

**EXCELENTÍSSIMA SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES,
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF**

<u>Processo:</u>	Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.921
<u>Relator:</u>	Ministro Alexandre de Moraes
<u>Autor:</u>	Partido Democrático Trabalhista – PDT

**O SINDICATO NACIONAL DAS EMPRESAS OPERADORAS DE
TELEVISÃO POR ASSINATURA - SETA**, entidade sindical de base nacional, inscrita no CNPJ sob o nº 00.301.316/0001-13, com sede na Rua Pais de Araújo, nº 29, 8º andar, Itaim Bibi, CEP 04.531-090 (**docs. anexos**), vem, perante Vossa Excelência, por seus advogados, com base no §2º do art. 7º da Lei nº 9.868/1999, no inc. XVIII do art. 21 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no art. 138 do Código de Processo Civil, requerer admissão como **AMICUS CURIAE**, nos termos seguintes.

SUMÁRIO

1. O OBJETO PROCESSUAL E A LEGITIMIDADE DO SETA PARA FIGURAR COMO <i>AMICUS CURIAE</i>	02
2. NOTA INTRODUTÓRIA SOBRE O DEVER DE CARREGAMENTO OBRIGATÓRIO NA DISTRIBUIÇÃO DE TV POR ASSINATURA.....	04
3. INCONSTITUCIONALIDADE FORMA DO NOVO §15 DO ART. 32 DA LEI Nº 12.485/2011.....	12
4. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DO NOVO §15 DO ART. 32 DA LEI Nº 12.485/2011.....	33
5. A NECESSÁRIA IMPLEMENTAÇÃO DE MEDIDA CAUTELA <i>INAUDITA ALTERA PARS</i>	
8. CONCLUSÕES E PEDIDOS:.....	35

1. **O OBJETO PROCESSUAL E A LEGITIMIDADE DO SETA PARA FIGURAR COMO *AMICUS CURIAE***: A) o dispositivo impugnado como parte do regime jurídico do setor de distribuição de TV por assinatura; B) o SETA enquanto entidade dotada de representatividade adequada nesse mesmo setor, a revelar assim a afinidade temática entre sua atuação e o tema processual como a sua capacidade institucional de prover subsídios técnicos e jurídicos para o julgamento da causa

1.1. Nesta ação direta de inconstitucionalidade, o Partido Democrático Trabalhista – PDT aponta alguns dos vícios de inconstitucionalidade de que padece a nova redação do §15 do art. 32 da Lei nº 12.485/2011, assim atribuída pelo art. 11 da Lei nº 14.173/2021. Trata-se, portanto, de dispositivo inscrito no marco normativo da comunicação audiovisual de acesso condicionado, denominação técnica do setor que se conhece, mais comumente, como o de TV por assinatura.

1.2. O Sindicato Nacional das Empresas Operadoras de TV por Assinatura – SETA, como o nome indica, consiste na **entidade sindical de base nacional** que, investido na representação jurídica da categoria econômica em questão, reúne as empresas prestadoras do serviço de acesso condicionado (a distribuição de TV por assinatura) de todo o Brasil, conforme ressaí do art. 1º de seu Estatuto Social:

Art.1º - O Sindicato Nacional das Empresas Operadoras de Televisão por Assinatura e de Serviço de Acesso Condicionado - SETA, nos termos do disposto no art. 8º da Constituição Federal, com base territorial em todo o país e sede na Rua Pais de Araújo, 29, 18!! andar, conjunto 183, na capital do Estado de São Paulo, constitui-se por prazo indeterminado e sem objetivo de lucro, para os fins de congregar, coordenar, preservar, promover e representar legalmente a categoria econômica das empresas prestadoras de serviço de TV por Assinatura, nela estando abrangidas as prestadoras de Serviço de Acesso Condicionado, com o intuito de cooperar com os poderes públicos e as demais associações no sentido da solidariedade social e da sua subordinação aos interesses nacionais e aos da categoria.

