectiva, 2007. p. 219-259.

² CARVALHO NETTO, Menelick. A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado: para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das Leis do Brasil. Um pequeno exercício de Teoria da Constituição. **Revista TST**, Brasília, v. 68, n. 2, p. 67-84, 2002. p. 75-76

³ DE SOUZA, Luis Eduardo. A transformação do paradigma legal no estado de direito: considerações oportunas. **Estudos de direito público: Desafios e utopia**. Porto Alegre. v.1, n. 1, p. 19-45: Síntese, 2001. p. 32-34.

⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 562.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 137.

⁶ DE SOUZA, Luis Eduardo. *op. cit.* p. 35.

⁷ CARVALHO NETTO, Menelick. *op. cit.* p. 77.

estatal com o âmbito público.⁸ Porém, diferentemente do paradigma anterior, o Estado passa a ser promotor da cidadania, provedor de direitos e viabilizador da democracia.⁹

O Estado de Bem Estar Social se mostra, no decorrer do tempo, ineficiente e economicamente insustentável, o que dificulta-lhe a legitimação.¹⁰ Já no final da Segunda Guerra Mundial aparecem críticas a este paradigma, que se sustenta até os anos 70. Com o desenvolvimento das ideias neoliberais e o entendimento que a cidadania deve ser um processo de participação efetiva, há um novo rompimento paradigmático que resulta no Estado Democrático de Direito.¹¹

O Estado Democrático de Direito, por sua vez, surge como redefinidor do público e do privado. Enquanto no Estado Liberal valorizava-se o privado em detrimento do público e, no Social, o público no lugar do privado; no Estado Democrático de Direito as definições se complexificam. O público deixa de ser exclusivamente estatal, como o fora nos dois paradigmas anteriores, assim como o privado deixa de ser meramente egoístico. O público e o privado passam a ser vistos como dimensões independentes, porém em permanente tensão e, conseqüentemente, redefinição.¹² Esta característica, como se verá a seguir, propicia o surgimento do Estado Regulador.

2.1.2. Os momentos regulatórios brasileiros

O Estado Regulador não esgota a regulação. Por ser um “fenômeno jurídico político situado e datado no tempo”¹³, pode-se dizer que ele é uma espécie do gênero regulação. Fernando Herren Aguillar, ao estudar os momentos regulatórios brasileiros,¹⁴ classifica-os em três diferentes fases: regulação patrimonialista, regulação desconcentrada e regulação concentrada.

A regulação patrimonialista, que abarca todo o período colonial e se estende até o início do Segundo Reinado, teve como fundamento a manutenção do poder nas mãos da nobreza. A falta de

⁸ CARVALHO NETTO, Menelick. A contribuição do direito administrativo enfocando da ótica do administrado: para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das Leis do Brasil. Um pequeno exercício de Teoria da Constituição. **Revista TST**, Brasília, v. 68, n. 2, p. 67-84, 2002. p. 77-79

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 137.

¹⁰ DE SOUZA, Luis Eduardo. A transformação do paradigma legal no estado de direito: considerações oportunas. **Estudos de direito público: Desafios e utopia**. Porto Alegre. v.1, n. 1, p. 19-45: Síntese, 2001. p. 40-41.

¹¹ CARVALHO NETTO, Menelick. *op. cit.* p. 78-79.

¹² CARVALHO NETTO, Menelick. *op. cit.* p. 79.

¹³ ARANHA, Márcio Iorio. **Manual de direito regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório**. 2ª Edição. Coleford, UK: Laccademia Publishing, 2014. p. 67

¹⁴ AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 163-209

interesse da metrópole em protagonizar a exploração comercial de sua nova colônia resultou na delegação das funções públicas a particulares. Usufruindo-se do regime de monopólio como mecanismo, a Coroa, através das companhias de comércio e das concessões régias, propunha uma regulação desconcentrada operacionalmente. Tal modelo não tinha qualquer compromisso com o controle social, sendo irrelevante a prestação de serviços públicos; seu objetivo, para o qual se mostrou eficiente, era a manutenção do poder político e econômico da metrópole.

O Segundo Reinado marca a transição para o segundo momento regulatório: a regulação desconcentrada. Houve, neste período, a transferência do poder de gerenciamento da *res publica* das mãos do Imperador para os novos centros de poder: províncias e municípios. O Estado assume, então, a responsabilidade de proteger a atividade econômica a fim de criar condições para que os entes privados a desempenhassem. Por isso, ao invés de afirmar que houve uma desregulação plena, entende-se que se adotou uma regulação desconcentrada, tanto operacional, como normativamente. Sendo os particulares, focados no lucro, os responsáveis pela operacionalização, o presente modelo não permitiu que algumas atividades de interesse público fossem oferecidas de maneira satisfatória pelos empresários.

O terceiro momento regulatório, a regulação concentrada, inicia-se a partir da crise do final dos anos 20 que levanta o seguinte questionamento: o mercado consegue assegurar o funcionamento satisfatório das atividades essenciais? À época, a negativa parecia óbvia, sendo inquestionável que o Estado deveria intervir na economia para afastar as ameaças do mercado e, também, para estimular o desenvolvimento nacional. A regulação apresenta-se como um bom meio de interferência econômica e, como característica deste terceiro período, tem-se uma regulação concentrada tanto operacional quanto normativamente; o Estado atua, portanto, ao legislar e, também, ao agir diretamente como agente econômico.

Observam-se duas situações aparentemente opostas que ilustram bem este terceiro período. Algumas atividades que, anteriormente, eram de competência inquestionável do Estado passam a ser executadas por particulares e, para garantir o alcance do interesse público, estabelece-se uma relação contratual entre o ente público e o empresário operacionalizador da atividade. Em contrapartida, novas atividades passam a ser consideradas relevantes, de modo que vê-se a necessidade de sua submissão ao regime de direito público.

A década de 70 põe fim a este terceiro período regulatório, assim como marca o surgimento do paradigma do Estado Democrático de Direito e, como se verá em seguida, possibilita o nascimento do Estado Regulador.

2.1.3. O estado regulador e estado democrático de direito

Como visto anteriormente, a década de 70, com o desenvolvimento das ideias neoliberais e o entendimento que a cidadania deve ser participativa, marca a transição do paradigma do Estado Social para o do Estado Democrático de Direito. É esta mesma década que põe fim ao terceiro momento regulatório brasileiro descrito por Aguillar: a regulação concentrada.

Uma das principais características deste novo paradigma do Estado é a redefinição do público e do privado que, agora, se colocam como dimensões independentes em constante tensão e redefinição. O Estado Regulador surge, justamente, da remarcação desses dois âmbitos.

O campo privado, após seu desprestígio no paradigma anterior, é novamente valorizado. A autonomia individual é, agora, sobreposta ao controle social, o que possibilita a chegada do Estado a atividades antes não alcançadas. Surgem parcerias público-privadas e o poder estatal se torna subsidiário de atividades que antes se restringiam unicamente ao âmbito particular¹⁵.

Sob o paradigma do Estado Democrático de Direito observa-se, caso se pretenda continuar a classificação de Aguillar, o quarto momento regulatório: o Estado Regulador.

O intervencionismo direto se faz menos presente, ao mesmo tempo que o indireto se vê aumentado. Assim, afirma-se que, no Estado Regulador, a regulação operacional é descentralizada, enquanto a normativa é centralizada. Os poderes regulatórios são delegados aos entes reguladores – no contexto atual, às agências reguladoras – e, conseqüentemente, há a separação do controlador do serviço regulado de seu prestador.¹⁶

Neste novo contexto, sobrevem um diferente problema: a assimetria regulatória, que pode ser resumida na questão: como criar um ambiente de concorrência entre os agentes econômicos, ao mesmo tempo que se pretende universalizar os serviços?

A solução para este novo problema é perpassada por dois eixos. Primeiramente, como em um mesmo setor regulado existem agentes econômico sujeitos ao regime de direito público e privado, faz-se necessário um tratamento diferenciado entre os prestadores de serviço que lhes possibilite a igualdade. Além disso, deve-se separar os participantes operacionais daquelas atividades por eles prestadas, de modo que, quanto aos primeiros, o foco deve ser a criação do ambiente concorrencial, igualitário, enquanto que em relação à atividade, deve-se objetivar a universalização.¹⁷

¹⁵ ARANHA, Márcio Iorio. **Manual de direito regulatório**: Fundamentos de Direito Regulatório. 2ª Edição. Coleford, UK: Laccademia Publishing, 2014. p. 50-51

¹⁶ ARANHA, Márcio Iorio. 2014. p. 67-69

¹⁷ ARANHA, Márcio Iorio. 2014. p. 101-102

No problema de pesquisa proposto pelo presente trabalho, analisar-se-á, exatamente, o problema da assimetria regulatória aplicado na regulação do setor audiovisual de acesso condicionado. A criação de um ambiente concorrencial adequado determinará o sucesso regulatório da Lei 12.485/11 no incentivo à produção nacional, enquanto a universalização é fator essencial para que se promova a diversidade cultural.

Assim, com a relação entre o paradigma do Estado Democrático de Direito e o surgimento do Estado Regulador já estabelecida, será possível dar o próximo passo neste estudo e definir o que é a regulação dentro do Estado Regulador e como ela é usada para a promoção de direitos fundamentais. Posteriormente será possível analisar o mercado audiovisual e, mais especificamente, a Lei 12.485/11 na regulação deste mercado.

2.2. REGULAÇÃO: CONCEITO E INSTRUMENTOS.

É crucial para o desenvolvimento da pesquisa a demonstração do entendimento de regulação que se adota e, para tal, destina-se o presente subcapítulo. Inicialmente, definir-se-á o conceito de regulação. Para tanto faz-se necessário eliminar os aspectos sociológicos e econômicos que rondam a palavra e definir-lhe o aspecto jurídico, apenas. Com este objetivo, serão apresentados os conceitos delineados pelas Escolas Clássicas, para, só então, expor um conceito preciso e atual de regime jurídico regulatório. Posteriormente, ao estudar os instrumentos regulatórios, será feita uma distinção entre regulação normativa e operacional, a fim de demonstrar as tendências do Estado Regulador, bem como os possíveis meios regulatórios que o poder público pode lançar mão.

2.2.1. O conceito de regulação

O conceito de regulação é complexo, abrangendo acepções sociais, econômicas, jurídicas, dentre outras. A regulação econômica, que abrange a defesa da manutenção da concorrência ao controlar o poder econômico de empresas frente ao monopólio de determinadas atividades, possui a finalidade de garantir o perfeito funcionamento do mercado. Diferenciando-se, portanto, da regulação social, que possui objetivos extra-econômicos¹⁸. Apesar da complexidade do conceito de regulação,

¹⁸ Nesse contexto, portanto, de participação do Estado na economia, Vital Moreira apresenta dois tipos de regulação: (i) econômica e (ii) social, que podem proporcionar diferentes tipos de equilíbrios no mercado, ainda que interfiram nele direta ou indiretamente. A distinção entre regulação econômica e social é apresentada partindo da hipótese de que existem diferenças em relação aos objetos e às finalidades perseguidas pelas formas, justificando a distinção. Nesse sentido, (i) a regulação econômica teria objeto e finalidades restritos à própria atividade econômica, como, por exemplo, performance

para o Direito Regulatório interessa, apenas, seu aspecto jurídico. Portanto, precisar o conceito, passa, necessariamente, pela eliminação dos traços sociológicos e econômicos que lhe compõem, de forma que reste apenas o jurídico: o regime jurídico regulatório.¹⁹

Calixto Salomão Filho, em seu livro *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*²⁰, apresenta duas escolas clássicas que se aventuraram no estudo da regulação: a Escola do Interesse Público e a Escola Neoclássica da Regulação.

A Escola do Interesse Público entende a regulação como a intervenção do Estado na economia visando o alcance do interesse público. A definição de interesse público, porém, é imprecisa e varia conforme o contexto político e econômico que se apresenta. Este deve, no entanto, ser alcançado através dos instrumentos regulatórios que se resumem na concessão de serviço público e no poder de polícia. Dentre as críticas apresentadas por Salomão Filho à Escola, ressalta-se a falta de sistematização que lhe acometeu, fator que contribui para a ausência de um conceito preciso sobre o que é a regulação ou, de maneira mais coerente, sobre o que é o interesse público.

A Escola Neoclássica, por sua vez, enxerga na regulação um meio para corrigir as falhas de mercado. Assim, aqueles setores caracterizados por monopólios naturais, assimetria de informação, concorrência desmedida ou predatória deveriam se submeter à regulação para que os efeitos da economia de mercado operassem normalmente. Como se percebe pela função atribuída à regulação, os neoclássicos pretendiam reproduzir artificialmente as condições de mercado, algo que se mostra impossível na experiência prática.

da atividade (produção de energia elétrica), crises de funcionamento (formas de produção/venda) e descompasso de oferta (demanda *versus* oferta); e (ii) a regulação social ultrapassaria os parâmetros econômicos do mercado e da atividade em si, e teria como finalidade valores extra-econômicos, como, por exemplo, interesses sociais (fornecimento de energia elétrica), geração de postos de trabalho, diretos e indiretos, saúde e bem-estar coletivo (benefícios obtidos pela utilização da energia elétrica), proteção ambiental (produção econômica não-destrutiva), segurança de uso e preços baixos. Cf. POLTRONIERI, Ricardo. *Regulação Econômica e Regulação Social: Um Exemplo de Normatização Brasileira*. **Direito Público**. n 12, Abr-Maio-Jun, 2006, p. 149.

¹⁹ “A regulação é um fenômeno mais abrangente de interferência estatal na atividade econômica em sentido amplo, envolvendo os serviços públicos e as atividades econômicas em sentido estrito. Mas a definição de regulação como um fenômeno fático é insuficiente ao estudo do direito. o objeto de estudo do direito regulatório, por princípio, é algo jurídico e, portanto, para os fins do direito regulatório, a regulação, como objeto de estudo, encontra-se vertida no regime jurídico regulatório.” ARANHA, Márcio Iorio. **Manual de direito regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório**. 2ª Edição. Coleford, UK: Laccademia Publishing, 2014. p. 88.

²⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 16-26.

Pela breve descrição ora realizada, percebe-se que nenhuma escola clássica logrou definir, com precisão, a regulação, quanto mais seu aspecto jurídico. Por isso, recorre-se a autores mais atuais.

Márcio Iorio Aranha, em *Manual de direito regulatório*, define o regime jurídico regulatório “(...) como um conjunto de disposições normativas e administrativas caracterizadas por seu caráter conjuntural de influência ou controle sobre o ambiente regulado mediante batimento entre resultados esperados e resultados efetivamente alcançados.”²¹ Os resultados, no contexto do Estado Regulador, envolvem, necessariamente, a garantia de direitos fundamentais. Portanto, tem-se que o conceito de regulação é composto pela interligação de três diferentes aspectos: conjunto normativo, ambiente a ser regulado e aferição de resultados garantidores de direitos fundamentais.

O conjunto normativo, entendido como a legislação vigente somada aos atos administrativos, orienta um determinado setor econômico para direcionar o comportamento do Estado, dos agentes econômicos privados e dos consumidores à promoção dos direitos fundamentais. Aí, uma nova questão se coloca: quais são os setores que devem ser sujeitos à regulação?

Calixto Salomão Filho entende que qualquer atividade que possui externalidades relevantes e que, sujeita ao regime de mercado, resultará em efeitos distributivos perversos, deve ser regulada.²² Portanto, a disputa passa a ser pela demonstração do desrespeito aos direitos fundamentais, caso determinada atividade seja relegada à economia de mercado pura e simples.

No estudo deste trabalho estão presentes os três aspectos que se interligam no conceito de regulação. O mercado a ser regulado é, por óbvio, o mercado audiovisual de acesso condicionado, enquanto o conjunto normativo se resume à Lei 12.485/11. A aferição de resultados propostos e efetivamente atingidos é justamente o problema que se pesquisa e, na continuação, demonstrar-se-á o porquê da necessidade da regulação para que se vejam garantidos direitos fundamentais.

2.2.2. Os instrumentos regulatórios

A regulação, como visto anteriormente, ao controlar determinados setores da economia, tem como pano de fundo a proteção dos direitos fundamentais. Para atingir seus objetivos, faz-se uso de determinados instrumentos de atuação que podem ser divididos em dois grandes grupos: regulação operacional e regulação normativa. Esta resume-se no conjunto de regras específicas para conduzir

²¹ ARANHA, Márcio Iorio. **Manual de direito regulatório**: Fundamentos de Direito Regulatório. 2ª Edição. Coleford, UK: Laccademia Publishing, 2014. p. 90.

²² SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**: princípios e fundamentos jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 27.

determinado setor econômico, enquanto a primeira consiste na discussão de quem prestará o serviço regulado.

Na regulação operacional há a intervenção direta do Estado na economia e falta confiança no particular para alcançar os objetivos pretendidos. Assim, a centralização regulatória dosa a medida em que o Estado reserva a si o desempenho de atividades que considera importantes. Se a operacionalização é centralizada, o Estado será executor direto do serviço; se for descentralizada, entrega-se a execução aos agentes econômicos particulares²³.

A regulação normativa, por sua vez, caracteriza-se pela intervenção indireta do Estado na economia. Com a aceitação de que suas finalidades podem ser atingidas pela atuação do particular, o poder público limita-se a legislar²⁴ com o intuito de direcionar o setor regulado²⁵.

A tendência, no Estado Regulador, é uma descentralização operacional concomitante a uma centralização normativa complexa, ou seja, delega-se ao particular a execução dos serviços ao mesmo tempo em que se normativiza os setores regulados através de leis e atos administrativos²⁶.

Uma leitura desatenta pode levar à conclusão de que, por não operacionalizar diretamente os serviços regulados, o Estado Regulador intervém menos na economia, que regula menos. A verdade, porém, é que a intervenção é, hoje, mais complexa e, apesar de indireta, se mostra extremamente presente. A regulação deixa de ser apenas prestação de serviço, e passa a abarcar atividades como: “fomento; regulamentação; monitoramento; mediação; fiscalização; planejamento e ordenação da economia; gerenciamento normativo de conflitos; regulamentação de atividades inseridas em âmbito de competência estatal”²⁷. Ainda, inserem-se nas atividades regulatórias a “ordenação da atividade econômica, inclusive da atividade monopolista; outorga de serviços e autorização de uso de meios para universalização ou expansão geográfica”²⁸.

São diversos, portanto, os instrumentos regulatórios, os quais têm sua utilização adaptada de acordo com o contexto histórico, os objetivos a serem atingidos e o setor econômico a ser regulado, porém, pode-se classificá-los em dois grandes grupos: instrumentos da regulação operacional, quando possibilitam que o Estado intervenha diretamente na economia e preste o serviço regulado; e instrumentos da regulação normativa, quando a intervenção é indireta.

²³ ARANHA, Márcio Iorio. **Manual de direito regulatório**: Fundamentos de Direito Regulatório. 2ª Edição. Coleford, UK: Laccademia Publishing, 2014. p. 67-69

²⁴ Usa-se, aqui, o termo legislar em sentido amplo. Abarcando, além da atividade típica do legislativo, os atos administrativos.

²⁵ ARANHA, Márcio Iorio. 2014. p. 67-69

²⁶ ARANHA, Márcio Iorio. 2014. p. 67-69

²⁷ ARANHA, Márcio Iorio. 2014. p. 91.

²⁸ ARANHA, Márcio Iorio. 2014. p. 91-92.

