

RELEVÂNCIA E APLICAÇÃO DAS RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEI DO SeAC ÀS ATIVIDADES DE COMUNICAÇÃO AUDIOVISUAL

William Romero

Advogado de Justen, Pereira, Oliveira e Talamini

1. Introdução

A Lei 12.485/2011, também conhecida como Lei do SeAC (Serviço de Acesso Condicionado), condensou a regulamentação de TVs por assinatura no país. Basicamente, estabeleceu um marco regulatório contendo previsões uniformes para o todo o setor de comunicação audiovisual.

O ato normativo, segundo consta do seu art. 3º, foi concebido com vistas a prestigiar a liberdade de expressão e o acesso à informação (inc. I), a promoção da diversidade cultural e das fontes de informação, produção e programação (inc. II), a promoção da língua portuguesa e da cultura brasileira (inc. III), o estímulo à produção independente e regional (inc. IV) e ao desenvolvimento social e econômico do país (inc. V), e à liberdade de iniciativa, com mínima intervenção da Administração 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 (inc. VI).

O presente ensaio examinará as restrições impostas pela Lei 12.485/2011 no intuito de preservar a competitividade e a concorrência no setor – e, portanto, aprofundar-se-á no enfoque ao art. 3º, VI, do diploma.

2. A cadeia de produção da atividade de comunicação audiovisual

A atuação no setor envolve 4 atividades independentes, arroladas nos respectivos incisos do art. 4º da Lei 12.485/2011: produção, programação, empacotamento e distribuição, cujas definições constam expressamente do art. 2º (inc. X, XI, XVII e XX). O ato normativo prevê que a atuação em uma das atividades “não implica restrição de atuação nas demais, exceto nos casos dispostos nesta Lei” (art. 4º, §1º).

3. As restrições impostas pelo art. 5º, §1º, e pelo art. 6º, I e II

Considerando a autonomia entre as atividades desenvolvidas na cadeia produtiva, e tendo em vista a experiência no setor e os objetivos de incentivo e preservação à competitividade, a Lei 12.485/2011 estabeleceu limitações ao

desempenho concomitante, de um lado, de atividades de distribuição, e de outro, de produção e programação.

Dentro dessa proposta, impôs limite à participação societária de empresas de distribuição (“prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo”) em produtoras e programadoras com sede no Brasil, e vice-versa – o que, portanto, configura exceção à regra do art. 4º supramencionada.

É o que consta do art. 5º, *caput*, e de seu §1º, adiante reproduzidos:

“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”.

Estabeleceu também proibição à contratação pelas distribuidoras de direitos de exploração de imagens e contratação de talentos artísticos, conforme se pode observar do art. 6º, I e II:

“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”.

Como se observa, o diploma normativo restringiu a propriedade cruzada entre produtoras, programadoras e distribuidoras, além de ter criado limitações destinadas a impedir a verticalização da cadeia de produção.

4. A chancela das previsões legais pelo STF e seus fundamentos

Em 5.4.2018, foi publicado acórdão do STF que examinou 4 (quatro) ADIs que impugnavam dispositivos da Lei 12.485/2011 (ADIs 4923, 4679, 4747 e 4756).

Somente um dispositivo foi declarado inconstitucional: o art. 25, que impunha aos programadores a contratação de agência de publicidade nacional para ofertar canais contendo publicidade de serviços em língua portuguesa. Quanto ao restante, a norma foi declarada constitucional, inclusive em relação aos aspectos que interessam à presente análise – i.e., arts. 5º e 6º.

A decisão é extensa, e destaca fundamentalmente a viabilidade e a importância de se restringir a liberdade de iniciativa de alguns com vistas a propiciar a atuação de outros empreendedores do mercado de comunicação – notadamente, em função da relevância da atividade, e do risco dessa limitação informativa a um ou outro segmento.

O voto condutor faz referência a manifestações exaradas por variadas Comissões da Câmara dos Deputados como justificativa para as restrições, e as invoca como fundamento.