1.3. Mais do que a **manifesta afinidade temática** entre o SETA e o *thema decidendum* desta ADI, é de se ver que a categoria empresarial que integra e conforma o setor econômico da distribuição de TV por assinatura está, praticamente toda ela, inscrita nos quadros associativos do SETA, o que faz da entidade o lócus adequado

de representação dos direitos e interesses setoriais, cabendo-lhe, nos termos de seu estatuto social: **a)** “representar e preservar, perante as autoridades administrativas e judiciárias, os interesses gerais de sua categoria econômica e/ou os interesses individuais de seus associados” (alínea “a” do art. 2º); **b)** “colaborar com o Estado e a Sociedade de modo geral, como órgão técnico e consultivo, na propositura de estudos e soluções dos problemas que se relacionem com sua categoria econômica” (alínea “g” do art. 2º); **c)** “colaborar com os poderes públicos e entidades privadas, no desenvolvimento da solidariedade social” (alínea “i” do art. 3º); **d)** “promover o estudo e a discussão de problemas que interessam aos seus representados” (alínea “j” do art. 3º).

1.4. Com essa vocação estatutária, e congregando praticamente todos os agentes econômicos do setor, não há dúvidas de que o SETA está dotado de **representatividade adequada**, categoria jurídico-processual que, no julgamento da ADI 2.321-MC (DJe 10/06/2005) ganhou os seguintes contornos do Ministro Celso de Mello: “(...) permitindo, em consequência, que terceiros, desde que investidos de representatividade adequada, sejam admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. A intervenção do ‘*amicus curiae*’, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional”¹.

1.5. Como se vê, o *animus* da intervenção do SETA neste processo está juridicamente conformado em seu próprio estatuto social. Consiste, ele, na contribuição para o mais amplo e qualificado debate técnico-jurídico sobre as atividades desenvolvidas no setor de distribuição de TV por assinatura, tanto na perspectiva dos interesses das empresas prestadoras do serviço como sob a ótica mais ampliada da sociedade, dada a inegável utilidade social que dimana da atividade em causa, que se inclui no rol juridicamente qualificado dos serviços de telecomunicações.

¹ ADI 2.321-MC, Pleno, DJe 10/6/2005.

1.6. Colhe-se, ainda, do próprio repositório de jurisprudência do STF o reconhecimento da expressividade representativa do SETA em seu setor de atuação, conforme decisão do eminente Ministro Gilmar Mendes: “No caso, verifico que o Sindicato Nacional das Empresas Operadoras de Televisão por Assinatura e de Serviço de Acesso Condicionado (SETA) tem interesse jurídico na solução da controvérsia favoravelmente à reclamante, uma vez que representa as empresas operadoras de televisão por assinatura, nelas estando abrangidas as prestadoras de serviço de acesso condicionado, integrantes do setor de telecomunicações” (Reclamação nº 10.132, DJe 14/02/2013).

1.7. Portanto, figurando como a entidade sindical pela qual se expressa a categoria econômica das distribuidoras de TV por assinatura de todo o País, não há dúvidas de que o SETA também carrega consigo a **capacidade e a expertise institucional** para tratar, de modo amplo e profundo, das questões técnicas e jurídicas que permeiam o setor. Evidenciando-se, com isso, a **adequação e a utilidade de sua participação processual**, vitalizante do postulado de cooperação que informa o processo contemporâneo². É o que já se passa a fazer, no tópico entrante, pelo aporte de considerações sobre a origem e a racionalidade subjacente ao dever de carregamento obrigatório que pesa sobre as prestadoras do serviço de acesso condicionado, bem como sobre a desnaturação que a Lei nº 14.173/2021 impõe ao instituto.

2. **NOTA INTRODUTÓRIA SOBRE O DEVER DE CARREGAMENTO OBRIGATÓRIO NA DISTRIBUIÇÃO DE TV POR ASSINATURA: A) a racionalidade e os limites subjacentes ao instituto; B) as diferenças entre as operações a cabo e por satélite como razão de ser da ressalva inscrita no §8º do art. 32 da Lei nº 12.485/2011 e regulamentada pela Anatel; C) a alteração promovida no §15 do mesmo art. 32 como desnaturação do instituto**

² “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (art. 6º do CPC).

2.1. Esta ADI gira em torno de um **dever setorial** que se convencionou chamar de **carregamento obrigatório** ou, mais comumente até, de *must carry*. Trata-se do dever que tem a empresa **prestadora de serviço de acesso condicionado**³ (este, a seu turno, o nome técnico da distribuição de TV por assinatura) de incluir, gratuitamente, em seus pacotes de distribuição aos assinantes, determinados canais de programação. São, eles, os canais elencados nos 11 incisos que se seguem ao *caput* do art. 32 da Lei nº 12.485/2011, dispositivo que tem a seguinte estrutura de linguagem:

“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 todos os pacotes ofertados, canais de programação de distribuição obrigatória para as seguintes destinações:”