2.3. O ESTADO REGULADOR NA PROMOÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Definida a regulação como um conjunto normativo que orienta determinado setoreconômico considerado relevante para moldar o comportamento do Estado, dos agentes econômicos privados e dos consumidores, buscando atingir determinados resultados previamente definidos; e sabendo, ainda, que o Estado pode lançar mão tanto da regulação operacional quanto da normativa, surge uma nova questão: por que regular?

Identifica-se, comumente, a proteção do mercado e a garantia da competição como justificativas da regulação. Talvez por um resquício da mentalidade formada sob o paradigma do Estado Liberal, a regulação atuaria apenas em setores em que o livre mercado não lograsse garantir o perfeito funcionamento do sistema. Assim, seria plausível, apenas, a regulação de posições dominantes e de mercados instáveis²⁹.

A primeira consistiria, basicamente, em possibilitar ao consumidor a pluralidade de escolhas naqueles mercados em que não existe concorrência e que, por questões estruturais, é excessivamente difícil estabelecê-la. Já na regulação de mercados instáveis, visa-se impedir o desaparecimento da concorrência em setores que propiciam sua extinção, visto que, por questões de ordem pública, o Estado controla a entrada e a permanência dos agentes econômicos nestes mercados³⁰.

Dizer que a regulação pretende proteger o mercado e garantir a competição, apesar de aparentemente verdade, esconde a correta justificativa para a intervenção regulatória, além de simplificar sobremaneira o fundamento da atuação estatal. Há de fazer-se uma breve digressão histórica para se entender a questão central que motiva a regulação.

A atribuição de personalidade jurídica às pessoas ocasionou um desequilíbrio entre os participantes do mercado, já que alguns agentes passaram a não ter limitação temporal, tampouco de capacidade de investimentos, acumulação de capitais e desenvolvimento técnico³¹. Assim, a

²⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 41-50.

³⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. 2001. p. 41-50.

³¹ “Assim, é questionável que o mercado deva ser protegido, mas ao dizer isso permanece oculto o verdadeiro protagonista do cenário regulatório: o direito à igualdade de condições concorrenciais. Quando da simplificação do significado da regulação, o direito à igualdade foi encoberto pelas areias do tempo, sobrevivendo somente seu corolário: a competição e sua personificação, o mercado. Por isso, a regulação não é um método de alcance da competição onde ela não exista, mas uma demanda inafastável derivada da constatação de que o próprio Direito criou seres imortais que desequilibram as relações humanas de acumulação de capital, técnica e vantagens competitivas, exigindo, portanto, a regulação por princípio; não por consequência de deficiência do meio concorrencial. Deficiente ele já o é por sua natureza.

assimetria entre seres humanos e desumanizados torna-se evidente, devendo o Estado intervir no novo contexto econômico para reestabelecer o equilíbrio.

A regulação surge, então, como meio de garantir a igualdade. Não se visa, portanto, proteger o mercado ou a concorrência, seu verdadeiro objetivo é garantir a igualdade entre os agentes econômicos. As condições de igualdade estimulam o estabelecimento de relações econômicas que, como consequência direta, acabam sustentando a existência do mercado e estimulando a concorrência no setor.

O desenvolvimento histórico, com o estabelecimento do paradigma do Estado Democrático de Direito, como visto anteriormente, possibilitou a chegada do Estado em setores que, antes, eram reservados ao particular, e também complexificou a definição do público e do privado, que agora são vistos como dimensões independentes e em permanente tensão. Nesse novo contexto, o Estado Regulador passa a ser o responsável pela regulação, ou seja, o responsável por garantir à igualdade.

A complexificação também atinge o direito à igualdade. Coloca-se ao Estado Regulador o problema da assimetria regulatória, questionando-se como se criar um ambiente de concorrência entre os agentes econômicos, ao mesmo tempo que se pretende universalizar os serviços.

O direito à igualdade deixa de ser apenas a promoção de condições igualitárias de concorrência para os agentes econômicos, como inicialmente o era. O direito à igualdade amplia-se e passa a abarcar a necessidade de garantir a universalização dos serviços, a igualdade entre os consumidores, a saber, os cidadãos. E é justamente nesse aspecto que cria-se o comprometimento do Estado Regulador com os direitos fundamentais.

Delimitando o desafio do Estado Regulador para o presente problema de pesquisa, tem-se o questionamento do sucesso ou fracasso da regulação do setor de audiovisual de acesso condicionado. Para tanto, no próximo capítulo, delimitar-se-ão as nuances deste mercado e explicar-se-á em que medida o Estado Regulador pode garantir o direito à igualdade, tanto para os agentes econômicos, quanto para os cidadãos.

Para além dessa constatação de centralidade do direito à igualdade para a regulação, o ser humano somente será livre para o exercício de sua criatividade e uso de atributos de relacionamento humano quando o meio de campo inicialmente desvirtuado - ou instrumentalizado pela própria existência das regras jurídicas - for conjunturalmente ajustado perante a mutação normativa natural à qualquer sociedade política. Sem o acompanhamento conjuntural da realidade operado pelo direito regulatório, o Direito transforma-se em uma instituição indomada capaz de servir a fins não previstos em sua conformação teleológica: a sua finalidade de processo de preservação da convivência social.” ARANHA, Márcio Iorio. **Manual de direito regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório**. 2ª Edição. Coleford, UK: Laccademia Publishing, 2014. p. 8-9.

3. O MERCADO AUDIOVISUAL DE ACESSO CONDICIONADO

O segundo conceito a ser compreendido para possibilitar a elucidação do problema de pesquisa proposto é o mercado audiovisual de acesso condicionado, objeto de estudo do presente capítulo.

Inicialmente, será feita a distinção do mercado audiovisual *lato sensu* do mercado audiovisual de acesso condicionado, pra isso, se faz importante a definição de seu objeto: a comunicação audiovisual. Para tanto, lançar-se-à mão da teoria da comunicação, ainda que esta seja muito mais abrangente e complexa do que pretende trabalhar-se nesta pesquisa. Portanto, as definições aqui apresentadas não visam esgotar o assunto, apenas mostrar-se suficiente para conceituar o mercado audiovisual de acesso condicionado nos termos da Lei 12.485/11.

Em seguida, o foco passa a ser os direitos fundamentais: seu conceito, característica e gerações. Dar-se-á maior importância ao seu fundamento material, a dignidade humana. Então, será possível analisar o direito fundamental à comunicação e concluir o subcapítulo formando a premissa que o audiovisual, atualmente, é direito fundamental.

Por fim, o último subcapítulo destina-se a responder a questão: por que regular o mercado audiovisual de acesso condicionado? Apresentar-se-ão dados que ilustram as características das atividades de programação e de distribuição que, conjuntamente com a análise do objeto do mercado audiovisual, são os principais argumentos para justificar a regulação do setor.

3.1. O MERCADO AUDIOVISUAL E A ESPECIFICIDADE DO MERCADO AUDIOVISUAL DE ACESSO CONDICIONADO

O presente subcapítulo objetiva delimitar o que se entende por mercado audiovisual de acesso condicionado. Para tanto, inicialmente, será definido o que é comunicação, mais especificamente o que os teóricos da comunicação midiática entendem por comunicação após a revolução da invenção da imprensa. Em seguida, valendo-se das definições trazidas pela Lei 12.485/11, traçar-se-á o conceito de comunicação audiovisual. No segundo tópico, será possível, também com o auxílio da legislação, diferenciar o mercado audiovisual *lato sensu* daquele de acesso condicionado, visto que seu objeto, a comunicação audiovisual, já fora anteriormente definido.

3.1.1. A comunicação e a comunicação audiovisual

A invenção da prensa de Gutenberg, por volta de 1450, e o posterior desenvolvimento da imprensa marcaram, indubitavelmente, a revolução da comunicação, que passa a contar com um adjetivo: comunicação de massas. A nova conjuntura levou os teóricos da comunicação a redefinirem o conceito de seu objeto de estudo que, além de se tornar mais complexo, atinge um maior público.

Segundo Harold Lasswell ³², responder cinco questões seria suficiente para se definir a comunicação, são elas:

- I. Quem diz?
- II. O que diz?
- III. Valendo-se de qual canal?
- IV. A quem diz?
- V. Com qual efeito diz?

Assim, a maior modificação ocasionada pela surgimento da imprensa estaria, justamente, na terceira pergunta, pois agora apresentam-se diferentes canais, dotados de mais tecnologia.

O foco nos canais de comunicação também aparece na teoria de John B. Thompson³³. O autor estadunidense entende que a comunicação é uma atividade social que se vale de meios técnicos capazes de produzir, transmitir e receber formas simbólicas³⁴ fixadas e transmitidas de um emissor a um receptor. Os meios técnicos, por sua vez, caracterizam-se pela sua capacidade de fixação, que os permite armazenar informação e conteúdo simbólico; e por sua capacidade de reprodução, que possibilita a produção de inúmeras cópias a partir de uma forma simbólica original.

³² LASSWELL, Harold D. **Estructura y función de la comunicación en la sociedad**. [s.d.]. p. 51.

³³ THOMPSON, John B. **Comunicación y contexto social: los medios y la modernidad**. Barcelona: Paidós Studio, 1988. p. 5.

³⁴ “El cuarto tipo de poder es el cultural o poder simbólico, el que procede de la actividad productiva, transmisora y receptora de formas simbólicas significativas. La actividad simbólica es una característica fundamental de la vida social, a la par de la actividad productiva, la coordinación de los individuos y la coerción. Los individuos están constantemente dedicados a la actividad de expresarse de forma simbólica y de interpretar la comunicación entre unos y otros e intercambiando información y contenido simbólico. En este cometido, los individuos emplean varios tipos de recursos a los que designaré, en un sentido amplio, como ‘medios de información y comunicación’. Estos recursos incluyen los medios técnicos para la fijación y la transmisión, las habilidades, competencias y formas de conocimiento empleados en la producción, transmisión y recepción de información y contenido simbólico (lo que Bourdieu llama de ‘capital cultural’); y el prestigio acumulado, reconocimiento y respeto otorgado a determinados productores e instituciones (‘capital simbólico’). (...)” THOMPSON, John B. **Comunicación y contexto social: los medios y la modernidad**. Barcelona: Paidós Studio, 1988. p. 5

A ênfase nos canais de comunicação encontra seu expoente na célebre frase de McLuhan³⁵: o meio é a mensagem. Para o autor, os meios de comunicação moldam a sociedade e podem explicar mudanças sociais e culturais. Portanto, mais do que meros canais de comunicação, o meio pelo qual se comunica é a mensagem, é a comunicação em si.

A definição de comunicação audiovisual, portanto, deve, necessariamente, dar destaque para os canais que a possibilitam para ir de encontro com a moderna Teoria da Comunicação Midiática.

A Lei 12.485/11, em seu segundo artigo, define dois conceitos que, juntamente com a breve explicação do que atualmente se entende por comunicação, nos auxiliam a compreender o que é a comunicação audiovisual:

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

VI - Comunicação Audiovisual de Acesso Condicionado: complexo de atividades que permite a emissão, transmissão e recepção, por meios eletrônicos quaisquer, de imagens, acompanhadas ou não de sons, que resulta na entrega de conteúdo audiovisual exclusivamente a assinantes³⁶;

VII - Conteúdo Audiovisual: resultado da atividade de produção que consiste na fixação ou transmissão de imagens, acompanhadas ou não de som, que tenha a finalidade de criar a impressão de movimento, independentemente dos processos de captação, do suporte utilizado inicial ou posteriormente para fixá-las ou transmiti-las, ou dos meios utilizados para sua veiculação, reprodução, transmissão ou difusão;³⁷

Percebe-se que a lei enfatiza, na definição de comunicação audiovisual ³⁸, o canal de comunicação: o meio eletrônico. Assim, a união dos dois conceitos supracitados cria uma definição mais precisa e completa de comunicação audiovisual, qual seja: aquela que, por meios eletrônicos, emite, transmite e recebe imagens com finalidade de criar impressão de movimento.

³⁵ MCLUHAN, Marshall. FIORE, Quentin. Coordenação de AGEL, Jerome. **El medio es el mensaje: un inventario de efectos**. Barcelona: Paidós Studio, 1967.

³⁶ Entende-se, como se verá no subcapítulo seguinte, que a lei diferencia comunicação audiovisual de acesso condicionado de comunicação audiovisual pela entrega exclusiva, ou não, para assinantes.

³⁷ BRASIL. **Lei n. 12.485, de 12 de setembro de 2011**, Dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado; altera a Medida Provisória no 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e as Leis nos 11.437, de 28 de dezembro de 2006, 5.070, de 7 de julho de 1966, 8.977, de 6 de janeiro de 1995, e 9.472, de 16 de julho de 1997; e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12485.htm > Acessado em 04 de janeiro de 2016.

³⁸ Está, aqui, considerando-se apenas a definição de comunicação audiovisual. Pois, como será visto no seguinte subcapítulo, a lei diferencia comunicação audiovisual de comunicação audiovisual de acesso condicionado pela entrega exclusiva, ou não, para assinantes.

3.1.2. O mercado audiovisual e o mercado audiovisual de acesso condicionado

O mercado, enquanto instituição, visa tornar o sistema econômico mais eficiente, uma vez que organiza as trocas e, ao reduzir os custos de transação, facilita a circulação de riquezas.³⁹ Mais do que mero espaço físico, atualmente o mercado também engloba o conjunto de regras que o organizam. O crescimento e a especialização da economia possibilitaram sua divisão em diversos nichos dos quais dois ganham especial importância para o presente trabalho: o mercado audiovisual e o de audiovisual de acesso condicionado.

Resumidamente, pode-se afirmar que o mercado audiovisual é o gênero do qual o mercado de audiovisual de acesso condicionado é espécie. Portanto, ambos possuem o mesmo objeto: a comunicação audiovisual entendida, como disposto anteriormente, como aquela que, por meios eletrônicos, emite, transmite e recebe imagens com finalidade de criar impressão de movimento. Porém, diferenciam-se pela entrega do produto, dado que se faz exclusiva para assinantes no mercado de acesso condicionado.

Assim, o mercado audiovisual, para além de incluir o mercado audiovisual de acesso condicionado, abarca serviços de radiodifusão e de streaming⁴⁰, plataformas de compartilhamento de vídeos⁴¹, cinema e vídeos de longa, média e curta-metragem, documentários e animações, entre outros.

Já no mercado audiovisual de acesso condicionado, a entrega do produto é, necessariamente, exclusiva para assinantes, ou seja, o consumidor estabelece relação contratual com o agente econômico para ter acesso ao serviço.

Sendo assim, como a Lei 12.485/11 “dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado⁴²”, ela se restringe à regulação deste mercado específico, ou seja, aquele que tem como objeto a comunicação audiovisual que é entregue com exclusividade para assinantes.

³⁹ WONNACOTT, Paul; WONNACOTT, Ronald J. **Economia**. 2. ed. São Paulo: Makron Books Brasil, 1994.

⁴⁰ Por exemplo, o *Netflix*.

⁴¹ Por exemplo, o *YouTube*.

⁴² BRASIL. **Lei n. 12.485, de 12 de setembro de 2011**, Dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado; altera a Medida Provisória no 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e as Leis nos 11.437, de 28 de dezembro de 2006, 5.070, de 7 de julho de 1966, 8.977, de 6 de janeiro de 1995, e 9.472, de 16 de julho de 1997; e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12485.htm > Acessado em 04 de janeiro de 2016.

3.2. O CONSUMO DE AUDIOVISUAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Este subcapítulo destina-se, inicialmente, à análise do conceito de direito fundamental e suas fundamentações filosóficas. O foco passa, então, para a característica da historicidade que possibilitará a descrição das gerações de direitos fundamentais do Estado Moderno. Por fim, examinar-se-á o fundamento material dos direitos de todas as dimensões: a dignidade humana.

Em seguida, estudar-se-á o direito à comunicação, explicando seus diferentes aspectos e respectivas consagrações na Constituição Federal de 1988 que nos permitem elevá-lo à condição de direito fundamental material. Também, reforçar-se-á a fundamentalidade de tal direito ao demonstrar o papel ativado do receptor/cidadão no processo comunicacional e a relação da comunicação com a consolidação da democracia e com o desenvolvimento nacional.

O último tópico destina-se, enfim, à dedução do audiovisual como direito fundamental, a partir das premissas construídas durante o capítulo, a saber, o consumo de audiovisual é comunicação e o direito à comunicação é direito fundamental.

3.2.1. Os direitos fundamentais

Os conceitos de direitos fundamentais elaborados pela teoria constitucionalista são, em sua maioria, teratológicos, por exemplo: “(...) são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais”⁴³. Os fundamentos filosóficos que os justificam tampouco são mais precisos⁴⁴, porém parece que a historicidade é característica convergente entre os doutrinadores⁴⁵. Assim, diferentes

⁴³ HESSE, Konrad. *Grundzuge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 13^a ed. aum., Heidelberg: 1982. apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23^a Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 560

⁴⁴ “Assim, para os jusnaturalistas, os direitos do homem são imperativos do direito natural, anteriores e superiores à vontade do Estado. Já para os positivistas, os direitos do homem são faculdades outorgadas pela lei e reguladas por ela. Para os idealistas, os direitos humanos são ideais, princípios abstratos que a realidade vai acolhendo ao longo do tempo, ao passo que, para os realistas, seriam o resultado direto de lutas sociais e políticas.” MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8^a Edição. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 138.

⁴⁵ “A variedade de direitos tidos como tais e a possibilidade de que entrem em linha colidiste evidenciariam que não se pode falar em fundamentos imperiosos e incontratáveis para esses direitos. Os direitos humanos seriam fruto de momentos históricos diferentes e sua própria diversidade já apontaria para a conveniência de não se concentrarem esforços na busca de uma base absoluta, válida para todos os direitos em todos os tempos. Ao invés, seria mais produtor buscar, em cada caso concreto, as várias razões elementares possíveis para a elevação de um direito à categoria de fundamental, sempre tendo presentes as condições, os meios e as situações nas quais este ou aquele direito haverá de atuar.” MENDES, Gilmar

conjunturas constituem diferentes direitos fundamentais, seja elevando algum direito à categoria de fundamental ou resignificando a concepção de outros.

Neste sentido é que se pode falar em gerações de direitos fundamentais. Tradicionalmente, identificam-se três gerações, associadas aos três paradigmas do Estado Moderno definidos no primeiro capítulo deste trabalho. Porém, há doutrinadores que defendem a existência de cinco gerações⁴⁶. Importante ressaltar, novamente, a característica da historicidade, a divisão em gerações apenas sinaliza o instante que se reivindica determinados direitos como fundamentais; não significa dizer, entretanto, que a mudança para outra geração suplanta as pretensões do momento anterior.

As Revoluções Americana e Francesa marcam temporalmente a primeira geração de direitos fundamentais associada, portanto, ao paradigma do Estado Liberal. A demanda é pelos direitos civis e políticos⁴⁷, associados, principalmente, à liberdade⁴⁸ - objetiva-se definir um campo de autonomia privada a fim de frear avanço do poder público. Assim, proíbe-se o Estado de intervir na vida privada. As pessoas, individualmente consideradas são titulares de direitos fundamentais, podendo buscar a felicidade de seus próprios modos, sem qualquer tipo de influência do poder estatal.

A segunda geração de direitos fundamentais, por sua vez, relaciona-se com o paradigma do Estado Social. Reivindica-se, agora, os direitos sociais, culturais e econômicos⁴⁹, exigindo prestações positivas por parte do poder público⁵⁰. As novas demandas são relacionadas com a igualdade⁵¹ tendo como principal objetivo atingir a justiça social. O Estado ganha o papel de interventor, devendo

Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 137.

