

## AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.679 DISTRITO FEDERAL

**RELATOR** : MIN. LUIZ FUX  
**REQTE.(S)** : DEMOCRATAS - DEM  
**ADV.(A/S)** : FABRÍCIO JULIANO MENDES MEDEIROS  
**INTDO.(A/S)** : PRESIDENTE DA REPÚBLICA  
**INTDO.(A/S)** : CONGRESSO NACIONAL  
**ADV.(A/S)** : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

### VOTO-VISTA

#### O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

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

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

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

4º, da CF/88.

Em seguida, votaram os Ministros **Roberto Barroso**, **Teori Zavascki** e **Rosa Weber**, que acompanharam o Relator no sentido da parcial procedência do pedido, de modo a se declarar a inconstitucionalidade tão somente do art. 25 da Lei nº 12.485/2011. Foram uníssonos em afirmar que o preceito em questão estabelece uma reserva de mercado em favor das empresas de publicidade brasileiras sem respaldo em nenhuma norma constitucional, violando o princípio da isonomia. Registrou-se haver distinção entre a referida discussão e aquela relativa às cotas de conteúdo nacional, na qual estaria claro o fator de **discrímen** – a saber, a promoção e a valorização da cultura e da produção de conteúdo audiovisual nacionais.

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

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

“Art. 25. Os programadores não poderão ofertar canais que contenham publicidade de serviços e produtos em língua portuguesa, legendada em português ou de qualquer forma direcionada ao público brasileiro, com veiculação contratada no exterior, senão por meio de agência de publicidade nacional.

§ 1º A Ancine fiscalizará o disposto no **caput** e oficiará à Anatel e à Secretaria da Receita Federal do Brasil em caso de seu descumprimento.

§ 2º A Anatel oficiará às distribuidoras sobre os canais de programação em desacordo com o disposto no § 1º, cabendo a elas a cessação da distribuição desses canais após o recebimento da comunicação.”

Cumprе esclarecer precisamente de que trata o dispositivo supratranscrito. Para tanto, rememoro, brevemente, a forma como a Lei nº

## ADI 4679 / DF

12.485/2011 estruturou as atividades que compõem a comunicação audiovisual de acesso condicionado, popularmente conhecida como serviço de TV por assinatura.

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

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

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

A obrigação estabelecida no **caput** art. 25 da Lei nº 12.485/2011 se dirige aos agentes que compõem o segundo elo dessa cadeia econômica, a programação. Segundo o dispositivo, os **programadores** só poderão **ofertar canais** que contenham publicidade de serviços ou produtos em língua portuguesa, com legendas em português ou que, de qualquer forma, seja direcionada ao público brasileiro, com veiculação contratada

no exterior, **por meio de agência de publicidade nacional**. Dito de outro modo, ao organizarem conteúdos audiovisuais na forma de canais de programação, os programadores não poderão incluir na grade peças publicitárias com as características aqui referidas se contratadas por intermédio de agência de publicidade estrangeira.

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

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

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

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

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

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

Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente

existente é 'in concreto', afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles" (**O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 21-22).

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

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

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

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

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

Consoante elucidou o representante da ANCINE na audiência

pública, as produtoras nacionais concorrem no mercado de audiovisual com grandes produtoras estrangeiras, sobretudo americanas, que já possuem amplo mercado consumidor no país de origem e em outros países onde possuem subsidiárias, nos quais os custos de produção são inteiramente absorvidos. Assim, tais obras são adquiridas no Brasil a preços baixíssimos, sendo muito mais competitivas que as obras nacionais, que possuem apenas o mercado consumidor brasileiro para escoar sua produção e cobrir seus custos. Percebe-se, portanto, cenário de acentuada desvantagem competitiva.

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

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

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

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

Registre-se que, na edição de 2016 da Cannes Lions, a publicidade brasileira conquistou 90 (noventa) premiações (10 ouros, 22 pratas e 58

bronzes). Com essa marca, o Brasil mantém-se, desde 2015, na 3ª posição no ranking de países mais premiados do festival, ficando atrás apenas dos Estados Unidos e do Reino Unido. Ressalta-se que, em 2013 e 2014, o Brasil ocupou o 2º lugar do ranking (<http://cannes.meioemensagem.com.br/cobertura2016/leoes/leoes-brasileiros>; <http://canneslions.estadao.com.br/historico-brasil/>).

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

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

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

Nesse quadro, **está evidenciada a inconstitucionalidade do art. 25 da Lei nº 12.485/2011, seja por ofensa ao princípio da isonomia, seja por violação da razoabilidade.** Quanto aos demais preceitos questionados,

**ADI 4679 / DF**

reputo-os constitucionais, nos termos do brilhante voto do Relator.

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

Em revisão