2.2. Para além de canais delimitados pelo interesse público de sua matéria (“canal universitário”, por exemplo) ou por uma vinculação de ordem institucional (caso das TVs Câmara, Senado, Justiça, dentre outros), o inc. I do art. 32 inclui, no âmbito de incidência do carregamento obrigatório, os **canais destinados às geradoras locais de radiodifusão de sons e imagens**, circunscrevendo o dever de transmissão aos “limites territoriais da área de cobertura da concessão” de tais emissoras de TV⁴. É dizer: nos pacotes de distribuição de TV por assinatura de uma determinada localidade, devem ser incluídos, obrigatória e gratuitamente, os conteúdos gerados pelas geradoras de radiodifusão de sons e imagens que atuem nessa mesma e bem delimitada região.

2.3. Trata-se, portanto, de uma **política de incentivo ao consumo da produção audiovisual local**, que opera pela imposição da gratuidade na relação entre uma

³ Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se: (...)

XXIII - Serviço de Acesso Condicionado: serviço de telecomunicações de interesse coletivo prestado no regime privado, cuja recepção é condicionada à contratação remunerada por assinantes e destinado à distribuição de conteúdos audiovisuais na forma de pacotes, de canais nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado e de canais de distribuição obrigatória, por meio de tecnologias, processos, meios eletrônicos e protocolos de comunicação quaisquer.

⁴ I - canais destinados à distribuição integral e simultânea, sem inserção de qualquer informação, do sinal aberto e não codificado, transmitido em tecnologia analógica pelas geradoras locais de radiodifusão de sons e imagens, em qualquer faixa de frequências, nos limites territoriais da área de cobertura da concessão;

concessionária de radiodifusão de sons e imagens e uma empresa autorizatória do serviço de acesso condicionado (que nada mais é, repita-se, do que a distribuição de canais de TV por assinatura). Essa premissa é importante, pois o **inc. I do art. 32** versa, apenas e tão somente, sobre **geradoras locais de TV**, categoria que se peculiariza: **a)** por instrumentalizar-se em um contrato de concessão de radiodifusão, sob o regime inscrito no art. 223 da Constituição Federal⁵; **b)** pela produção de conteúdo próprio⁶.

2.4. É apenas nessa ambiência de estímulo ao conteúdo local que o inc. I⁷ do art. 32 ganha a densidade normativa necessária para justificar o amplo grau de intervenção que promove na atividade empresarial das prestadoras de serviço de acesso condicionado. Sabido que, embora constitutiva de um serviço de telecomunicações, a distribuição de canais de TV por assinatura é, nos termos do art. 29 da Lei n°

⁵ Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

§ 1º O Congresso Nacional apreciará o ato no prazo do art. 64, § 2º e § 4º, a contar do recebimento da mensagem.

§ 2º A não renovação da concessão ou permissão dependerá de aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal.

§ 3º O ato de outorga ou renovação somente produzirá efeitos legais após deliberação do Congresso Nacional, na forma dos parágrafos anteriores.

§ 4º O cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial.

§ 5º O prazo da concessão ou permissão será de dez anos para as emissoras de rádio e de quinze para as de televisão.

⁶ Decreto n° 5.371/2005:

Art. 6º Para os efeitos deste Regulamento, são adotadas as seguintes definições:

I - Estação Geradora de Televisão: é o conjunto de equipamentos, incluindo os acessórios, que realiza emissões portadoras de programas que têm origem em seus próprios estúdios;

⁷ Embora o inc. I do art. 32 trate apenas, de canais transmitidos com tecnologia analógica, os §§ 12, 13 e 14 do mesmo artigo cuidam da possibilidade de extensão do carregamento obrigatório aos canais adaptados à tecnologia digital, desde que: **(i)** não haja entendimento comercial entre as partes; **(ii)** “a tecnologia de transmissão empregada pelo distribuidor e de recepção disponível pelo assinante assim o permitam, de acordo com critérios estabelecidos em regulamentação da Anatel”:

§12. A geradora local de radiodifusão de sons e imagens de caráter privado poderá, a seu critério, ofertar sua programação transmitida com tecnologia digital para as distribuidoras de forma isonômica e não discriminatória, nas condições comerciais pactuadas entre as partes e nos termos técnicos estabelecidos pela Anatel, ficando, na hipótese de pactuação, facultada à prestadora do serviço de acesso condicionado a descontinuidade da transmissão da programação com tecnologia analógica prevista no inciso I deste artigo.