⁴⁶A quarta geração de direitos fundamentais está associada, segundo a classificação de Paulo Benavides, com o direito à democracia. A quinta geração, por sua vez, retoma uma demanda iniciada da terceira, porém por ela esquecida: o direito à paz. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 570-593.

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. 2008. p. 562-564

⁴⁸ “Referem-se a liberdades individuais, como a de consciência, de reunião, e à inviolabilidade de domicílio.” MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 137.

⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. 2008. p. 564-565

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 137.

⁵¹ “Dizem respeito a assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer etc”. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 137.

direcionar suas políticas aos coletivos ou à coletividade⁵², principais titulares dos direitos fundamentais de segunda geração.

Por fim, os direitos fundamentais da terceira geração, associados ao Estado Democrático de Direito, relacionam-se à fraternidade⁵³. Sua natureza difusa ou coletiva⁵⁴ é direcionada para todo o gênero humano antes de se vincular a um indivíduo ou coletivo específico. Ganham papel central, portanto, as reivindicações pelo direito à paz, ao meio ambiente saudável, à comunicação e à fruição do patrimônio comum da humanidade⁵⁵.

Apesar da variedade e pluralidade dos direitos fundamentais no diferentes momentos históricos é possível identificar um fundamento material comum: “a intenção de explicitar o princípio da dignidade humana”⁵⁶. Assim, diz-se que os direitos fundamentais preexistem ao próprio Estado e, de acordo com o avançar histórico e o desenvolvimento social, ampliam-se e amadurecem, ganhando novas concepções⁵⁷; porém, sua base sempre é, mesmo que de forma indireta e mediata⁵⁸, a dignidade humana.

Uma das reivindicações da terceira geração de direitos fundamentais se faz importante para o presente trabalho: o direito à comunicação. Mas, como tal direito se associa com a dignidade humana? Esta questão será respondida no próximo tópico da pesquisa.

3.2.2. O direito fundamental à comunicação

Como visto no tópico anterior, a historicidade é característica dos direitos fundamentais, ou seja, as demandas surgem, desaparecem e são resignificadas de acordo com a especificidade do

⁵² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 564-569.

⁵³ BONAVIDES, Paulo. 2008. p. 569

⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 2013. p. 137-138.

⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. 2008. p. 569.

⁵⁶ ANDRADE, Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almeida, 1987. p. 85. apud MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 140.

⁵⁷ Os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana.

⁵⁸ Alguns doutrinadores, a exemplo de Canotilho, entendem que a dignidade humana não é fundamento suficiente para embasar os direitos fundamentais, visto que as pessoas coletivas também são titulares de destes direitos. Com respeito à crítica, toma-se a posição de Gilmar Mendes e Paulo Branco que defendem que a dignidade humana é o fundamento material de todos os direitos fundamentais, pois mesmo quando de titularidade das pessoas coletivas, a manifestação da dignidade humana dá-se de maneira indireta e mediata.

momento histórico, porém o princípio da dignidade humana é o fundamento que embasa materialmente os direitos fundamentais de todas as épocas.

A conceituação teratológica⁵⁹ se faz útil, porém, quando se deseja classificar os direitos fundamentais como formais e/ou materiais. Sendo os formais⁶⁰ aqueles que o direito vigente qualifica como tal e, portanto, aqueles que estão expressamente consagrados na Constituição. Já os materiais, apesar de não explícito na Carta Magna, são demandas do momento histórico presente e, concomitantemente, estão de acordo com os princípios estabelecidos constitucionalmente⁶¹.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, pormenoriza uma série de desdobramentos para garantir direitos fundamentais, como a inviolabilidade dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Em seu parágrafo segundo, porém, explicita a existência de direitos fundamentais materiais, ao dispor, no parágrafo segundo, que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”⁶².

O direito à comunicação, apesar de não estar expressamente consagrada na Constituição vigente, é demanda atual e está em consonância com os princípios constitucionais. Por isso, através de uma interpretação sistemática da Carta Magna, como se fará a seguir, podemos classificá-lo enquanto direito fundamental.

⁵⁹ “(...) são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais” HESSE, Konrad. *Grundzuge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 13ª ed. aum., Heidelberg: 1982. apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 560

⁶⁰ Entende-se que a classificação de um direito fundamental como formal implica na sua concomitante classificação como material, visto que, ao ser explicitado na Constituição, pressupõe que seja demanda do momento histórico e que seja coerente com os princípios constitucionais como um todo. Neste sentido: FELIZOLA, Pedro Augusto Maia. O direito à comunicação como princípio fundamental: internet e participação no contexto da sociedade em rede e políticas públicas de acesso à internet no Brasil. O direito à comunicação como princípio fundamental: internet e participação. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, v. 3, n. 1, p. 205-280. Brasília, 2011. p. 218-220.

⁶¹ FELIZOLA, Pedro Augusto Maia. O direito à comunicação como princípio fundamental: internet e participação no contexto da sociedade em rede e políticas públicas de acesso à internet no Brasil. O direito à comunicação como princípio fundamental: internet e participação. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, v. 3, n. 1, p. 205-280. Brasília, 2011. p. 219.

⁶² BRASIL, Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nºs 1/92 a 53/2006 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nºs 1 a 6/94 - Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2007. p. 10.

Na classificação dimensional que se apresentou anteriormente, o direito à comunicação aparece como direito fundamental da terceira geração, mas é preciso ter em mente que se trata de uma demanda complexa que engloba diferentes aspectos de todas as gerações anteriormente estudadas.

Assim como um direito de primeira geração, algumas dimensões do direito à comunicação exigem a abstenção da intervenção estatal, revelando seu aspecto de defesa⁶³. Neste sentido é que se pode falar, por exemplo, em liberdade de expressão⁶⁴, que exige uma prestação negativa do Estado. Por outro lado, o direito à comunicação também possui sua face de prestação⁶⁵, ao reclamar a intervenção direta do poder público para materializar, por exemplo, o princípio da transparência, prestando informações quando o é obrigado constitucionalmente⁶⁶. Por fim, descreve-se, ainda, seu

⁶³ FELIZOLA, Pedro Augusto Maia. O direito à comunicação como princípio fundamental: internet e participação no contexto da sociedade em rede e políticas públicas de acesso à internet no Brasil. O direito à comunicação como princípio fundamental: internet e participação. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, v. 3, n. 1, p. 205-280. Brasília, 2011. p. 211-216.

⁶⁴ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...) IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

(...) IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; (...)” In: BRASIL, Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nºs 1/92 a 53/2006 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nºs 1 a 6/94 - Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2007. p. 8.

⁶⁵ FELIZOLA, Pedro Augusto Maia. 2011. p. 211-216.

⁶⁶ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...) XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

(...) XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;” In: BRASIL, Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nºs 1/92 a 53/2006 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nºs 1 a 6/94 - Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2007. p. 8-9.

aspecto de participação⁶⁷, que atribui ao Estado o dever de “redimensionar os espaços públicos de atuação política a partir das novas realidades implantadas pela evolução das comunicações⁶⁸”.⁶⁹

Apesar do direito à comunicação já ter sido consagrado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789⁷⁰, sua complexidade, como se viu pela apresentação de suas diversas dimensões, exige a pormenorização deste direito fundamental, para que se entenda o significado que se lhe atribui atualmente e em que medida se diferencia do disposto originalmente na Declaração.

Primeiramente, é importante ressaltar que o direito à comunicação é um direito abrangente, ou seja, é um gênero que possui diversas espécies⁷¹. Assim, o direito à comunicação abarca vários

⁶⁷ FELIZOLA, Pedro Augusto Maia. O direito à comunicação como princípio fundamental: internet e participação no contexto da sociedade em rede e políticas públicas de acesso à internet no Brasil. O direito à comunicação como princípio fundamental: internet e participação. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, v. 3, n. 1, p. 205-280. Brasília, 2011. p. 211-216.

⁶⁸ FELIZOLA, Pedro Augusto Maia. 2011. p. 231.

⁶⁹ “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

§ 3º Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.” In: BRASIL, Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nºs 1/92 a 53/2006 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nºs 1 a 6/94 - Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2007. p. 59-60.

⁷⁰ “Art. 11º. A livre comunicação das idéias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei” In: FRANÇA, **Declaração dos direitos do homem e do cidadão** (1789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>> Acessado em 04 de janeiro de 2016.

⁷¹ “Strictly speaking there exist four central Pillars of Communication Rights. Each Pillar refers to a different domain of social existence, practice, and experience, in which communication generally represents a so-called core activity on the one hand and performs specific key functions on the other hand. The most important point considering the four pillars consists in the fact that each involves a relatively autonomous sphere of social action. So they are extremely necessary in

outros, como o direito à informação, a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa⁷². Entretanto, se lhe atribui uma maior abrangência pois, de acordo com a UNESCO⁷³, o direito à comunicação é um direito de mão dupla. Significa dizer, portanto, que no processo comunicacional o receptor⁷⁴ não apenas recebe a informação, mas com ela interage, pois, além de decidir qual informação acessará, emite suas próprias opiniões sobre o conteúdo recebido.

Os teóricos da comunicação já lutaram para reformular a idéia da unidimensionalidade da comunicação, principalmente em uma sociedade de meios de massa onde se atribui maior passividade ao receptor. Neste sentido, John B. Thompson esclarece que, apesar do processo comunicativo ser assimétrico, ele não é inteiramente monológico ou unidirecional, pois sobre o recebimento da informação são feitas críticas, quebrando, portanto, a passividade do receptor⁷⁵.

order to achieve communication rights – a fact that means that everybody has the right to communicate about every single topic.

The Four Pillars of Communication Rights are the following ones:

Communicating on the Public Sphere: The role of communication and media in exercising democratic political participation in society.

Communication Knowledge: The terms and means by which knowledge generated by society is communicated, or blocked, for use by different groups.

Civil Rights in Communication: The exercise of civil rights relating to the processes of communication in society.

Cultural Rights in Communication: The communication of diverse cultures, cultural forms and identities at the individual and social levels.

The Four Pillars of Communication Rights point out very clearly why the right to communicate is important for people in order to live in freedom, peace, justice, and dignity. So the right to communicate can be seen as a means to enhance human rights as well as to carefully strengthen the social, cultural and economic lives of people of different nations, communities, institutions and groups.” CRIS - Communication Rights in the Information Society. **Assessing Communication Rights – a Handbook**. CRIS, 2005, disponível em <www.crisinfo.org> acessado em 04 de janeiro de 2016.

⁷² WIMMER, Miriam. O direito à comunicação na Constituição de 1988: o que existe e o que falta concretizar. **ECO-Pós**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 146-165, 2008.

⁷³ UNESCO. **Many Voices One World**. Londres: Kogan Page, 1980. Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org>>, acessado em 04 de janeiro de 2016.

⁷⁴ Entendido como o cidadão, o consumidor.

⁷⁵ “Debemos abandonar la suposición de que los destinatarios de los productos mediáticos son observadores pasivos cuyos sentimientos han estado permanentemente aletargados por la continua recepción de mensajes similares. Debemos abandonar la suposición de que el proceso de recepción por sí mismo están exento de problemas, de que se trata de un proceso carente de perspectiva crítica a través de cual los productos son absorbidos por los individuos como la esponja absorbe el agua. De ahí que, aunque el proceso comunicativo sea fundamentalmente asimétrico, no sea enteramente

Dessa forma, a atual interpretação do direito à comunicação lhe atribui a característica da dupla dimensionalidade. Independentemente do desdobramento deste direito fundamental, se considerará como um direito de mão dupla, conferindo um papel ativo ao receptor.

Outra característica importantíssima que permite a elevação do direito à comunicação para fundamental, como explica Miriam Wimmer⁷⁶, é sua íntima relação com o fortalecimento da democracia e com o desenvolvimento social, econômico e político do país, principalmente em se tratando de sua dimensão social⁷⁷.

O desenvolvimento tecnológico dos meios de comunicação em massa dinamizam o processo comunicativo, pois o processo de produção e divulgação da informação são acelerados. Como consequência, a relação entre os indivíduos é modificada, redefinindo o espaço social: criam-se novos espaços públicos não submetidos ao Estado e, portanto, a vida pública deixa de estar sob domínio exclusivo do poder estatal.

Neste contexto, a comunicação desempenha um forte papel na formação da opinião pública. Além da tradicional difusão de informações, a democratização dos meios de comunicação em massa permitem com que pontos de vista minoritários tenham maior visibilidade. Nesse sentido, Lucas Borges de Carvalho explica que a pauta para a democratização da comunicação inclui, para além da proibição de determinados conteúdos que violem direitos fundamentais, a ampliação de participantes representados nos meios de comunicação⁷⁸. Assim, para a elaboração de opiniões, o receptor/cidadão tem acesso a diferentes fontes e, conseqüentemente, diferentes visões da informação.

monológico o unidireccional.” THOMPSON, John B. **Comunicación y contexto social: los medios y la modernidad**. Barcelona: Paidós Studio, 1988. p. 11.

⁷⁶ WIMMER, Miriam. O direito à comunicação na Constituição de 1988: o que existe e o que falta concretizar. **ECO-Pós**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 146-165, 2008.

⁷⁷ "Na parte referente à dimensão individual dos direitos à comunicação, descrevem-se aquelas normas ligadas primordialmente à posição subjetiva do indivíduo face ao Estado, relativas à informação e à expressão pessoal; na seção dedicada à dimensão social, são analisadas as normas voltadas à tutela dos meios de comunicação de massa, incluindo os direitos de participação. Naturalmente, como ocorre com toda classificação, a separação é passível de críticas e importa em algum grau de reducionismo: há direitos que se enquadram em ambas as categorias, bem como direitos que não se enquadram com perfeição em nenhuma delas. Contudo, entende-se que a divisão proposta é útil para uma compreensão didática do modo como o direito à comunicação foi acolhido no ordenamento jurídico pátrio." WIMMER, Miriam. O direito à comunicação na Constituição de 1988: o que existe e o que falta concretizar. **ECO-Pós**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 146-165, 2008. p. 153

⁷⁸ "Por sua vez, a pauta política do movimento pela 'democratização da comunicação' possui similaridades e diferenças importantes em relação à censura. Por um lado, pleiteia-se a proibição de veiculação de determinados conteúdos, restringindo-se a liberdade de expressão, tal como ocorria na ditadura militar. De outro lado, há uma nítida distinção de fundamentos: enquanto a censura buscava proteger a autoridade, a tradição e a moralidade pública, refletindo um viés

Além disso, a comunicação é crucial para a concretização do princípio da transparência e do incentivo à participação popular na âmbito político. O desenvolvimento tecnológico dos meios de comunicação aumenta a visibilidade do poder, no sentido de expandir a divulgação de informações e documentos públicos, permitindo que a população tenha um maior controle sobre o governo. Como explica Miriam Wimmer, os meios de comunicação selecionam os eventos que viram notícia e os que permanecem em silêncio, de modo que, além de ampliar o acesso do cidadão aos meios de comunicação, faz-se necessário a diversificação dos eventos noticiados⁷⁹. Assim seria possível que informações que permitem o controle social do governo participassem do debate público.

Estes dois papéis desempenhados pela comunicação mostram sua íntima relação com a consolidação da democracia e com o desenvolvimento do país, vez que incentiva a livre circulação de informações e conhecimento e, ainda, propagam diferentes pontos de vista, inclusive os minoritários. Além disso, ao criar um novo espaço público, promove-se o diálogo entre os cidadãos, que auxilia na consolidação de uma identidade nacional e na valorização da cultura local⁸⁰.

Portanto, a intrínseca ligação do direito à comunicação com o fortalecimento da democracia e promoção do desenvolvimento do país faz com que possamos elevar este direito à categoria de fundamental. Entretanto, é sempre importante demarcar que é um direito abrangente e de mão dupla. Portanto, o direito à comunicação inclui outros tantos direitos, sem, com isso, descaracterizar-se. Mais ainda, o processo comunicacional, apesar de assimétrico, conta com ativa participação do receptor, que emite opiniões sobre a informação recebida.

conservador, as reivindicações contemporâneas se associam a uma agenda progressista de transformação social, por meio da qual o controle sobre a TV se justifica enquanto mecanismo de garantia de direitos fundamentais, notadamente de grupos minoritários. Assim, se, no primeiro caso, buscava-se minar a dissidência e o pluralismo político, no segundo, o objetivo é o oposto: o de assegurar as condições necessárias para a ampliação do número de vozes representadas no âmbito dos meios de comunicação”. CARVALHO, Lucas Borges de. **O Controle Público sobre a Programação da TV no Brasil: Entre a censura, a democracia e a liberdade de expressão**. 357 f. Tese (Doutorado) - Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição. Brasília, 2015. p. 150-151

⁷⁹ WIMMER, Miriam. **Direitos, Democracia e Acesso aos Meios de Comunicação de Massa**. 310 f. Tese (Doutorado) - Universidade de Brasília, Faculdade de Comunicação, Programa de Pós-Graduação em Políticas de Comunicação e Cultura. Brasília, 2012. p. 18

⁸⁰ WIMMER, Miriam. O direito à comunicação na Constituição de 1988: o que existe e o que falta concretizar. **ECO-Pós**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 146-165, 2008. p. 150

3.2.3. O audiovisual como direito fundamental

No decorrer deste capítulo foram construídas duas premissas a partir das quais, neste tópico, construir-se-á uma conclusão.

Inicialmente, demonstrou-se que o audiovisual é comunicação. Como explicado anteriormente, de acordo com a teoria de John B. Thompson⁸¹, a comunicação é uma atividade social que, através de meios técnicos, produz, transmite e recebe formas simbólicas, transferindo-as de um emissor a um receptor. Considerando-se o meio técnico como o canal viabilizador da comunicação, caracterizado pela sua capacidade de fixação⁸² e de reprodução⁸³.

O consumo de audiovisual, portanto, encaixa na definição de comunicação, sendo que, conforme disposto na Lei 12.485/11⁸⁴, se restringe o canal viabilizador ao meio eletrônico e a mensagem, necessariamente, deve criar impressão de movimento. Portanto, não se pode negar que a comunicação audiovisual é uma espécie de comunicação.

Paralelamente, expôs-se que a historicidade é característica relevante dos direitos fundamentais, portanto, diferentes momentos históricos reclamam por determinada gama de direitos, dando-lhes significado próprio. Entretanto, é constante seu fundamento material, assim, independente da época, a finalidade dos direitos fundamentais é explicitar, direta ou indiretamente, o princípio da dignidade humana.

O direito à comunicação aparece já na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁸⁵, porém é na terceira geração de direitos fundamentais que ganha centralidade enquanto demanda. Como é um direito abrangente, inclui uma infinidade de outros direitos que vão desde os de defesa, passando pelos de prestação até, finalmente, chegar aos de participação; por isso, faz-se necessário entender qual é sua atual concepção.

⁸¹ THOMPSON, John B. **Comunicación y contexto social: los medios y la modernidad**. Barcelona: Paidós Studio, 1988.

⁸² Armazenamento de informação e conteúdo simbólico.

⁸³ Produção de número indefinidos de cópias a partir da forma simbólica original.

⁸⁴ BRASIL. **Lei n. 12.485, de 12 de setembro de 2011**, Dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado; altera a Medida Provisória no 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e as Leis nos 11.437, de 28 de dezembro de 2006, 5.070, de 7 de julho de 1966, 8.977, de 6 de janeiro de 1995, e 9.472, de 16 de julho de 1997; e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12485.htm> Acessado em 04 de janeiro de 2016.

⁸⁵ Art. 11º. A livre comunicação das idéias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei. In: FRANÇA, **Declaração dos direitos do homem e do cidadão** (1789). Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atualizacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf Acessado em 04 de janeiro de 2016.