Primeiro, trata da análise feita pela Comissão de Defesa do Consumidor, que evidencia a relevância da limitação à propriedade cruzada estabelecida pelo art. 5º, I e II. Conclui que *“a abertura indiscriminada do mercado poderia ter efeitos nefastos, dada, principalmente, a potencialidade de ingresso de competidores com excessivo poder de mercado”*.

Depois, menciona o pronunciamento da Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática. Nesse diapasão, destaca a relevância dos preceitos normativos do art. 5º sob um viés econômico, *“Considerando a discrepância entre a magnitude dos setores de telecomunicações e de produção audiovisual”*.

Esclarece também que o texto assegura a proteção das produtoras nacionais contra a competição das grandes prestadoras de serviços de distribuição.

Mais à frente, chama também a atenção para o discurso do Deputado Paulo Roberto Cordeiro, realizado perante a Comissão de Ciência e Tecnologia. A declaração contém relevantes comentários acerca da importância do art. 6º. Lembra que as distribuidoras de conteúdo detêm *“insumo essencial”* na cadeia produtiva, e alerta para o fato de que admitir que estas *“adquiram ou financiem a aquisição de direitos de exploração de imagens e eventos, além de contratar talentos artísticos, estar-se-ia criando um cenário de competição desigual”*.

A decisão conclui então que as normas proibitivas são legítimas, e derivam de ponderação entre os princípios da livre iniciativa, da ordem econômica e da proteção ao consumidor. Nas palavras do voto lavrado pelo Ministro Luiz Fux, as regras concretizam “*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*”.

5. A eficácia das previsões legais e sua possível limitação

Não há dúvida de que os limites impostos pelos arts. 5º e 6º da Lei 12.481/2011 são plenamente eficazes – o que é reforçado pela recente declaração de sua constitucionalidade pelo STF.

Mais que isso: a aplicação de tais restrições deve ser feita considerando as premissas que balizaram o julgamento das ADIs, inclusive para que a *ratio* das normas seja adequadamente atingida.

Dentro desse contexto, chama-se a atenção para o texto da norma do art. 5º, que veda a propriedade cruzada entre distribuidoras, produtoras e programadoras. A limitação alude expressamente a empresas que exerçam programação e produção “com sede no Brasil”.

A questão pode ser problemática, e precisa ser examinada em cada situação concreta à luz da disciplina da Lei 12.485/2011 e das demais pertinentes por ela alteradas e que há tempos regulamentam a questão (MP 2.228-1, IN 91/2010, Lei 11.437/2006, Lei 5.070/1966, dentre outras).

De qualquer modo, cabe advertir para a necessidade de se estabelecer fiscalização para evitar que os propósitos de obstar monopólios e oligopólios, com incentivo à concorrência e proteção ao consumidor, sejam frustrados a partir de operações societárias.

Em síntese, seja pela aplicação do art. 5º ou do art. 6º, é preciso preservar a independência entre os setores da cadeia produtiva, e evitar a sua verticalização.

6. Conclusão

As vedações impostas pelos arts. 5º e 6º, da Lei 12.485/2011, prestam-se a assegurar que haja competitividade e transparência no setor. Considerando a relevância de conteúdo televisivo como formador de opinião, as normas se destinam a evitar concentração de mercado e concretizar balizas elementares da própria democracia.

Muito embora a norma seja de 2011, após o julgamento realizado pelo STF neste ano cabe observar com especial atenção os contornos que serão atribuídos à legislação. O exame deve ser feito caso a caso, mas sempre com prestígio aos fundamentos adotados naquele julgamento para legitimar as restrições e a intervenção na ordem econômica reconhecida como necessária.

Informação bibliográfica do texto:

ROMERO, William. Relevância e aplicação das restrições impostas pela Lei do SeAC às atividades de comunicação audiovisual. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n.º 140, outubro de 2018, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em [data]