§13. Caso não seja alcançado acordo quanto às condições comerciais de que trata o § 12, a geradora local de radiodifusão de sons e imagens de caráter privado poderá, a seu critério, exigir que sua programação transmitida com tecnologia digital seja distribuída gratuitamente na área de prestação do serviço de acesso condicionado, desde que a tecnologia de transmissão empregada pelo distribuidor e de recepção disponível pelo assinante assim o permitam, de acordo com critérios estabelecidos em regulamentação da Anatel.

§14. Na hipótese de que trata o § 13, a cessão da programação em tecnologia digital não ensejará pagamento por parte da distribuidora, que ficará desobrigada de ofertar aos assinantes a programação em tecnologia analógica.

12.485/2011, “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”. Isso já por efeito do inc. XI do art. 21 da Constituição Federal, com a redação declaradamente liberalizante que lhe atribuiu a Emenda Constitucional nº 8/1995, notadamente pela inclusão de meros atos autorizativos no rol de títulos habilitantes para a prestação dos serviços de telecomunicações. Aliás, foi com essa base de inspiração constitucional que o STF há muito validou o modelo prestacional privado instituído pela Lei Geral de Telecomunicações (**ADI 1.668-MC**⁸). Modelo assim caracterizado pela liberdade de iniciativa e pela livre concorrência entre os agentes do setor. Ainda assim, apenas em consideração ao interesse público subjacente ao inc. I do art. 32 e no alcance circunscrito do dispositivo, é que se tem entendido pela sua validade enquanto mecanismo de intervenção no domínio econômico (art. 174⁹ da Constituição).

2.5. De se observar, porém, que a própria Lei nº 12.485/2011 cuidou de estabelecer uma hipótese exceptiva ao dever de carregamento obrigatório, fazendo-o nos §§ 8º e 9º do art. 32, comandos com a seguinte redação:

§8º Em casos de inviabilidade técnica ou econômica comprovada, a Anatel determinará a não obrigatoriedade da distribuição de parte ou da totalidade dos canais de que trata este artigo nos meios de distribuição considerados inapropriados para o transporte desses canais em parte ou na totalidade das localidades servidas pela distribuidora.

§9º Na hipótese da determinação da não obrigatoriedade da distribuição de parte dos canais de que trata este artigo, a Anatel disporá sobre quais canais de programação deverão ser ofertados pelas distribuidoras aos usuários, observando-se a isonomia entre os canais de que trata o inciso I deste artigo de uma mesma localidade, priorizando após as geradoras locais de conteúdo nacional ao menos um canal religioso em cada localidade, caso existente, na data da promulgação desta Lei.

⁸ DJ 09/10/1997.

⁹ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

2.6. A exceção, como se vê, é pautada pela ideia de **inviabilidade técnica ou econômica do carregamento obrigatório**, derivada da **inadequação de certos meios ou tecnologias de distribuição e para o transporte desses canais**. Nomeadamente, a inviabilidade técnica e/ou econômica a que se refere o §8º diz com a **tecnologia de distribuição via satélite (conhecida, no jargão setorial, como DTH)**. Isso porque a operação de TV por satélite tem, necessariamente, abrangência nacional, de modo que o conteúdo transmitido é o mesmo para todo o País. O que torna, realmente, inviável a entrega direcionada dos canais de geradoras de TV locais para as suas respectivas áreas de concessão, sendo igualmente claro que não seria nem técnica, nem economicamente factível a imposição de que as operadoras de TV por satélite incluíssem, em seus pacotes, uniformemente para todo o Brasil, todos os canais de geração local do País.

2.7. Quanto à distribuição por cabo, aí sim, ela se dá por modo regionalizado, tornando possível, com isso, o carregamento segmentado e direcionado de um canal local para a sua respectiva localidade. O **Professor Tercio Sampaio Ferraz Junior** assim apresenta as peculiaridades operacionais do setor¹⁰:

O serviço de TV a Cabo cobre principalmente as áreas urbanas e permite a transmissão de programação com conteúdo local, pois o headend está situado no local da prestação do serviço.

O DTH (Direct to Home) é um sistema de TV paga no qual o assinante instala em casa uma antena parabólica e um receptor/decodificador, chamado IRD (Integrated Receiver/Decoder), e recebe os canais diretamente de um satélite geoestacionário. Entre suas vantagens está a cobertura nacional ou mesmo continental, com mais de 180 canais digitais, e a rápida implantação. Contrariamente às tecnologias de cabo e MMDS, o DTH não viabiliza a inserção de programas de conteúdo local, pois a programação é a mesma para todos os assinantes, em toda a área de cobertura.