Atualmente, caracteriza-se o direito à comunicação como um direito de mão dupla, significando que emissor e receptor possuem papel ativo no processo comunicacional. Como elucidado por John. B. Thompson, apesar de ser um processo assimétrico, não se pode considerá-lo, mesmo em uma sociedade de meios de comunicação em massa, como unidirecional, visto que o receptor, ao receber a informação, emite sobre ela uma crítica.

Sabendo a acepção hoje dada ao direito à comunicação, entende-se que a fundamentalidade do direito se relaciona, principalmente, por sua íntima relação com a consolidação da democracia e o estímulo ao desenvolvimento social, político e econômico do país, na medida que cria um novo espaço público, favorece a formação da opinião pública, visibiliza pontos de vista minoritário, viabiliza o princípio da transparência, estimula a participação popular, permite a livre circulação de informações e conhecimentos, promove o dialogo, consolida a identidade nacional e valoriza a cultura local.

Assim, sendo a comunicação audiovisual uma espécie de comunicação e o direito à comunicação, direito fundamental, torna-se inegável que o consumo de audiovisual é, nas acepções da sociedade atual, um direito fundamental. O que justifica, como se verá no subcapítulo a seguir, a necessidade de sua regulação.

3.3. POR QUE REGULAR O MERCADO AUDIOVISUAL DE ACESSO CONDICIONADO?

O mercado, como visto anteriormente, torna o sistema econômico mais eficiente ao organizar as trocas, reduzindo os custos de transação e, portanto, facilitando a circulação de riquezas. Seu desenvolvimento, conjuntamente com a especialização econômica, possibilitou sua divisão em nichos, dentre os quais se encontra o mercado audiovisual de acesso condicionado.

Estabeleceu-se, no subcapítulo anterior, como objeto a comunicação audiovisual que, por meios eletrônicos, transmite e recebe imagens, com finalidade de criar impressão de movimento e as entrega, exclusivamente, a seus assinantes. Agora, investigar-se-á o mercado audiovisual de acesso condicionado que, de acordo com a Lei 12.485/11, abarca quatro principais atividades: produção, programação, empacotamento e distribuição do conteúdo audiovisual⁸⁶.

⁸⁶ Art 4º da Lei 12.485/11 BRASIL. **Lei n. 12.485, de 12 de setembro de 2011**, Dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado; altera a Medida Provisória no 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e as Leis nos 11.437, de 28 de dezembro de 2006, 5.070, de 7 de julho de 1966, 8.977, de 6 de janeiro de 1995, e 9.472, de 16 de julho de 1997; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2011-2014/2011/Lei/L12485.htm> Acessado em 04 de janeiro de 2016.

Resumidamente, a produção⁸⁷ consiste na elaboração do produto audiovisual; a programação⁸⁸, por sua vez, é a ordenação do conteúdo audiovisual a ser apresentado em forma de canais; o empacotamento⁸⁹ constitui a última atividade de organização dos canais, e sua separação em pacotes a serem distribuídos aos assinantes; por fim, a distribuição é a atividade de entrega dos pacotes de conteúdo aos assinantes⁹⁰.

Apesar desta divisão por atividades, entende-se que o mercado audiovisual de acesso condicionado é encadeado, sendo que todas as atividades relacionam-se entre si e, por isso, influenciam-se mutuamente.

O presente trabalho, na medida que examina a regulação neste mercado, escolheu dois parâmetros de análise: o incentivo à produção nacional e a promoção da diversidade cultural. Para tanto, restringir-se-á o estudo e, conseqüentemente a apresentação de dados, a duas atividades: programação e distribuição.

Esta opção foi feita pois, para além da limitação de um trabalho monográfico, entende-se que, a partir do momento que se estimula a entrada de um maior número de programadoras no

⁸⁷ Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

(...) XVII - Produção: atividade de elaboração, composição, constituição ou criação de conteúdos audiovisuais em qualquer meio de suporte. In: BRASIL. **Lei n. 12.485, de 12 de setembro de 2011**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12485.htm > Acessado em 04 de janeiro de 2016.

⁸⁸ Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

(...) XX - Programação: atividade de seleção, organização ou formatação de conteúdos audiovisuais apresentados na forma de canais de programação, inclusive nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado. In: BRASIL. **Lei n. 12.485, de 12 de setembro de 2011**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12485.htm > Acessado em 04 de janeiro de 2016.

⁸⁹ Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

(...) XI - Empacotamento: atividade de organização, em última instância, de canais de programação, inclusive nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado, a serem distribuídos para o assinante; In: BRASIL. **Lei n. 12.485, de 12 de setembro de 2011**, Dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado; altera a Medida Provisória no 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e as Leis nos 11.437, de 28 de dezembro de 2006, 5.070, de 7 de julho de 1966, 8.977, de 6 de janeiro de 1995, e 9.472, de 16 de julho de 1997; e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12485.htm > Acessado em 04 de janeiro de 2016.

⁹⁰ Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

X - Distribuição: atividades de entrega, transmissão, veiculação, difusão ou provimento de pacotes ou conteúdos audiovisuais a assinantes por intermédio de meios eletrônicos quaisquer, próprios ou de terceiros, cabendo ao distribuidor a responsabilidade final pelas atividades complementares de comercialização, atendimento ao assinante, faturamento, cobrança, instalação e manutenção de dispositivos, entre outras. In: BRASIL. **Lei n. 12.485, de 12 de setembro de 2011**, Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12485.htm > Acessado em 04 de janeiro de 2016.

mercado e, concomitantemente, criam-se incentivos para que se inclua, em sua programação, conteúdos nacionais, fomenta-se a produção audiovisual nacional. Paralelamente, atribui-se íntima relação entre a promoção da diversidade cultural e o conteúdo consumido pelo assinante, de forma que se justifica a análise da atividade de distribuição.

O Observatório Brasileiro do Cinema e do Audiovisual (OCA), vinculado a Agência Nacional do Cinema (ANCINE), ao monitorar os dados gerais do mercado audiovisual brasileiro, nos mostra o crescimento contínuo, de 2008 a 2014, do mercado audiovisual de acesso condicionado, como descrito na Tabela 1. Enquanto o número de canais teve um aumento de mais de 50% (cinquenta por cento) no período monitorado, o número de assinantes da TV paga mais que triplicou.

Tabela 1 – Dados gerais do mercado audiovisual brasileiro: Televisão

INDICADOR	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	FONTE
Domicílios com TV	54,7 milhões	55,9 milhões	54,4 milhões	59,3 milhões	61,0 milhões	63,3 milhões	ND	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística IBGE (www.ibge.gov.br)
Canais de TV Paga	106	118	116	165	177	188	200	2013 e 2014: ANCINE. 2008 a 2012: Anuário Converge de Mídias Digitais 2009/ Compilação ANCINE
Assinantes de TV Paga	6,3 milhões	7,449 milhões	9,768 milhões	12,744 milhões	16,189 milhões	18,019 milhões	19,585 milhões	ANATEL (www.anatel.gov.br)
Redes de TV Aberta	34	34	62	91	ND	ND	ND	2008 e 2009: Donos da Mídia (www.donosdamidia.com.br) 2010 a 2011: ANATEL (www.anatel.gov.br)
Número de Celulares	150,6 milhões	174,0 milhões	202,9 milhões	242,2 milhões	261,9 milhões	271,1 milhões	290,7 milhões	ANATEL (www.anatel.gov.br)

Fonte: Observatório Brasileiro Cinema e do Audiovisual - OCA (oca.ancine.gov.br) - Adaptado

A importância social do objeto do mercado audiovisual de acesso condicionado, como exaustivamente exposto anteriormente, somada com sua contínua expansão, são elementos que fundamentam a necessidade de uma análise mais atenta deste mercado para averiguar se a regulação sobre ele se justifica ou não. O exame pormenorizado inicia-se com a apresentação das características deste nicho de mercado.

Miriam Wimmer ⁹¹ que, nos subcapítulos anteriores, embasou a explicação da fundamentalidade do direito à comunicação, também dispõe sobre a relação entre os meios de comunicação e o sistema político dentro do mercado audiovisual. Para a autora, a relação entre mídia e política se mostra inadequada, uma vez que é fortemente marcada pelo patrimonialismo. Mesmo a comunicação sendo uma atividade de interesse público, intimamente associada à consolidação da democracia e ao fomento do desenvolvimento nacional, os agentes econômicos apropriam-se do

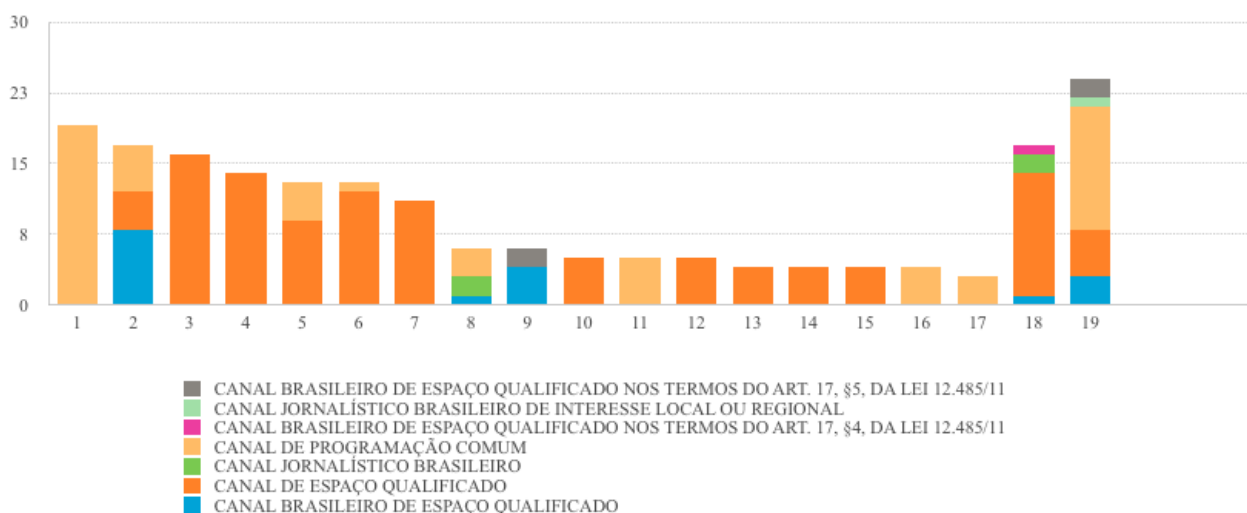
⁹¹ WIMMER, Miriam. O direito à comunicação na Constituição de 1988: o que existe e o que falta concretizar. **ECO-Pós**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 146-165, 2008. p. 150-151

espaço, teoricamente público, para que ele reflita interesses privados. Há uma tendência à concentração dos meios de comunicação, o que permite que seu caráter comercial se sobreponha ao interesse público que tanto define a comunicação.

No mercado audiovisual de acesso condicionado, a concentração não é só tendência; nas atividades de programação e distribuição, sobre as quais esta análise se restringe, há uma concentração fática, como demonstram as pesquisas da OCA-ANCINE⁹².

Em relação às programadoras, como se observa no gráfico a seguir (resultante da Tabela 2), apenas 7 agentes econômicos são responsáveis pela programação de mais de 53% dos canais em operação. Enquanto, 33 programadoras, o que representa 66% dos participantes, são responsáveis pela programação de, apenas, 42 canais, ou seja, 22% do mercado⁹³.

Gráfico 1 - Distribuição de canais por programadora



Fonte: Observatório Brasileiro Cinema e do Audiovisual - OCA (oca.ancine.gov.br) - Adaptado

Tabela 2 – Distribuição de canais por programadora

Programadora	1 - Horizontes Conteúdos LTDA	2 - Globosat Programadora LTDA	3 - Discover y Latin America L.L.C.	4 - Telecine Programações de Filmes LTDA	5 - Fox Latin American Channel, INC	6 - Turner Broadcasting System Latin America, INC	7 - Brasil Programming, L.L.C.
Canal Brasileiro de Espaço Qualificado		8					
Canal de Espaço Qualificado		4	16	14	9	12	11

⁹² Disponível em: http://oca.ancine.gov.br/tv_paga.htm Acessado em 11 de janeiro de 2016.

⁹³ Colunas 18 e 19.

Canal Jornalístico Brasileiro							
Canal de Programação Comum	19	5			4	1	
Canal Brasileiro de Espaço Qualificado, nos termos do art. 17, §4, da Lei 12.485/11							
Canal Jornalístico Brasileiro de Interesse Local ou Regional							
Canal Brasileiro de Espaço Qualificado, nos termos do art. 17, §4, da Lei 12.485/11							

Fonte: Observatório Brasileiro Cinema e do Audiovisual - OCA (oca.ancine.gov.br) – Adaptado

Tabela 2 – Distribuição de canais por programadora (cont.)

Programadora	8 - Newco Programadora e Produtora de Comunicação LTDA	9 - PBI - Programadora Brasileira Independente S.A.	10 - MTV Networks Latin America INC.	11 - ESPN do Brasil Eventos Esportivos LTDA	12 - Brasil Productions, L.L.C.	13 - SET Brazil, L.L.C.	14 - Buena Vista International, INC
Canal Brasileiro de Espaço Qualificado	1	4					
Canal de Espaço Qualificado			5		5	4	4
Canal Jornalístico Brasileiro	2						
Canal de Programação Comum	3			5			

Canal Brasileiro de Espaço Qualificado, nos termos do art. 17, §4, da Lei 12.485/11							
Canal Jornalístico Brasileiro de Interesse Local ou							
Canal Brasileiro de Espaço Qualificado, nos termos do art. 17, §4, da Lei 12.485/11		2					

Fonte: Observatório Brasileiro Cinema e do Audiovisual - OCA (oca.ancine.gov.br) – Adaptado

Tabela 2 – Distribuição de canais por programadora (cont.)

Classificação do canal	Programadora	15 - History Channel Brazil Distribution, L.L.C.	16 - PB Brasil Entretenimento S/A	17 - Polimport Comércio Exportação LTDA	18 - Programadoras com Dois Canais (9 produtoras)	19 - Programadoras com Apenas Um Canal
Canal Brasileiro de Espaço Qualificado					1	3
Canal de Espaço Qualificado		4			13	5
Canal Jornalístico Brasileiro					2	
Canal de Programação Comum			4	3		13
Canal Brasileiro de Espaço Qualificado, nos termos do art. 17, §4, da Lei 12.485/11					2	
Canal Jornalístico Brasileiro de Interesse Local ou Regional						1

Canal Brasileiro de Espaço Qualificado, nos termos do art. 17, §4, da Lei 12.485/11										2
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	---

Fonte: Observatório Brasileiro Cinema e do Audiovisual - OCA (oca.ancine.gov.br) – Adaptado

Em relação à atividade de distribuição, a concentração é ainda mais evidente, como se comprova pela Tabela 3, abaixo:

Tabela 3 – Assinantes por distribuidora

Operadora	2010		2011		2012		2013		2014	
	Assinantes (em mil)	%	Assinantes (em mil)	%	Assinantes (em mil)	%	Assinantes (em mil)	%	Assinantes (em mil)	%
TELMEX (NET/Embratel/Claro)	5338	55%	6997	55%	8458	52%	9632	53%	10171	52%
SKY/DIRECTV	2552	26%	3797	30%	5053	31%	5371	30%	5643	29%
Telefônica	639	7%	694	5%	595	4%	594	3,30%	770	4%
Oi	402	4%	351	3%	749	5%	829	4,60%	1303	7%
Vivendi (GVT)	-	0,0%	32	0%	426	3%	678	4%	882	5%
CTBC	81	1%	94	1%	113	0,70%	134	1%	121	1%
ViaCabo	84	1%	97	1%	107	1%	119	1%	48	0%
Sercomtel	26	0%	27	0%	24	0%	19	0%	3	0%
Outros	647	7%	656	5%	665	4%	645	4%	633	3%
Total Geral	9769	100,0%	12744	100,0%	16188	100,0%	18020	100,0%	19574	100,0%

Fonte: ANATEL

Em 2014, apenas as duas principais distribuidoras, TELMEX e SKY/DIRECTV, eram responsáveis pela entrega do produto audiovisual de acesso condicionado a 80,8% dos assinantes, sendo que os 19,2% restantes eram divididos entre mais de 6 operadoras.

Além dos dados apresentados, é importante destacar que o mercado audiovisual de acesso condicionado se encaixa no que Calixto Salomão Filho chama de mercados instáveis, mercados de acesso e permanência controlados. A Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), através do Regulamento do Serviço de Acesso Condicionado (SeAC), anexo à Resolução nº 581, de 26 de

março de 2012⁹⁴, estabelece os critérios viabilizadores da prestação deste serviço, caracterizando, portanto, o controle de entrada e permanência no mercado.

Ainda segundo o autor, a regulação dos mercados de acesso e permanência controlados se faz necessária para viabilizar a “segurança e integridade física e econômica dos indivíduos e da nação⁹⁵”. As restrições de entrada e permanência, apesar de garantirem a proteção da concorrência externa, originam um problema: privilegia-se as grandes empresas; questão que, como ilustrada pelos dados apresentados, é constatada no mercado audiovisual de acesso condicionado.

Entende-se, como anteriormente analisado, que o verdadeiro objetivo do Estado Regulador é garantir a igualdade entre os agentes econômicos, portanto mais que justificada é a regulação no mercado audiovisual de acesso condicionado. Porém, a assimetria regulatória é um problema que se coloca da seguinte forma: como se universalizará o serviço de audiovisual de acesso condicionado, intimamente relacionado ao direito fundamental à comunicação, ao mesmo tempo em que se garante a igualdade de condições entre os agentes econômicos? A Lei 12.485/11 parece ser um primeiro passo na tentativa de resolução deste novo problema, como se estudará no próximo capítulo.

⁹⁴ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Resolução nº 581, de 26 de março de 2012**. Aprova o Regulamento do Serviço de Acesso Condicionado (SeAC) bem como a prestação do Serviço de TV a Cabo (TVC), do Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal (MMDS), do Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura via Satélite (DTH) e do Serviço Especial de Televisão por Assinatura (TVA). Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/34-2012/139-resolucao-581>. Acessado em 11 de janeiro de 2015.

⁹⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 46-47.

4. A LEI 12.485/11

O foco deste terceiro e último capítulo recai sobre a Lei 12.485/11 propriamente dita. Lançando mão dos conceitos de estado regulador e mercado audiovisual de acesso condicionado anteriormente trabalhados, assim como suas respectivas relações com os direitos fundamentais, será possível concluir se a ossatura legal responde aos princípios de promoção da diversidade cultural e o estímulo à produção nacional, questionando se isto enquadra-se no proposto pelo Estado Regulador. Inicialmente, trabalhar-se-á o período pré Lei 12.485/11, descrevendo as quatro fases que a antecederam: o pré-mercado, a fase de pulverização, a de ordenação e a de definição. Assim, será possível entender quais foram as normatizações que incidiram sobre o mercado audiovisual de acesso condicionado e de que formas elas contribuíram para construir o contexto propício para a promulgação da Lei 12.485/11.

Em seguida, estudar-se-á a fase de elaboração e aprovação da lei com uma breve descrição dos cinco pré-projetos que a antecederam, assim como o jogo político necessário para culminar em sua promulgação. Posteriormente, analisar-se-á as Ações Diretas de Inconstitucionalidade interpostas no Supremo Tribunal Federal como reações às mudanças trazidas pela Lei em questão. Além dos argumentos utilizados pelos autores das ações, apresentar-se-ão falas realizadas em audiência pública perante o STF, assim como o voto do relator, Ministro Luiz Fux, quando do julgamento das ADIs.

Por fim, o foco recai no problema de pesquisa propriamente dito, e responder-se-á se o incentivo à produção nacional e a promoção da diversidade cultural, aos moldes previstos pela Lei 12.485/11, harmonizam-se com o proposto pelo Estado Regulador.

4.1. O MERCADO AUDIOVISUAL DE ACESSO CONDICIONADO PRÉ LEI 12.485/11

Primeiramente, é necessário pontuar que a expressão mercado audiovisual de acesso condicionado é aqui utilizado de maneira imprópria. A nomeação do objeto deste mercado como serviço de audiovisual de acesso condicionado (SeAC) lhe foi conferida pela Lei 12.485/11. Portanto, entende-se que, mesmo que de forma anacrônica, o emprego do termo seja o mais adequado e esclarecedor para o momento.

Este subcapítulo, embasado na dissertação de mestrado de Heverton Souza Lima⁹⁶ e na tese de doutorado de Valério Cruz Brittos⁹⁷, descreve as quatro fases do mercado audiovisual de acesso condicionado anteriores a entrada em vigor da Lei 12.485/11: o pré-mercado, a fase de pulverização, a fase de ordenação e a fase de definição. A análise de cada período centrar-se-á na influência que a legislação da época exerceu sobre o mercado, para que, no próximo sub-capítulo, seja possível entender qual o contexto que possibilita o surgimento da Lei 12.485/11.

4.1.1. O pré-mercado

O pré-mercado, fase embrionária que abrange os anos de 1971 a 1987, é caracterizado pela inexistência de legislação concomitante com a tentativa de definição do mercado. O governo e os recém-chegados operadores televisivos pretendiam implantar um sistema de televisão por assinatura sem que o assunto fosse discutido pelo Congresso Nacional ou com a sociedade, assim evitando a entrada de novos concorrentes. Apesar das primeiras tentativas de oferecimento do serviço, que se resumiam à transmissão de canais abertos com qualidade de sinal, entre 1975 e 1978 o tema é congelado, visto que forma se denunciaram tais tentativas de implantação sem debate.

Após 1978, apesar de ausente qualquer legislação, surgem algumas iniciativas de SMATV (Satellite Master Antenna Television) que captavam os sinais de satélite e os redistribuíam, via cabo, para um edifício, conjunto de prédios ou hotel. Já em 1986, na cidade Presidente Prudente em São Paulo, surge a primeira operadora de TV a cabo. A legislação, porém, só aparece em 1988 e dá início ao que Brittos chama de fase de pulverização.

4.1.2. A fase de pulverização

Em 1988, surgem os primeiros textos legais, dando início a fase de pulverização, a qual se estende até 1992. O Decreto 95.744, de 23 de fevereiro de 1988, inicia a regulamentação do chamado Serviço Especial de Televisão por Assinatura que, à época, abrangia as tecnologias de UHF (Ultra High Frequency) e satélite. Em 21 de junho do mesmo ano, através da Portaria nº 143, o Ministério

⁹⁶ LIMA, Heverton Souza. **A Lei da TV Paga: impactos no mercado audiovisual**. 2015. 162 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade de São Paulo, Escola de Comunicação e Artes, Programa de Pós-Graduação em Meios e Processos Audiovisuais, São Paulo, 2015.

⁹⁷ BRITTOS, Valério Cruz. **Capitalismo contemporâneo, mercado brasileiro de televisão por assinatura e expansão transnacional**. 2011. 425 f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Comunicação, Programa de Pós-Graduação em Comunicação e Cultura Contemporâneas, Salvador. 2001.

das Comunicações dispõe sobre o serviço de recepção de sinais de TV via satélite e distribuição por meios físicos. Já no ano seguinte, esta portaria é substituída pela de nº 250, que implanta o serviço de DISTV (Distribuição de sinais de TV por Meios Físicos).

Durante o governo de José Sarney, através da Portaria nº 143, são concedidas autorizações para quatro empresas implantarem redes de cabo que, posteriormente, se equiparam às autorizações de DISTV. Já no governo Collor, através da Portaria nº 250, foram liberadas 102 novas autorizações. A disponibilização de outorgas de cabo é suspensa em 21 de março de 1991, através da Portaria nº 36. Paralelamente, começa o processo de cabeamento do país, ao mesmo tempo em que se inicia um estudo jurídico para embasar futuras outorgas, através da Portaria nº 51, de 03 de junho de 1991.

A fase de pulverização é marcada, portanto, pelo lançamento de atores do mercado; como se demonstrou anteriormente, em pouco mais de três anos, 106 autorizações de DISTV foram concedidas. Além disso, duas tendências caracterizam este período: os canais, em sua grande maioria, não são desenvolvidos ou adaptados⁹⁸ para o Brasil e os atores do mercado são pouco articulados, não se distinguindo dentro da cadeia de valor⁹⁹.

Apesar da indefinição dos atores dentro da estrutura produtiva, da instabilidade dos textos legais e da incerteza dos caminhos tecnológicos¹⁰⁰ que não permitiram a delimitação das estratégias concorrenciais, na fase de pulverização é marco do início do movimento que conduz à oligopolização que, até hoje, caracteriza o mercado audiovisual de acesso condicionado, como visto no capítulo anterior.

4.1.3. A fase de ordenação

A fase de ordenação, que abarca os anos de 1993 e 1994, termina de modelar a estrutura oligopolista do mercado. As autorizações concedidas no período de pulverização são vendidas, por preços exorbitantes¹⁰¹, reduzindo e selecionando os agentes econômicos que continuariam a atuar.

⁹⁸ Os canais estrangeiros eram, basicamente, retransmitidos na íntegra, sem qualquer preocupação com dublagem ou legendagem.

⁹⁹ Um mesmo agente econômico, à época, era responsável pela operação (distribuição de sinal) e pela programação, o que prejudica a racionalidade empresarial.

¹⁰⁰ Algumas empresas, como a Globosat e a TVA, apostaram na distribuição via satélite, tecnologia cara que, com o passar do tempo, se mostrou defasada; sendo a distribuição por cabo a tecnologia futuramente adotada pelo Brasil.

¹⁰¹ [criou-se] “(...) um mercado paralelo de venda de autorizações, cujos preços por unidade, no princípio do processo, eram de, no máximo, US\$ 20 mil e, em 1994, variavam entre US\$ 1 milhão e US\$ 5 milhões.” - BRITTOS, Valério Cruz. **Capitalismo contemporâneo, mercado brasileiro de televisão por assinatura e expansão transnacional**. 2011. 425

Os sobreviventes buscam, agora, parcerias para a implantação de estratégias nacionais, ao mesmo tempo que aumenta a racionalidade empresarial ao separar as atividades de programação e operação. Nesta fase, há um significativo crescimento de investimentos externos, pois as empresas brasileiras, visando solidificação interna e conquista de espaço no exterior, aliam-se ao capital estrangeiro.

O delineamento da concorrência passa a ser mais claro, e constroem-se barreiras estético-produtivas e político-institucionais. Assim, o desenvolvimento técnico e estético superior, a formação de rede capaz de atingir um maior público e a qualidade de sinal são considerados fatores essenciais que influenciam a escolha dos assinantes por um determinado operador.

4.1.4. A fase de definição

A última fase descrita por Brittos é a de definição que, iniciando em 1995, com a entrada em vigência da lei 8.977/95 – conhecida como Lei do Cabo – se estenderia até a época de escrita de sua tese, em 2001. Analisando o mercado, no entanto, observou-se que o rompimento com a fase de definição só se deu efetivamente com a Lei 12.485/11; entende-se, então, que tal fase vai de 1995 a 2011.

Como nos explica Lima: “É possível perceber que o Estado não planejou uma política pública para o setor de audiovisual. As regulamentações foram surgindo para suprir demandas urgentes: privatização das telecomunicações e interesses econômicos do empresariado nacional”¹⁰². A Lei 12.485/11 é a primeira que, de maneira pensada e estratégica, objetiva solucionar as distorções causadas pelo oligopólio caracterizador do mercado audiovisual de acesso condicionado. É justamente esta característica que dá início a uma nova fase, que será objeto de estudo do próximo subcapítulo.

A fase de definição, por sua vez, conta com a formatação nítida do mercado e a definição da tecnologia de transmissão a ser utilizada: o cabo. A Lei 8.977/95 coloca fim ao mercado paralelo de venda de outorgas de DISTV que marcou a fase de ordenação, além de regulamentar o mercado dando ênfase ao interesse público. Com destaque para o conceito de rede única, rede pública e participação da sociedade, a Lei do Cabo estabelece a obrigatoriedade de transmissão de canais de utilidade

f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Comunicação, Programa de Pós-Graduação em Comunicação e Cultura Contemporâneas, Salvador. 2001. p. 183.

¹⁰² LIMA, Heverton Souza. **A Lei da TV Paga: impactos no mercado audiovisual**. 2015. 162 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade de São Paulo, Escola de Comunicação e Artes, Programa de Pós-Graduação em Meios e Processos Audiovisuais, São Paulo, 2015. p. 33.

pública e, ainda, dispõe que 30% dos canais permanentes fiquem liberados para terceiros sem ligação com a operadora. A Lei, ao criar barreiras legais impeditivas da entrada de capital estrangeiro, traz segurança para que os agentes econômicos nacionais continuem investindo em tecnologia e expansão da base de assinantes.

Em 1997, entra em vigor a Lei Geral das Telecomunicações (Lei 9.472/97) que, a fim de melhorar a qualidade do serviço e universalizar seu acesso, desestatiza o setor; objetivava-se, com ela, atrair o investimento privado, criando competição empresarial. A responsabilidade de transição da desestatização do mercado foi incumbida à ANATEL, agência reguladora criada pela própria Lei.

Diferentemente da Lei do Cabo, a LGT não dispunha sobre a obrigatoriedade de transmissão de canais de interesse público e nem continha qualquer incentivo para fortalecer a produção independente. Criou-se, então, uma situação imprópria: a expansão do mercado de televisão a cabo era freado pela impossibilidade de entrada de empresas de capital estrangeiro no mercado, ao passo que outras tecnologias, como MMDS e DTH, submetidas ao regime legal da LGT, poderiam receber o incentivo do capital externo. Apesar da possibilidade, as empresas entrantes de capital estrangeiro aliaram-se às empresas nacionais, focando-se nas atividades de empacotamento e programação; portanto, ao contrário do proposto pela lei, não se incentivou a concorrência, mas sim fortaleceu-se o oligopólio.

4.2. A LEI 12.485/11

Este subcapítulo destina-se, inicialmente, a estudar a fase pré-promulgação da Lei 12.485/11. Assim, será dado um panorama sobre os Projetos de Lei que levaram à construção do texto legal e, também, o jogo político que o rondou e que, em grande parte, justifica a polêmica em torno do marco regulatório. Em seguida, como reações trazidas às mudanças propostas pela Lei, analisar-se-ão as quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade interpostas no STF. Os argumentos dos autores serão apresentados juntamente com as falas da audiência pública realizada perante o Supremo. Porém, as alegações serão rebatidas com outros pontos levantados em audiência pública, conjuntamente com o voto do Ministro Relator.

4.2.1. A fase de elaboração e aprovação da lei 12.485/11¹⁰³

A normatização do mercado audiovisual pela Lei do Cabo e pela LGT se mostra inapropriada diante da nova conjuntura e, portanto, para resolução dos novos problemas que se apresentam. Os grupos econômicos nacionais, após altos investimentos na infraestrutura tecnológica do setor cumulada com o processo de expansão das redes de transmissão, enfrentavam dificuldades financeiras; não podendo, no entanto, recorrer às empresas de capital estrangeiro devido às barreiras legais impostas pela Lei do Cabo. Era necessário, portanto, alterar a estrutura verticalizada do setor, na qual os poucos grupos econômicos nacionais concentravam todas as atividades da cadeia produtiva.

O conflito de interesses, porém, era imenso. Uma nova lei regulamentadora do setor deveria conciliar os interesses das empresas nacionais já atuantes no mercado, das empresas de telecomunicações de capital estrangeiro, dos radiodifusores e, para além disso, o interesse público, do cidadão. Este foi o grande desafio que culminou na Lei 12.485/11.

Em 2007, iniciou-se o debate sobre a nova regulamentação do mercado audiovisual, quando se propôs quatro Projetos de Leis distintos:

O PL 29/2007 objetivava abrir o mercado de televisão por assinatura para as empresas de capital estrangeiro através da revogação da restrição imposta pela Lei do Cabo.

O PL 70/2007, por sua vez, propunha fazer uma abertura limitada de forma a proteger as empresas nacionais de comunicação. As telecomunicadoras de capital estrangeiro poderiam atuar na atividade de distribuição, sendo que as outras atividades necessariamente deveriam ser controladas por brasileiros ou empresas brasileiras¹⁰⁴.

O PL 332/2007 criava o conceito de comunicação eletrônica e ia contra a verticalização do setor, ao abrir a cadeia produtiva e estabelecer parâmetros para sua regulação. Segundo o Projeto de Lei, a comunicação eletrônica abrangeria tanto as empresas de telecomunicação, quanto as de radiodifusão, pois seu público-alvo era o mesmo. A proposta era que houvesse cotas de exibição de 15% para conteúdos de produtoras independentes e, nas emissoras de radiodifusão, 30% reservado para produções regionais. Além disso, manter-se-ia a transmissão obrigatória dos canais de interesse

¹⁰³ LIMA, Heverton Souza. **A Lei da TV Paga: impactos no mercado audiovisual**. 2015. 162 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade de São Paulo, Escola de Comunicação e Artes, Programa de Pós-Graduação em Meios e Processos Audiovisuais, São Paulo, 2015. p. 21-33.

¹⁰⁴ Entende-se legalmente como empresa brasileira aquela com, no mínimo, 70% do capital votante pertencente a brasileiros.

público. A mobilização dos radiodifusores fez com que a proposta fosse rapidamente descartada, porém há de se destacar o conflito gerado por este PL.

Tendo como principal representação “ABPITV¹⁰⁵ e ANCINE x ABTA¹⁰⁶ e ABPTA¹⁰⁷”, o conflito consistia no debate sobre o acesso de conteúdos de produtoras independentes às grades de programação dos canais. Enquanto ABPITV e ANCINE propunham uma cota de exibição de 50% de conteúdo nacional, dos quais 10% eram reservados aos independentes; ABTA e ABPTA faziam oposição, inclusive mobilizando os assinantes através de campanhas contra a “intervenção na sua TV”.

Por fim, o PL 1908/2007, não traz grandes inovações em relação ao PL 332/07, tendo como principal objetivo combater a verticalização do setor.

O acúmulo do debate faz surgir um novo Projeto de Lei, o PL 116/10. As discussões revelaram a necessidade de amoldar demandas discrepantes sem suprimir a representatividade do projeto. “(...) é possível observar como as demandas dos agentes tiveram que se acomodar, mesmo com divergências, de maneira que cada um elegesse os interesses principais nessa negociação e cedesse outros para que o projeto pudesse ser encaminhado para aprovação”¹⁰⁹. Assim, após diversos acordos para a aprovação, surge a Lei 12.485/11. O descontentamento de alguns atores, porém, leva a interposição de ADIs questionando a constitucionalidade da nova lei reguladora do mercado audiovisual de acesso condicionado.

4.2.2. As ADIs como reações às mudanças trazidas pela Lei 12.485/11

A primeira reação às mudanças trazidas pela Lei 12.485/11 aparece dois meses após sua promulgação, com a interposição da Ação Direita de Inconstitucionalidade 4679, pelo partido Democratas (DEM). Em 2012, a Associação NEO TV e a ABRA – Associação Brasileira de Radiodifusores – questionam a constitucionalidade da lei através das ADIs 4747 e 4756, respectivamente. Por fim, já em 2013, a ABTVU – Associação Brasileira de Televisão por Assinatura em UHF – manifesta seu descontentamento perante o Supremo Federal Tribunal.

¹⁰⁵ Associação Brasileira de Produtores Independentes de Televisão.

¹⁰⁶ Associação Brasileira de Televisão por Assinatura.

¹⁰⁷ Associação Brasileira de Programadores de Televisão por Assinatura.

¹⁰⁹ LIMA, Heverton Souza. **A Lei da TV Paga: impactos no mercado audiovisual**. 2015. 162 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade de São Paulo, Escola de Comunicação e Artes, Programa de Pós-Graduação em Meios e Processos Audiovisuais, São Paulo, 2015. p. 39.

O julgamento das quatro ações, todas de relatoria do Ministro Luiz Fux, ficou conhecido como o julgamento sobre o marco regulatório da TV por assinatura e iniciou-se após audiência pública no Supremo em fevereiro de 2013. Em 25 de junho de 2015, o Ministro Relator proferiu seu voto dando parcial procedência a ADI 4679 para declarar inconstitucional o art. 25 da Lei 12.485/11 e improcedendo as demais ações. Após suspensão, em 5 de agosto de 2015, retomou-se com o julgamento, quando mais quatro ministros proferiram seus votos. A Ministra Rosa Weber, assim como os Ministros Roberto Barroso e Teori Zavascki, acompanhou o voto do relator, enquanto o Ministro Edson Facchin entendeu pela total constitucionalidade da lei. O Ministro Dias Toffoli pediu vista do processo, interrompendo o julgamento que, até hoje, não teve continuidade.

Apesar da ausência de uma posição definitiva do Supremo Tribunal Federal, faz-se útil para o presente trabalho analisar o conteúdo das Ações Direitas de Inconstitucionalidade, da audiência pública e do voto do relator. Primeiramente, será dado um panorama geral do caso, sendo possível selecionar o que colaborará melhor com o problema de pesquisa para, posteriormente, entrar em suas minúcias.

Em termos gerais, doze artigos da lei tiveram sua constitucionalidade formal questionada, juntamente com indagação da constitucionalidade material de mais vinte artigos. O Ministro Relator agrupou as questões sobre constitucionalidade material em onze tópicos, organização que será aproveitada para o presente trabalho.

A inconstitucionalidade formal foi levantada apenas pelo Democratas que, na ADI 4679, argumentou pela inconstitucionalidade dos artigos 9, parágrafo único; 10; 12; 13; 15; 19, § 3º; 21; 22; 25, §1º; 31, *caput*; 36 e 42; por entender que a legislação sobre a matéria era de iniciativa privada do Chefe do Executivo.

Já em relação a inconstitucionalidade material, discutiram-se as seguintes questões:

- a) Restrições à propriedade cruzada ¹¹⁰ e vedação à verticalização de cadeia de valor de audiovisual¹¹¹;
- b) Extensão dos poderes normativos conferidos à Agência Nacional de Cinema - ANCINE¹¹²;

¹¹⁰ 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. In: BRASIL. **Lei n. 12.485, de 12 de setembro de 2011**, Dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado; altera a Medida Provisória no 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e as Leis nos 11.437, de 28 de dezembro de 2006, 5.070, de 7 de julho de 1966, 8.977, de 6 de janeiro de 1995, e 9.472, de 16 de julho de 1997; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12485.htm> Acessado em 04 de janeiro de 2016.

¹¹¹ 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. In: BRASIL. **Lei n. 12.485, de 12 de setembro de 2011**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12485.htm> Acessado em 04 de janeiro de 2016.

¹¹² Art. 9º As atividades de produção, programação e empacotamento são livres para empresas constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no País.

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

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

Art. 22. Regulamentação da Ancine disporá sobre a fixação do horário nobre, respeitado o limite máximo de 7 (sete) horas diárias para canais de programação direcionados para crianças e adolescentes e de 6 (seis) horas para os demais canais de programação. In: BRASIL. **Lei n. 12.485, de 12 de setembro de 2011**, Dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado; altera a Medida Provisória no 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e as Leis nos 11.437, de 28 de dezembro de 2006, 5.070, de 7 de julho de 1966, 8.977, de 6 de janeiro de 1995, e 9.472, de 16 de julho de 1997; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12485.htm> Acessado em 04 de janeiro de 2016.

- c) Restrição à participação de estrangeiros nas atividades de programação e empacotamento de conteúdo audiovisual de acesso condicionado¹¹³;
- d) Exigência de prévio credenciamento junto à ANCINE para exercício das atividades de programação e empacotamento¹¹⁴; dever de prestar informações solicitadas pela agência para fins de fiscalização do cumprimento das obrigações de programação, empacotamento e publicidade¹¹⁵; e vedação à distribuição de conteúdo empacotado por empresa não credenciada pela ANCINE¹¹⁶;
- e) Cotas de conteúdo nacional¹¹⁷;

¹¹³ Art. 10. A gestão, a responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção inerentes à programação e ao empacotamento são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 (dez) anos.

§ 1º As programadoras e empacotadoras deverão depositar e manter atualizada, na Ancine, relação com a identificação dos profissionais de que trata o caput deste artigo, os documentos e atos societários, inclusive os referentes à escolha dos dirigentes e gestores em exercício, das pessoas físicas e jurídicas envolvidas na sua cadeia de controle, cujas informações deverão ficar disponíveis ao conhecimento público, inclusive pela rede mundial de computadores, excetuadas as consideradas confidenciais pela legislação e regulamentação, cabendo à Agência zelar pelo sigilo destas. In: BRASIL. **Lei n. 12.485, de 12 de setembro de 2011.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12485.htm> Acessado em 04 de janeiro de 2016.

¹¹⁴ Art. 12. O exercício das atividades de programação e empacotamento é condicionado a credenciamento perante a Ancine. In: BRASIL. **Lei n. 12.485, de 12 de setembro de 2011.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12485.htm> Acessado em 04 de janeiro de 2016.

¹¹⁵ Art. 13. As programadoras e empacotadoras credenciadas pela Ancine deverão prestar as informações solicitadas pela Agência para efeito de fiscalização do cumprimento das obrigações de programação, empacotamento e publicidade. In: BRASIL. **Lei n. 12.485, de 12 de setembro de 2011.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12485.htm> Acessado em 04 de janeiro de 2016

¹¹⁶ Art. 31. As prestadoras do serviço de acesso condicionado somente poderão distribuir conteúdos empacotados por empresa regularmente credenciada pela Ancine, observado o § 2º do art. 4º desta Lei.

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

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

¹¹⁷ Art. 16. Nos canais de espaço qualificado, no mínimo 3h30 (três horas e trinta minutos) semanais dos conteúdos veiculados no horário nobre deverão ser brasileiros e integrar espaço qualificado, e metade deverá ser produzida por produtora brasileira independente.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI - os canais ofertados na modalidade avulsa de programação;

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

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

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

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

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

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

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

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

- f) Tempo máximo de publicidade comercial¹¹⁸;
- g) Impossibilidade de oferta de canais que veiculem publicidade comercial direcionada ao público brasileiro contratada no exterior por agência de publicidade estrangeira¹¹⁹;
- h) Outorga do serviço de distribuição de SeAC por autorização administrativa sem necessidade de prévia licitação¹²⁰;
- i) Disponibilização gratuita às prestadoras do SeAC de canais de sinal aberto pelas empresas de radiodifusão de sons e imagens¹²¹;

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

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

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

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

II - 1/3 (um terço) no segundo ano de vigência da Lei. In: BRASIL. **Lei n. 12.485, de 12 de setembro de 2011**, Dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado; altera a Medida Provisória no 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e as Leis nos 11.437, de 28 de dezembro de 2006, 5.070, de 7 de julho de 1966, 8.977, de 6 de janeiro de 1995, e 9.472, de 16 de julho de 1997; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12485.htm> Acessado em 04 de janeiro de 2016.

¹¹⁸ Art. 24. O tempo máximo destinado à publicidade comercial em cada canal de programação deverá ser igual ao limite estabelecido para o serviço de radiodifusão de sons e imagens. In: BRASIL. **Lei n. 12.485, de 12 de setembro de 2011**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12485.htm> Acessado em 04 de janeiro de 2016.

¹¹⁹ Art. 25. Os programadores não poderão ofertar canais que contenham publicidade de serviços e produtos em língua portuguesa, legendada em português ou de qualquer forma direcionada ao público brasileiro, com veiculação contratada no exterior, senão por meio de agência de publicidade nacional. - Único dispositivo entendido pelo Ministro Relator como inconstitucional. In: BRASIL. **Lei n. 12.485, de 12 de setembro de 2011**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12485.htm> Acessado em 04 de janeiro de 2016.

¹²⁰ Art. 29. A atividade de distribuição por meio do serviço de acesso condicionado é livre para empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País, sendo regida pelas disposições previstas nesta Lei, na Lei no 9.472, de 16 de julho de 1997, e na regulamentação editada pela Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel. In: BRASIL. **Lei n. 12.485, de 12 de setembro de 2011**, Dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado; altera a Medida Provisória no 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e as Leis nos 11.437, de 28 de dezembro de 2006, 5.070, de 7 de julho de 1966, 8.977, de 6 de janeiro de 1995, e 9.472, de 16 de julho de 1997; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12485.htm> Acessado em 04 de janeiro de 2016.

¹²¹ Art. 32. A prestadora do serviço de acesso condicionado, em sua área de prestação, independentemente de tecnologia de distribuição empregada, deverá tornar disponíveis, sem quaisquer ônus ou custos adicionais para seus assinantes, em

- j) Possibilidade de cancelamento do registro de agente econômico perante a ANCINE em razão de descumprimento das obrigações criadas pela Lei 12.485/11¹²²;
- k) Regime jurídico de transição¹²³.

todos os pacotes ofertados, canais de programação de distribuição obrigatória para as seguintes destinações. In: BRASIL. **Lei n. 12.485, de 12 de setembro de 2011.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12485.htm> Acessado em 04 de janeiro de 2016.

¹²² Art. 36. A empresa no exercício das atividades de programação ou empacotamento da comunicação audiovisual de acesso condicionado que descumprir quaisquer das obrigações dispostas nesta Lei sujeitar-se-á às seguintes sanções aplicáveis pela Ancine, sem prejuízo de outras previstas em lei, inclusive as de natureza civil e penal:

IV - cancelamento do credenciamento. In: BRASIL. **Lei n. 12.485, de 12 de setembro de 2011.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12485.htm> Acessado em 04 de janeiro de 2016.

¹²³ Art. 37. Revogam-se o art. 31 da Medida Provisória no 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e os dispositivos constantes dos Capítulos I a IV, VI e VIII a XI da Lei no 8.977, de 6 de janeiro de 1995.

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

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

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

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

§ 11. As atuais concessões para a prestação de TVA cujos atos de autorização de uso de radiofrequência estejam em vigor, ou dentro de normas e regulamentos editados pela Anatel, até a data da promulgação desta Lei, poderão ser adaptadas para prestação do serviço de acesso condicionado, nas condições estabelecidas nesta Lei, permanecendo, neste caso, vigentes os atos de autorização de uso de radiofrequência associados pelo prazo remanescente da outorga, contado da data de vencimento de cada outorga individualmente, não sendo objeto de renovação adicional. In: BRASIL. **Lei n. 12.485, de 12 de setembro de 2011,** Dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado; altera a Medida

Apesar da riqueza de debates em todos os tópicos elencados acima, a análise será restrita às primeira e quinta questões, a saber: restrição à propriedade cruzada, vedação à verticalização da cadeia de valor de audiovisual e, ainda, as cotas de conteúdo nacional. Entende-se necessária a restrição na medida em que são estes os questionamentos que mais têm influência sobre o problema de pesquisa, ou seja, são os tópicos que mais colaboram para concluir se a ossatura legal responde aos princípios de incentivo à produção nacional e promoção da diversidade cultural dentro da perspectiva do Estado Regulador.

A restrição à propriedade cruzada, explicitada no artigo 5º §1º da Lei 12.485/11, consiste na limitação da mesma empresa ser proprietária nos setores de telecomunicação e de radiodifusão, de acordo com os termos da lei. Já a proibição, pelo artigo 6º, I e II, da verticalização da cadeia produtiva do audiovisual é o impedimento para as distribuidoras produzirem conteúdos para sua própria veiculação. A inconstitucionalidade apontada nestes artigos seria caracterizada, segundo a Associação NEO TV e a Associação Brasileira de Radiodifusores, pela violação dos artigos 1º, IV¹²⁴; 170, *caput* e IV¹²⁵ e 5º, LIV¹²⁶ da Constituição Federal.

Argumentam as autoras que a lei, ao restringir a propriedade cruzada, pretende impor mecanismo extremamente oneroso na medida em que limita a atuação das empresas, impedindo-as

Provisória no 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e as Leis nos 11.437, de 28 de dezembro de 2006, 5.070, de 7 de julho de 1966, 8.977, de 6 de janeiro de 1995, e 9.472, de 16 de julho de 1997; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12485.htm> Acessado em 04 de janeiro de 2016.

¹²⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; In: BRASIL. **Lei n. 12.485, de 12 de setembro de 2011**, Dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado; altera a Medida Provisória no 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e as Leis nos 11.437, de 28 de dezembro de 2006, 5.070, de 7 de julho de 1966, 8.977, de 6 de janeiro de 1995, e 9.472, de 16 de julho de 1997; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12485.htm> Acessado em 04 de janeiro de 2016.

¹²⁵ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

IV - livre concorrência; In: BRASIL. **Lei n. 12.485, de 12 de setembro de 2011**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12485.htm> Acessado em 04 de janeiro de 2016.

¹²⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; In: BRASIL. **Lei n. 12.485, de 12 de setembro de 2011**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12485.htm> Acessado em 04 de janeiro de 2016.

de deter participação societária. O fato é agravado, ainda, pelo seus resultados incertos, visto que, de acordo com as associações, é impossível mensurar a proteção da concorrência e a tutela do consumidor. Já em relação à verticalização da cadeia, defende-se que o Estado extrapolou o limite de razoabilidade ao interferir na esfera de atuação das distribuidoras, de maneira a reduzir-lhes capacidade competitiva.

A fala de Marcelo Proença, representante da TV Cidade S.A., na audiência pública realizada, no STF, em fevereiro de 2013, pretende ilustrar as consequências concretas da proibição da verticalização da cadeia¹²⁷. De acordo com o representante, a consequência do impedimento recai, principalmente, na pequena empresa que atua em pequenas e médias cidades do interior, produzindo conteúdo de interesse local e distribuindo-o para a comunidade.

O voto do relator, porém, vai de encontro aos argumentos apresentados. Entendeu, o Ministro Luiz Fux, que o Estado pode restringir pontualmente a liberdade de alguns agentes econômicos em prol de todos os outros. Como, no caso concreto, a restrição recai sobre aqueles que, potencialmente, são dotados de poder de mercado, visando a liberdade de todos os outros *players* do setor; justifica-se, portanto, a proibição da verticalização da cadeia e a limitação da propriedade cruzada. Ainda no mesmo sentido, o dever do poder público de proteger a concorrência e defender o consumidor embasa uma postura intervencionista, sem que isso descaracterize o direito à livre iniciativa.

¹²⁷ O primeiro é a questão da propriedade cruzada, ou da segmentação do mercado de TV por assinatura. A Lei 12.485, objeto dessa ação direta de inconstitucionalidade, procura dividir, segmentar o mercado entre aqueles que distribuem o conteúdo e aqueles que produzem o conteúdo, impedindo, em linhas gerais, que uma mesma empresa faça as duas coisas. E qual é o fundamento para isso? Nós precisamos potencializar a concorrência, nós precisamos ampliar a concorrência em benefício do consumidor, permitindo que grandes grupos de telecomunicações distribuam o conteúdo, mas não entrem na sua produção, para que não tomem conta do mercado. (...)

Os pequenos [distribuidores] não têm poder social e não têm poder econômico. São centenas de empresas que faturam um bilhão de reais - quando muito, não chegam a um bilhão de reais por ano -, contra cento e cinquenta bilhões de reais faturados pelos grandes grupos de telecomunicações, ou vinte bilhões de reais que faturam as grandes empresas de radiodifusão. Então, economicamente, eles são inexpressivos e estão sendo tratados exatamente da mesma maneira que as grandes empresas de telecomunicações. A lei não faz essa distinção. Isso é muito importante que se diga. Muito importante. Quer dizer, o legislador se esqueceu? Eu acho que não. (...)

Mas não pode a Lei vedar, ex ante, peremptoriamente, uma pequena prestadora, lá numa cidade do interior, de produzir o seu jornal local, de contratar um talento artístico, num programa de auditório, feito com recursos modestos. É disso que se trata, é disso que estamos falando. Na perspectiva dos pequenos prestadores, na perspectiva das pequenas empresas, o que se revela uma grave injustiça, uma grave inconstitucionalidade. (pág. 269-272). In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Notas Taquigráficas da Audiência Pública**. In: ADI 4679. Requerente: Democratas. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4172054>> Acessado em 24 de janeiro de 2016.

No entendimento do relator, o mercado de comunicação audiovisual de acesso condicionado, enquanto mercado oligopolizado, não aloca eficientemente os recursos, sendo necessária a intervenção estatal para correção das falhas de mercado. A justificativa de intervenção se fortalece na medida em que se associa ao funcionamento imperfeito do mercado de SeAC na produção de nefastos efeitos sobre a liberdade de informação e de expressão¹²⁸.

Para a análise do segundo questionamento selecionado, faz-se necessário um pequeno recuo para se entender o que a Lei 12.485/11 estabelece sobre as cotas de conteúdo nacional. A lei reserva seu quinto capítulo para dispor sobre o conteúdo brasileiro, e nestes dez artigos criam-se dois tipos de cotas: as cotas de pacote e as cotas de canal¹²⁹.

As cotas de pacote determinam que, em todos os pacotes ofertados para assinantes, a cada três canais de espaço qualificado, pelo menos um deverá ser canal brasileiro de espaço qualificado¹³⁰.

¹²⁸ Diante desse quadro fático e jurídico, não me parece que o art. 5º, caput e §1º nem o art. 6º, I e II, ambos da Lei nº 12.485/11, tenham violado qualquer previsão constitucional. Bem ao revés: as regras proibitivas da propriedade cruzada entre os setores de radiodifusão e de telecomunicações, bem como aquelas impeditivas da verticalização da cadeia de valor do audiovisual nada mais fazem do que, direta e imediatamente, concretizar os comandos constitucionais inscritos no art. 170, §4º e 220, §5º, da Lei Maior, no sentido de coibir o abuso do poder econômico e evitar a concentração excessiva do mercado. Cuida-se, portanto, de regras antitruste que buscam prevenir a configuração de falhas de mercado (monopólios e oligopólios) e a distorção alocativa que lhes é correlata.

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. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Notas Taquigráficas da Audiência Pública**. In: ADI 4679. Requerente: Democratas. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4172054>> Acessado em 24 de janeiro de 2016.

¹²⁹ LIMA, Heverton Souza. **A Lei da TV Paga: impactos no mercado audiovisual**. 2015. 162 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade de São Paulo, Escola de Comunicação e Artes, Programa de Pós-Graduação em Meios e Processos Audiovisuais, São Paulo, 2015. p. 48-52.

¹³⁰ Art. 17 da Lei 12.485/11. BRASIL. **Lei n. 12.485, de 12 de setembro de 2011**, Dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado; altera a Medida Provisória no 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e as Leis nos 11.437, de 28 de dezembro de 2006, 5.070, de 7 de julho de 1966, 8.977, de 6 de janeiro de 1995, e 9.472, de 16 de julho de 1997; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12485.htm> Acessado em 04 de janeiro de 2016.

Dessa parcela mínima de canais nacionais, ao menos um terço deverá ser programado por programadora independente¹³¹. Ainda estabelece a obrigatoriedade de veiculação de, no mínimo, dois canais *superbrasileiros*¹³², ou seja, aqueles que veiculam ao menos doze horas diárias de conteúdo audiovisual brasileiro produzido por produtora brasileira independente, sendo que ao menos três são transmitidas em horário nobre¹³³. E, por fim, a necessidade de que um destes canais *superbrasileiros* seja, também, *superindependente*¹³⁴ - aquele que a programadora não é controlada, controladora ou coligada a concessionária de serviço de radiodifusão de sons e imagens¹³⁵. Em termos esquemáticos:

Quadro 1 – Distribuição de canais em pacotes

Programadora Brasileira								Programadora Brasileira Independente			
										★	★
	Oito canais são programados por programadora brasileira										
	Quatro canais são programados por programadora brasileira										
★	Um canal deve veicular 12 horas de produção independente por dia										
★	Um canal não pode ter relação ou vínculo com empresa radiodifusora										

Fonte: ANCINE

As cotas de canal, por sua vez, determinam os canais de espaço qualificado deverão veicular, no mínimo, três horas e trinta minutos semanais de conteúdo brasileiro, sendo que metade deste tempo, uma hora e quarenta e cinco minutos, deverá exibir conteúdo produzido por produtora

¹³¹ Art. 17, §1º da Lei 12.485/11. BRASIL. **Lei n. 12.485, de 12 de setembro de 2011**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12485.htm> Acessado em 04 de janeiro de 2016.

¹³² LIMA, Heverton Souza. **A Lei da TV Paga: impactos no mercado audiovisual**. 2015. 162 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade de São Paulo, Escola de Comunicação e Artes, Programa de Pós-Graduação em Meios e Processos Audiovisuais, São Paulo, 2015. p. 48-49

¹³³ Art. 17, §4º da Lei 12.485/11. BRASIL. **Lei n. 12.485, de 12 de setembro de 2011**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12485.htm> Acessado em 04 de janeiro de 2016.

¹³⁴ LIMA, Heverton Souza. 2015. p. 48-49.

¹³⁵ Art. 17, §5º da Lei 12.485/11. BRASIL. **Lei n. 12.485, de 12 de setembro de 2011**, Dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado; altera a Medida Provisória no 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e as Leis nos 11.437, de 28 de dezembro de 2006, 5.070, de 7 de julho de 1966, 8.977, de 6 de janeiro de 1995, e 9.472, de 16 de julho de 1997; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12485.htm> Acessado em 04 de janeiro de 2016.

brasileira independente¹⁴¹. Ainda faz-se necessário que metade deste conteúdo tenha sido produzido, no máximo, sete anos antes de sua exibição¹⁴².

Tendo em vista o que consiste as cotas de conteúdo nacional introduzidas pela Lei 12.485/11, passa-se agora a analisar os argumentos apresentados nas ADIs para sua inconstitucionalidade e, posteriormente, o entendimento do Ministro Luiz Fux quando do julgamento.

A violação constitucional das cotas de conteúdo nacional estaria no desrespeito dos artigos 1º, IV¹⁴³; 5º, IV, IX e XXXII, LIV¹⁴⁴; 170, *caput*, IV e V¹⁴⁵ e 220, *caput*, §1º¹⁴⁶. Em síntese, haveria infração à livre iniciativa e concorrência, à liberdade de manifestação de pensamento, à liberdade de

¹⁴¹ Art. 16 da Lei 12.485/11. BRASIL. **Lei n. 12.485, de 12 de setembro de 2011**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12485.htm> Acessado em 04 de janeiro de 2016.

¹⁴² Art. 20, I da Lei 12.485/11. BRASIL. **Lei n. 12.485, de 12 de setembro de 2011**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12485.htm> Acessado em 04 de janeiro de 2016.

¹⁴³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; In: BRASIL, Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nºs 1/92 a 53/2006 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nºs 1 a 6/94 - Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2007.

¹⁴⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; In: BRASIL, Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**.

¹⁴⁵ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor; In: BRASIL, Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**.

¹⁴⁶ Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. In: BRASIL, Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**.

comunicação e expressão artística, ao princípio da proporcionalidade, à adequada tutela do consumidor e à liberdade de imprensa e informação jornalística.

As cotas, segundo os autores, nada mais seriam do que reserva de mercado que criaria privilégio mercadológico para as empresas brasileiras frente às de capital estrangeiro. Além disso, por força da obrigatoriedade de transmissão de conteúdo nacional, as programadoras não poderiam decidir livremente o produto a ser oferecido e, ainda mais grave, o assinante não poderia escolher ao que assistir em sua TV¹⁴⁷. Por fim, destacam-se alguns instrumentos alternativos que, com menos interferência do Estado na esfera do particular, obteriam, de acordo com os argumentos expostos nas ADIs, resultados mais eficazes que as cotas; a título de exemplo, cita-se os incentivos fiscais e subsídios, as campanhas de conscientização e fomento e, também, o investimento em educação, treinamento e formação de profissionais.

Entendeu o Ministro Fux que, como a política de cotas é uma escolha regulatória dentre as muitas possíveis, é papel do Supremo analisar sua legitimidade constitucional, para isto faz-se necessária a identificação de seus fundamentos e objetivos. Para o relator, há dois principais fundamentos jurídicos-positivos, a saber, os artigos 221, II¹⁴⁸ e 222, §3^o¹⁴⁹ da Constituição Federal,

¹⁴⁷ Os pacotes de programação que nós temos contêm - como eu disse - a programação internacional, a estrangeira e a brasileira. Como disse o representante da ABPTA, a brasileira é dominante, onde há o silogismo - vamos dizer - da aplicação dessa legislação, é que se colocou o seguinte: nós vamos colocar a regulação nesse pedacinho aonde não tem. Então, dá a impressão de que havia uma carência de conteúdo nacional na TV por assinatura, quando, na verdade, nós estamos fazendo uma lei que afeta somente estes canais que foram apelidados de canais de espaços qualificados. Eles foram, na verdade, qualificados pela lei para sofrerem restrições. Então, a qualificação dele não diz respeito ao mérito desse conteúdo, mas diz respeito à escolha do legislador, por afetar especificamente aquela parte da programação que, justamente, dá a conformação do direito de acesso à informação e da diversidade, porque a Constituição garante a diversidade. E o princípio da televisão por assinatura é justamente essa segmentação e especialização desta diversidade. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Notas Taquigráficas da Audiência Pública**. In: ADI 4679. Requerente: Democratas. 2013. p. 122. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4172054>> Acessado em 24 de janeiro de 2016.

¹⁴⁸ Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:
II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação. In: BRASIL. **Lei n. 12.485, de 12 de setembro de 2011**, Dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado; altera a Medida Provisória no 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e as Leis nos 11.437, de 28 de dezembro de 2006, 5.070, de 7 de julho de 1966, 8.977, de 6 de janeiro de 1995, e 9.472, de 16 de julho de 1997; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12485.htm> Acessado em 04 de janeiro de 2016.

¹⁴⁹ Art. 222. A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País.

bem como o artigo 6º da Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais¹⁵⁰ e, ainda, existem dois objetivos materiais, que se resumem à promoção da igualdade entre produtos brasileiros e estrangeiros e da diversidade da programação ofertada ao assinante.

Os artigos constitucionais supracitados, ao determinarem que os meios de comunicação social eletrônica¹⁵¹ devem orientar-se pelos princípios de promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente, legitimam a adoção de uma política de cotas. Legitimação reforçada pelo artigo 6º da Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, internalizada pelo Decreto n. 6.177/07, que dispõe que cada parte signatária poderá adotar instrumentos de proteção e promoção da diversidade de suas próprias expressões culturais.

Já o primeiro objetivo material, de acordo com o voto proferido pelo Ministro, visa corrigir a desigualdade fático-econômica entre produtos brasileiros e estrangeiros existente no mercado audiovisual de acesso condicionado. O produto estrangeiro, produzido em escala mundial de comercialização, tem seu preço amortizado no próprio país de origem. Sendo seu custo altamente diluído, o preço do produto importado chega ao Brasil extremamente baixo impossibilitando que o produto nacional, que deve amortizar seu preço internamente, compita em condições de igualdade. As cotas vem, portanto, como uma medida de reequilíbrio, “não se trata de reserva de mercado; se trata de uma questão concorrencial e de equilibrar as condições de competição entre conteúdos importados e nacionais”¹⁵².

§ 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. In: BRASIL. **Lei n. 12.485, de 12 de setembro de 2011**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12485.htm> Acessado em 04 de janeiro de 2016.

¹⁵⁰ Artigo 6 - Direitos das Partes no âmbito nacional:

1º No marco de suas políticas e medidas culturais, tais como definidas no artigo 4.6, e levando em consideração as circunstâncias e necessidades que lhe são particulares, cada Parte poderá adotar medidas destinadas a proteger e promover a diversidade das expressões culturais em seu território. (...). In: BRASIL. **Decreto no 6.177, de 1o de Agosto de 2007**. Promulga a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, assinada em Paris, em 20 de outubro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6177.htm> Acessado em 24 de janeiro de 2016.

¹⁵¹ Incluindo, portanto, os meios de comunicação audiovisual de acesso condicionado

¹⁵² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Voto do Ministro Relator Luiz Fux**. In: ADI 4679. Requerente: Democratas - DEM. 2015. p. 203. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4679.pdf>> Acessado em 24 de janeiro 2016.

O segundo fundamento material recai sobre a ampliação da diversidade de conteúdo oferecido ao assinante. O mercado audiovisual de acesso condicionado, se livre, tende à homogeneização. A oferta de conteúdo, ao contrário do que se pensa, não é resultado da preferência do consumidor. Os agentes econômicos, pois economicamente racionais, concentram na distribuição do gosto mediano ao invés de promover a diversidade de conteúdo, comportamento economicamente arriscado¹⁵³. Assim, a liberdade do consumidor tão reclamada pelos autores das ADIs é, em realidade, ampliada pela adoção da política de cotas. Com o livre mercado, a escolha do consumidor é sempre limitada pelas opções homogêneas oferecidas pelos agentes econômicos; já com as cotas, há uma tendência de diversificação e pluralização da oferta, ampliando, portanto, a liberdade de escolha do assinante.¹⁵⁴

Ainda em seu voto, o Ministro Luiz Fux rebate que, apesar da existência de alternativas menos onerosas, nenhuma delas se mostra tão eficiente quanto a política de cotas. O incentivo à produção nacional sempre foi um dos motes da ANCINE, porém, apesar dos esforços da agência, a produção brasileira continuou marginalizada. A Lei 12.485/11 já apresenta resultados de uma mudança substancial no quadro fático do mercado audiovisual de acesso condicionado, como demonstram os dados expostos em audiência pública.

Já sobre a restrição da liberdade de iniciativa e expressão da empresa estrangeira, esclarece o Ministro que não há um impedimento de comercialização do produto e, muito menos, do acesso destes agentes ao mercado. A Lei 12.485/11 apenas garante uma demanda mínima para os produtos nacionais que, se comparada a porcentagem obrigatória estabelecida por outros países ou com a grade total de programação do canal, é ínfima.

Por fim, sustenta que a política de cotas é uma “medida transitória e cautelosa arquitetada pelo legislador como resposta temporária à fragilidade do mercado audiovisual brasileiro frente ao poder

¹⁵³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Voto do Ministro Relator Luiz Fux**. In: ADI 4679. Requerente: Democratas - DEM. 2015. p. 144. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4679.pdf>> Acessado em 24 de janeiro 2016.

¹⁵⁴ 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 nº12.485/11 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.

econômico internacional. Espera-se que, uma vez fortalecida, a indústria pátria possa caminhar por suas próprias pernas e ofertar produtos competitivos interna e externamente”¹⁵⁵.

Disto, conclui-se que a Lei 12.485/11, em especial quando restringe a propriedade cruzada, veda a verticalização da cadeia de valor de audiovisual e estabelece cotas de conteúdo nacional, traz grandes mudanças para o mercado audiovisual de acesso condicionado que, naturalmente, provocam o descontentamento daqueles agentes econômicos já estabelecidos no setor. As ADIs interpostas não representam nada mais que a judicialização deste desagrado; o Supremo Tribunal tem, no entanto, tratado a matéria de maneira séria e responsável, ouvindo, inclusive, a sociedade, para julgar o assunto com maestria, já demonstrada no voto do relator.

4.3. A LEI 12.485/11 E O ESTADO REGULADOR

Este subcapítulo visa responder o problema de pesquisa propriamente dito. Assim, em um primeiro momento, a análise limita-se ao incentivo à produção nacional na Lei 12.485/11, sua justificativa no texto legal, aos instrumentos para sua efetivação e, finalmente, à harmonização do previsto pela lei com o proposto pelo Estado Regulador. Posteriormente, o foco recai na promoção da diversidade cultural, permitindo descrever características do mercado audiovisual de acesso condicionado que trazem consigo a homogeneização da programação e os mecanismos estabelecidos pela lei que buscam romper com esta realidade e promover a diversidade. Finalmente, concluir-se-á que os instrumentos legais de promoção da igualdade também estão em consonância com as propostas do Estado Regulador.

4.3.1. O incentivo à produção nacional na lei 12.485/11

A Lei 12.485/11 é guiada por uma série de princípios norteadores que estão listados nos incisos de seu artigo 3º. Para o presente tópico, três dos princípios se mostram relevantes. Inicialmente, dispõe o inciso IV, que a comunicação audiovisual de acesso condicionado será guiada pelo “estímulo à produção independente e regional”¹⁵⁶. Corroborando com o incentivo à produção

¹⁵⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Voto do Ministro Relator Luiz Fux**. In: ADI 4679. Requerente: Democratas - DEM. 2015. p. 81. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4679.pdf>> Acessado em 24 de janeiro 2016.

¹⁵⁶ Art. 3º, IV da Lei 12.485/11. BRASIL. **Lei n. 12.485, de 12 de setembro de 2011**, Dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado; altera a Medida Provisória no 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e as Leis nos 11.437, de 28 de dezembro de 2006, 5.070, de 7 de julho de 1966, 8.977, de 6 de janeiro de 1995, e 9.472, de 16 de julho

nacional, mesmo que de forma indireta, também encontram-se os princípios expressos pelos incisos III e V, que, respectivamente, determinam a “promoção da língua portuguesa e da cultura brasileira”¹⁵⁷ e o “estímulo ao desenvolvimento social e econômico do País”¹⁵⁸ como guias.

Por este motivo, a análise do incentivo à produção nacional na Lei 12.485/11 ganha relevância e, para responder ao presente problema de pesquisa, estudar-se-á se há enquadramento do proposto pela lei na perspectiva de regulação do Estado Regulador.

O mercado audiovisual de acesso condicionado, se relegado à liberdade, cria uma situação de desestímulo à aquisição de produtos nacionais para distribuição. O que Ricardo Pinto e Silva, da Associação Brasileira de Cineastas, em sua apresentação durante a audiência pública perante o STF, chama de asfixia da circulação do conteúdo de produção nacional¹⁵⁹. O material audiovisual é produzido, porém fica retido nos elos seguintes da cadeia de valor do mercado de acesso condicionado, não sendo escolhido para programação. Isto acontece, como explica o Senhor Doutor Carlos Ragazzo, da Fundação Getúlio Vargas, também durante a audiência pública, pela barreira de entrada existente no mercado. O produto estrangeiro, que ao ser produzido em escala mundial de comercialização, tem seu custo amortizado no próprio país de origem, chega ao Brasil com um preço de comercialização baixo; caracteriza-se, assim, a barreira de entrada não suplantada pelo produto brasileiro, que necessita amortizar seus custos internamente.

A Lei 12.485/11, através do estabelecimento de cotas para o conteúdo nacional, das restrições à propriedade cruzada e da vedação à verticalização da cadeia de valor de audiovisual, visa contornar a condição fático-econômica ora exposta, de forma a restabelecer o equilíbrio do mercado para que os produtos audiovisuais nacionais e estrangeiros compitam em condição de igualdade.

A adoção de cotas de pacote e cotas de canal caracterizam uma interferência no elo programador da cadeia produtiva que, por ter suas atividades interligadas, tem importante influência na produção de conteúdo audiovisual nacional. As cotas são um incentivo legal para que as distribuidoras comprem o produto brasileiro. Então, em um primeiro momento, cria-se uma demanda

de 1997; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12485.htm> Acessado em 04 de janeiro de 2016.

¹⁵⁷ Art. 3º, III da Lei 12.485/11. BRASIL. **Lei n. 12.485, de 12 de setembro de 2011**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12485.htm> Acessado em 04 de janeiro de 2016.

¹⁵⁸ Art. 3º, V da Lei 12.485/11. BRASIL. **Lei n. 12.485, de 12 de setembro de 2011**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12485.htm> Acessado em 04 de janeiro de 2016.

¹⁵⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Voto do Ministro Relator Luiz Fux**. In: ADI 4679. Requerente: Democratas - DEM. 2015. p. 52. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4679.pdf>> Acessado em 24 de janeiro 2016

artificial para que os produtores nacionais tenham garantido seu caminho de escoamento. Espera-se então que, com a continuidade da política, a competição entre os produtores nacionais seja estimulada, gerando concorrência, diminuição de preços e, finalmente, a criação de uma demanda real, possibilitando ao produto nacional competir com o importado.¹⁶⁰

Apesar da aparente agressividade da adoção das cotas, a medida não descaracteriza o princípio de intervenção mínima calcado no inciso VI, do artigo 3º da Lei 12.485/11¹⁶¹. Pelo contrário, ele é reforçado, dado que as cotas são ínfimas. A programação semanal total contém 168 horas, das quais apenas 3 horas e 30 minutos necessitam ser reservadas para exibir, nos termos da lei, a produção brasileira. Já em relação às cotas de pacote, o programador pode eleger, dentre uma gama de canais disponíveis, qual mais se adequa à sua programação. Além disso, a Lei 12.485/11 construiu a política para ser uma intervenção temporária. Portanto, não há como caracterizar o excesso de intervenção estatal ao obrigar o programador a adotar cotas de conteúdo nacional.

A restrições à propriedade cruzada e a vedação à verticalização da cadeia de valor de audiovisual, por sua vez, visam evitar o fechamento de mercado. Caso uma única empresa controle as atividades de produção, programação, empacotamento e distribuição ou, ainda, as atividades de radiodifusão e do mercado de SeAC, eles terão vantagens competitivas, inclusive acesso aos *killer applications*¹⁶². Em outras palavras, essas empresas dominariam o mercado ao ter acesso a conteúdos, como competições esportivas, por exemplo, que lhe dessem vantagens competitivas descomedidas a ponto de matar os outros competidores que não tem acesso ao conteúdo.

¹⁶⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Voto do Ministro Relator Luiz Fux**. In: ADI 4679. Requerente: Democratas - DEM. 2015. p. 60-68. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4679.pdf>> Acessado em 24 de janeiro 2016.

¹⁶¹ Art. 3º A comunicação audiovisual de acesso condicionado, em todas as suas atividades, será guiada pelos seguintes princípios:

VI - liberdade de iniciativa, mínima intervenção da administração pública e defesa da concorrência por meio da livre, justa e ampla competição e da vedação ao monopólio e oligopólio nas atividades de comunicação audiovisual de acesso condicionado. In: BRASIL. **Lei n. 12.485, de 12 de setembro de 2011**, Dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado; altera a Medida Provisória no 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e as Leis nos 11.437, de 28 de dezembro de 2006, 5.070, de 7 de julho de 1966, 8.977, de 6 de janeiro de 1995, e 9.472, de 16 de julho de 1997; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12485.htm> Acessado em 04 de janeiro de 2016.

¹⁶² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Voto do Ministro Relator Luiz Fux**. In: ADI 4679. Requerente: Democratas - DEM. 2015. p. 66-68. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4679.pdf>> Acessado em 24 de janeiro 2016.

Os instrumentos regulatórios criados pela lei visam, portanto, estabelecer a igualdade entre agentes econômicos estrangeiros e brasileiros. Questiona-se, porém, o conceito de brasileiro adotado pela lei; tanto os que qualificam o conteúdo audiovisual como nacional¹⁶³, quanto os de produtora e programadora brasileira¹⁶⁴. Argumenta-se que o critério não se vale de parâmetros objetivos e, ao não avaliar o conteúdo audiovisual e sua pertinência com a cultura brasileira, dá margem à manipulação.

¹⁶³ Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

VIII - Conteúdo Brasileiro: conteúdo audiovisual produzido em conformidade com os critérios estabelecidos no inciso V do art. 1º da Medida Provisória no 2.228-1, de 6 de setembro de 2001;

Art. 1º Para fins desta Medida Provisória entende-se como:

V - obra cinematográfica brasileira ou obra videofonográfica brasileira: aquela que atende a um dos seguintes requisitos:

a) ser produzida por empresa produtora brasileira, observado o disposto no § 1º, registrada na ANCINE, ser dirigida por diretor brasileiro ou estrangeiro residente no País há mais de 3 (três) anos, e utilizar para sua produção, no mínimo, 2/3 (dois terços) de artistas e técnicos brasileiros ou residentes no Brasil há mais de 5 (cinco) anos;

b) ser realizada por empresa produtora brasileira registrada na ANCINE, em associação com empresas de outros países com os quais o Brasil mantenha acordo de co-produção cinematográfica e em consonância com os mesmos.

c) ser realizada, em regime de co-produção, por empresa produtora brasileira registrada na ANCINE, em associação com empresas de outros países com os quais o Brasil não mantenha acordo de co-produção, assegurada a titularidade de, no mínimo, 40% (quarenta por cento) dos direitos patrimoniais da obra à empresa produtora brasileira e utilizar para sua produção, no mínimo, 2/3 (dois terços) de artistas e técnicos brasileiros ou residentes no Brasil há mais de 3 (três) anos.

In: BRASIL. **Lei n. 12.485, de 12 de setembro de 2011**, Dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado; altera a Medida Provisória no 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e as Leis nos 11.437, de 28 de dezembro de 2006, 5.070, de 7 de julho de 1966, 8.977, de 6 de janeiro de 1995, e 9.472, de 16 de julho de 1997; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12485.htm> Acessado em 04 de janeiro de 2016.

¹⁶⁴ Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

XVIII - Produtora Brasileira: empresa que produza conteúdo audiovisual que atenda as seguintes condições, cumulativamente:

a) ser constituída sob as leis brasileiras;

b) ter sede e administração no País;

c) 70% (setenta por cento) do capital total e votante devem ser de titularidade, direta ou indireta, de brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 (dez) anos;

d) a gestão das atividades da empresa e a responsabilidade editorial sobre os conteúdos produzidos devem ser privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 (dez) anos;

XXI - Programadora Brasileira: empresa programadora que execute suas atividades de programação no território brasileiro e que atenda, cumulativamente, as condições previstas nas alíneas “a” a “c” do inciso XVIII deste artigo e cuja gestão, responsabilidade editorial e seleção dos conteúdos do canal de programação sejam privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 (dez) anos. In: BRASIL. **Lei n. 12.485, de 12 de setembro de 2011**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12485.htm> Acessado em 04 de janeiro de 2016.

A questão foi discutida no voto do Ministro Luiz Fux quando do julgamento das Ações Direitas de Inconstitucionalidade, mais especificamente aquela proposta pelo Democratas. Entendeu-se que a adoção do critério subjetivo foi pensada, pois, além de ser um critério histórica e internacionalmente adotado, o objetivo da Lei 12.485/11 é fortalecer a indústria audiovisual nacional e a produção independente no país, sendo necessário para tanto identificar os sujeitos beneficiários da norma. Sendo assim, o critério é adequado com o propósito que pretende¹⁶⁵.

Não resta dúvida, portanto, que a Lei 12.485/11, ao regular o mercado audiovisual de acesso condicionado, objetiva incentivar a produção audiovisual nacional. Porém, a orientação da lei harmoniza-se com o proposto pelo Estado Regulador?

Como visto anteriormente, a regulação surge como meio de garantia de igualdade. Seu principal objetivo não é a proteção do mercado ou da concorrência, mas garantir a igualdade entre os agentes econômicos. Na medida que são estabelecidas as condições igualitárias, fortalecem-se as relações econômicas que, como consequência direta, sustentam a existência do mercado e estimulam a concorrência no setor.

A restrição à propriedade cruzada e as limitações de verticalização da cadeia produtiva, como visto anteriormente, visam impedir que um agente detenha o poder de mercado. Paralelamente, o estabelecimento de cotas de conteúdo nacional objetiva criar, tendo em vista que o livre mercado favorece o conteúdo estrangeiro, condições artificiais para que produtos nacionais e importados compitam; para que, então, a concorrência criada possibilite a redução dos preços e a efetiva competição entre produtos brasileiros e estrangeiros.

Assim, é notável uma correspondência entre o proposto pelo Estado Regulador e pela Lei 12.485/11, sendo possível afirmar, portanto, que a regulação proposta para a comunicação audiovisual de acesso condicionado coaduna com o Estado Regulador.

¹⁶⁵ Outrossim, não me parece que uma pretensa primazia de critérios supostamente objetivos fosse mais apropriada para a espécie. Isso porque nem sempre há tamanha objetividade. O tema da obra audiovisual, per se, não é muitas vezes claro o suficiente para permitir uma definição inequívoca acerca de sua pertinência com a cultura do país.

Por mais incrível que possa parecer, o critério subjetivo é, na hipótese, o mais objetivo, fornecendo mais segurança e menos margens a dúvidas. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Voto do Ministro Relator Luiz Fux**. In: ADI 4679. Requerente: Democratas - DEM. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI_4679.pdf> Acessado em 24 de janeiro 2016.

4.3.2. A promoção da diversidade cultural na lei 12.485/11

Dentre os princípios norteadores da comunicação audiovisual de acesso condicionado, a Lei 12.485/11 também consagra, no inciso II do artigo 3º, a “promoção da diversidade cultural e das fontes de informação, produção e programação”, que, assim como o incentivo à produção nacional, deve ser feita com a mínima intervenção estatal possível¹⁶⁶. O princípio de “liberdade de expressão e acesso à informação”, disposto no artigo 1º, reforça, mesmo que indiretamente, a ideia de promoção da diversidade cultural.

Gésio Tássimo Passos, representante do Intervenções Coletivas Brasil de Comunicação Social, em sua fala na audiência pública perante o Supremo, descreve a homogeneização do conteúdo audiovisual que chega ao assinante. No mercado audiovisual de acesso condicionado há uma tendência à uniformização dos produtos oferecidos; os agentes econômicos economicamente racionais se concentram no gosto médio do consumidor, ao invés de promover uma gama diversa de produtos, para não caírem em diferenças prejudiciais¹⁶⁷.

Neste mesmo sentido vai a fala de Veridiana Alimonti, representante do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, IDEC, que questiona qual o real poder de escolha do assinante sobre a programação dentro dos canais. A representante defende que o consumidor é vulnerável frente à seleção de conteúdo feito pelas programadoras. O público não conhece todo o leque de possibilidades que a televisão pode oferecer, seu poder de escolha é privado e limitado pela pré-seleção feita pelas programadoras. Esta característica nada mais é do que a concretização da assimetria do processo comunicacional da teoria de John B. Thompson, anteriormente descrita.

De acordo com os dados da OCA-ANCINE¹⁶⁸, de fevereiro de 2013, dos mais de cem canais de espaço qualificado credenciados, pouco mais de vinte são programados por programadoras brasileiras. Dentre os oitenta canais estrangeiros, setenta e oito são programados por programadoras

¹⁶⁶ Art. 3º, VI da Lei 12.485/11. BRASIL. **Lei n. 12.485, de 12 de setembro de 2011**, Dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado; altera a Medida Provisória no 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e as Leis nos 11.437, de 28 de dezembro de 2006, 5.070, de 7 de julho de 1966, 8.977, de 6 de janeiro de 1995, e 9.472, de 16 de julho de 1997; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12485.htm> Acessado em 04 de janeiro de 2016.

¹⁶⁷ A chamada Lei de Hotelling, elaborada pelo estatístico estadunidense Harold Hotelling, segundo a qual é um princípio racional do mercado que os produtores elaborem seus produtos o mais similares possível. Cf. HOTELLING, Harold. Stability in Competition. **The Economic Journal**. vol. 39, n 153, mar., p. 41-57, 1929. Disponível em <<http://people.bath.ac.uk/ecsjgs/Teaching/Industrial%20Organisation/Papers/Hotelling%20-%20Stability%20in%20Competition.pdf>> Acessado em 06 de janeiro de 2016.

¹⁶⁸ ANCINE. **Informe de Acompanhamento de Mercado - TV Paga: monitoramento de programação em 2013**.

dos Estados Unidos. Sendo que apenas duas programadoras entraram no mercado de SeAC após a década de 90. Dados que ilustram a tendência a falta de diversidade no setor.

A tendência homogeneizante da programação após a seleção feita pelas programadoras é a principal justificativa para a adoção de políticas públicas positivas que minimizem a assimetria e, portanto, garantam a diversidade. Neste sentido é que a Lei 12.485/11 estabelece as cotas de conteúdo nacional. A chegada do produto brasileiro, que como explicado anteriormente não consegue competir em condições de igualdade com o produto importado, representa uma diversificação da grade de programação. Para além disso, a garantia de espaço para produtoras independentes concretiza uma das facetas da dimensão social do direito fundamental à comunicação.

Como já exposto anteriormente, o direito à comunicação tem forte relação com o fortalecimento da democracia e com o desenvolvimento social, econômico e político do país, principalmente em sua dimensão social - que abarca as normas voltadas à tutela dos meios de comunicação de massa, incluindo os direitos de participação. O desenvolvimento tecnológico da comunicação, ao dinamizar o processo comunicativo, cria novos espaços públicos não dominados pelo poder estatal, conferindo à comunicação importante papel na formação da opinião pública. A democratização dos meios, por sua vez, permite que pontos de vista minoritários tenham maior visibilidade e assim, a elaboração de opinião do receptor/cidadão passa a contar com diferentes fontes e diversas visões da mesma informação.

As cotas, a partir do momento em que garantem espaço no mercado de audiovisual de acesso condicionado, para aqueles agentes econômicos antes preteridos, permitem visibilidade aos pontos de vista minoritários, harmonizando-se com o proposto pelo Estado Regulador.

Como já visto reiteradamente, o Estado Regulador visa promover a igualdade entre os agentes econômicos participantes do mercado. As cotas estabelecidas pela Lei 12.485/11 permitem a inserção de novas programadoras no mercado audiovisual, portanto, conforma-se com a proposta regulatória do Estado Regulador. Para além disso, as cotas ajudam a concretizar a dimensão social do direito à comunicação ao dar visibilidade aos pontos de vista minoritários. Logo, novamente há uma aproximação entre o instrumento regulatório introduzido pela Lei 12.485/11 e o Estado Regulador: ambos visam garantir direitos fundamentais.

Para o consumidor, portanto, as medidas são benéficas, pois ampliam as opções de conteúdo e fornecedores. A obrigação é imposta às empresas que devem, agora, cumprir as cotas. O assinante, por sua vez, terá a opção de assistir ao que quiser, dentro de uma programação mais diversa, menos homogênea, que dá voz aos que não tinham acesso ao mercado audiovisual de acesso condicionado antes da promulgação da lei.

5. CONCLUSÃO

A Lei 12.485/11, conhecida popularmente como Lei da TV por assinatura, é o marco regulatório da comunicação audiovisual de acesso condicionado, conceito criado pela própria lei e que inclui qualquer tipo de comunicação que, por meios eletrônicos, emite, transmite e recebe imagens com finalidade de criar impressão de movimento entregando o produto exclusivamente a assinantes.

A regulação do mercado audiovisual de acesso condicionado, por envolver interesses de diversos setores da sociedade, alguns com grande importância política, social e econômica, clamou por um amplo debate anterior à promulgação da Lei. Por isso, o período de discussão e elaboração do texto legal estendeu-se por quase cinco anos e envolveu, além de intensa participação da sociedade, negociação de interesses. Mesmo após o extenso debate, a Lei 12.485/11 gerou descontentamento que, ao ser judicializado, deu origem às ADIs 4679, 4747, 4756 e 4923; que têm seu julgamento ainda em andamento.

O julgamento indica, até o presente momento com o voto de cinco ministros, que as Ações serão desprovidas, ao menos em grande parte, chegando à conclusão de que a Lei 12.485/11 está em conformidade com a Constituição. Portanto, a análise do texto legal e dos instrumentos regulatórios deste trabalho é feito sob baixo risco.

A regulação do mercado audiovisual de acesso condicionado é guiada por uma série de princípios norteadores dispostos no artigo 3º da Lei 12.485/11, que assim determina:

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

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

Escolheu, o presente trabalho, analisar com mais profundidade dois destes princípios, quais sejam: o incentivo à produção nacional (art. 3º, IV) e a promoção da diversidade cultural (art. 3º, II). Pretendendo responder se a Lei 12.485/11, especificamente no que dispõe sobre a concretização destes dois princípios, harmoniza-se com as propostas e objetivos do Estado Regulador.

Como estudado no primeiro capítulo, o Estado Regulador surge como meio de garantir a igualdade e, como consequência, sustenta a existência do mercado e estimula a concorrência no setor regulador. Porém, o problema da assimetria regulatória lhe acomete e, o que antes era apenas necessidade de garantia de igualdade entre os concorrentes, expande-se e complexifica-se, passando a incluir a universalização dos serviços e, portanto, a igualdade entre consumidores, entre cidadãos.

É justamente este ponto que compromete o Estado Regulador com a garantia dos direitos fundamentais, premissa importante para o presente estudo.

O direito à comunicação é, como visto no segundo capítulo, um direito fundamental. Tendo a abrangência e a dupla dimensionalidade como principais características, a comunicação tem íntima relação com o fortalecimento da democracia e com o desenvolvimento social, econômico e político do país, principalmente em se tratando de sua dimensão social, o que permite sua elevação a direito fundamental. Tendo como premissa que a comunicação é direito fundamental e que o audiovisual de acesso condicionado é comunicação, conclui-se que a comunicação audiovisual de acesso condicionado também é direito fundamental.

Como também demonstrado no segundo capítulo, o mercado audiovisual de acesso condicionado é oligopolizado, característica que, juntamente com a fundamentalidade do objeto deste mercado, justificam a intervenção estatal no setor através da regulação.

Assim sendo, a intenção regulatória da Lei 12.485/11 é legítima. Passa-se, então, à análise dos instrumentos regulatórios adotados pela Lei para o incentivo da produção nacional e para a promoção da diversidade cultural, questionando se estão em harmonia com os pressupostos do Estado Regulador.

Inicialmente, é importante ressaltar que a Lei 12.485/11 dividiu a cadeia de valor do mercado audiovisual de acesso condicionado em quatro atividades: produção, programação, empacotamento e distribuição. Concomitantemente, proibiu-se a verticalização da cadeia, de forma que um mesmo agente econômico não possa atuar em mais de um elo. Assim, os distribuidores não podem produzir o conteúdo que vincularão. Também restringiu-se a propriedade cruzada. Portanto, criaram-se limitações para que um mesmo *player* atue no mercado de radiodifusão e de SeAC. A ideia legal é impedir o desenvolvimento de poder de mercado de determinados agentes econômicos, garantindo a entrada e a permanência de novos concorrentes no mercado.

Sabendo da tendência - e realidade - oligopolizante do mercado audiovisual, considera-se a opção regulatória feita pelo legislador acertada, uma vez que se mostra como um primeiro passo para a garantia da igualdade. Não havendo agentes econômicos dominantes na inteira cadeia de valor do mercado de SeAC, cria-se a possibilidade de, futuramente, regular individualmente cada atividade, de forma a garantir a igualdade dentro de cada etapa de processo produtivo.

Ainda dentre os instrumentos regulatórios adotados pela lei, encontra-se o estabelecimento de cotas de conteúdo nacional. Apesar de ser uma iniciativa tímida, dada a baixa porcentagem de vinculação de conteúdo obrigatório, as cotas são uma importante iniciativa para o escoamento da produção nacional. Como debateu-se exaustivamente, o produto estrangeiro é feito para escala global, tendo seu custo amortizado no próprio país de origem, chegando ao Brasil com preços mais baixos

que os do produto nacional, o qual deve amortizar seu custo internamente. As cotas funcionam como incentivo legal para o escoamento desta produção que, mesmo mais cara, deve ser consumida. Pretende-se, com isso, criar condições de igualdade – em um primeiro momento artificiais – para estimular a competição e para que, posteriormente, haja concorrência real entre os produtos brasileiro e estrangeiro.

Estes três instrumentos regulatórios - proibição da verticalização da cadeira, restrição da propriedade privada e estabelecimento de cotas - ao possibilitarem a entrada de novos concorrentes no mercado e escoarem de conteúdo brasileiro, logram incentivar a produção nacional e promover a diversidade cultural.

A concretização destes princípios, porém, tem um pano de fundo em comum: a promoção da igualdade. A igualdade dos produtores independentes e regionais, ao possibilitar sua entrada no mercado de audiovisual de acesso condicionado. Também, a igualdade entre os produtos brasileiro e importado, ao corrigir uma falha estrutural de mercado. E, finalmente, a igualdade cultural, ao abrir espaço para novos conteúdos que se diferenciam da base hegemônica existente no mercado. Assim, não resta dúvidas que a Lei 12.485/11 harmoniza-se com os objetivos do Estado Regulador de garantir a igualdade e promover direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. Aprova o Regulamento do Serviço de Acesso Condicionado (SeAC) bem como a prestação do Serviço de TV a Cabo (TVC), do Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal (MMDS), do Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura via Satélite (DTH) e do Serviço Especial de Televisão por Assinatura (TVA). Resolução nº 581, de 26 de março de 2012. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/34-2012/139-resolucao-581>. Acessado em 11 de janeiro de 2015.

AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ANCINE. **Informe de Acompanhamento de Mercado - TV Paga: monitoramento de programação em 2013**. Disponível em: <<http://oca.ancine.gov.br/media/SAM/2013/Programacao/InformeTVPaga2013.pdf>> Acessado em 24 de janeiro de 2016.

ARANHA, Márcio Iorio. **Manual de direito regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório**. 2ª Edição. Coleford, UK: Laccademia Publishing, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BRASIL, Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nºs 1/92 a 53/2006 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nºs 1 a 6/94 - Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2007.

BRASIL. **Decreto no 6.177, de 1o de Agosto de 2007**. Promulga a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, assinada em Paris, em 20 de outubro de 2005. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6177.htm> Acessado em 24 de janeiro de 2016.

BRASIL. **Lei n. 12.485, de 12 de setembro de 2011**. Dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado; altera a Medida Provisória no 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e as Leis nos 11.437, de 28 de dezembro de 2006, 5.070, de 7 de julho de 1966, 8.977, de 6 de janeiro de 1995, e 9.472, de 16 de julho de 1997; e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12485.htm> Acessado em 04 de janeiro de 2016.

BRITTOS, Valério Cruz. Capitalismo contemporâneo, mercado brasileiro de televisão por assinatura e expansão transnacional. 2011. 425 f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal da

Bahia, Faculdade de Comunicação, Programa de Pós-Graduação em Comunicação e Cultura Contemporâneas, Salvador. 2001.

CARVALHO, Lucas Borges de. **O Controle Público sobre a Programação da TV no Brasil: Entre a censura, a democracia e a liberdade de expressão**. 357 f. Tese (Doutorado) - Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição. Brasília, 2015

CARVALHO NETTO, Menelick. A contribuição do direito administrativo enfocada da ótica do administrado: para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das Leis do Brasil. Um pequeno exercício de Teoria da Constituição. **Revista TST**, Brasília, v. 68, n. 2, p. 67-84, 2002.

DE SOUZA, Luis Eduardo. A transformação do paradigma legal no estado de direito: considerações oportunas. **Estudos de direito público: Desafios e utopia**. Porto Alegre. v.1, n. 1, p. 19-45: Síntese, 2001.

FELIZOLA, Pedro Augusto Maia. O direito à comunicação como princípio fundamental: internet e participação no contexto da sociedade em rede e políticas públicas de acesso à internet no Brasil. O direito à comunicação como princípio fundamental: internet e participação. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, v. 3, n. 1, p. 205-280. Brasília, 2011.

FRANÇA, Declaração dos direitos do homem e do cidadão (1789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>> Acessado em 04 de janeiro de 2016.

HOTELLING, Harold. Stability in Competition. **The Economic Journal**. vol. 39, n 153, mar., p. 41-57, 1929. Disponível em <<http://people.bath.ac.uk/ecsjgs/Teaching/Industrial%20Organisation/Papers/Hotelling%20-%20Stability%20in%20Competition.pdf>> Acessado em 06 de janeiro de 2016.

KUHN, Thomas S.. **A estrutura das revoluções científicas**. 9ª Edição. São Paulo: Perspectiva, 2007.

LASSWELL, Harold D. Estructura y función de la comunicación en la sociedad.

LIMA, Heverton Souza. A Lei da TV Paga: impactos no mercado audiovisual. 2015. 162 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade de São Paulo, Escola de Comunicação e Artes, Programa de Pós-Graduação em Meios e Processos Audiovisuais, São Paulo, 2015.

MCLUHAN, Marshall. FIORE, Quentin. Coordenação de AGEL, Jerome. El medio es el mensaje: un inventario de efectos. Barcelona: Paidós Studio, 1967.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

POLTRONIERI, Ricardo. Regulação Econômica e Regulação Social: Um Exemplo de Normatização Brasileira. (Direito Público n 12, Abr-Maio-Jun/2006 Estudos, Conferências e Notas. X.)

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 4679**. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4679&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acessado em 24 de janeiro de 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 4747**. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4747&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acessado em 24 de janeiro de 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 4756**. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4756&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acessado em 24 de janeiro de 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 4923**. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4923&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acessado em 24 de janeiro de 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notas Taquigráficas da Audiência Pública. In: **ADI 4679**. Requerente: Democratas. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4172054>> Acessado em 24 de janeiro de 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto do Ministro Relator Luiz Fux. In: **ADI 4679**. Requerente: Democratas - DEM. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4679.pdf>> Acessado em 24 de janeiro 2016.

THOMPSON, John B. *Comunicación y contexto social: los medios y la modernidad*. Barcelona: Paidós Studio, 1988.

WIMMER, Miriam. **Direitos, Democracia e Acesso aos Meios de Comunicação de Massa**. 310 f. Tese (Doutorado) - Universidade de Brasília, Faculdade de Comunicação, Programa de Pós-Graduação em Políticas de Comunicação e Cultura. Brasília, 2012

WIMMER, Miriam. O direito à comunicação na Constituição de 1988: o que existe e o que falta concretizar. **ECO-Pós**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 146-165, 2008.

WONNACOTT, Paul; WONNACOTT, Ronald J. *Economia*. 2. ed. São Paulo: Makron Books Brasil, 1994