2.8. Ainda assim, habilitada pelo que dispõe o §9º do art. 32, a **Anatel** (entidade dotada de capacidade institucional) concebeu uma **fórmula regulatória para**

¹⁰ O regime jurídico da televisão e a lei do serviço de acesso condicionado. Revista de Direito das Comunicações | vol. 6/2012 | p. 147 - 173 | Jul - Dez / 2012 | DTR\2013\461.

viabilizar o carregamento de alguns (mas não todos) canais de geração local pelas operadoras de TV via satélite. É o que ressaí do §2º do art. 52 da Resolução Anatel nº 581/2012, segundo o qual:

§ 2º No caso de inviabilidade técnica ou econômica para o cumprimento do disposto no inciso I, deve-se observar que o carregamento de um canal de Geradora Local de radiodifusão de sons e imagens, pertencente a um conjunto de estações, sejam geradoras locais ou retransmissoras, e caracterizado pela presença em todas as regiões geopolíticas do país, pelo alcance de, ao menos, um terço da população brasileira e pelo provimento da maior parte da programação por uma das estações para as demais, implicará o carregamento de, ao menos, um canal de Geradora de cada um dos demais conjuntos de geradoras e retransmissoras com as mesmas características.

2.9. Noutras palavras, trata-se de uma regra pela qual uma geradora local de radiodifusão de sons e imagens pode ser habilitar para o carregamento obrigatório por uma distribuidora de TV por assinatura via satélite, desde que essa geradora local passe a se estruturar como um conjunto de estações dotado de representatividade adequada, assim integrado por outras geradoras afiliadas ou mesmo por meras retransmissoras. Sabido que, enquanto uma geradora local é (i) uma concessionária de radiodifusão (ii) que produz conteúdo próprio, uma estação retransmissora¹¹ é apenas um conjunto de aparelhos que, não balizado por um contrato de concessão, simplesmente reproduz os sinais de uma geradora de televisão. Já o critério estabelecido para se aferir a representatividade adequada desse conjunto de estações consiste, conjugadamente: **a)** na presença em todas as regiões geopolíticas do país; **b)** no alcance de, ao menos, um terço da população brasileira; **c)** no provimento da maior parte da programação por uma das estações para as demais.

¹¹ Decreto nº 5.371/2005:

Art. 6º Para os efeitos deste Regulamento, são adotadas as seguintes definições:

(...)

III - Estação Retransmissora de Televisão: é o conjunto de receptores e transmissores, incluindo equipamentos acessórios, capaz de captar sinais de sons e imagens e retransmiti-los, simultaneamente ou não, para recepção pelo público em geral;

2.10. Recapitulando, então, o modelo de carregamento obrigatório de geração local de radiodifusão de TV instituído pela Lei nº 12.485/2011 consiste no seguinte:

I – para as distribuidoras de **TV a cabo**, considerando-se que a sua operação se estrutura por modo local, impõe-se o carregamento obrigatório dos canais de toda e qualquer geradora local para a sua respectiva localidade (inc. I do *caput* do art. 32, combinado com os §§ 12 a 14 do mesmo artigo);

II – para as distribuidoras de **TV via satélite (DTH)**, dada a sua abrangência necessariamente nacional, e com base nos §§ 8º e 9º do art. 32, a Anatel limitou o carregamento obrigatório às geradoras locais que se organizem em conjunto de estações (seja pela afiliação de geradoras, seja pela intermediação de simples retransmissoras) com representatividade adequada (§2º do art. 52 da Resolução Anatel nº 581/2012);

III – para além disso, havia apenas, na **redação original do §15**, a **equiparação de retransmissoras de TV (sem concessão e sem conteúdo próprio, portanto) a geradoras locais**, para fins de aquisição do direito ao carregamento obrigatório, desde que essas retransmissoras operassem “**em regiões de fronteira de desenvolvimento do País que realizarem inserções locais de programação e publicidade, inclusive as que operarem na Amazônia Legal**”. A *ratio* dessa equiparação não é difícil de explicar: dada a escassez de geradoras locais a atuarem nessas bem circunscritas e estratégicas regiões do País, achou-se justo e proporcional que o direito ao carregamento obrigatório também favorecesse as retransmissoras com atuação em tais áreas.

2.11. Tinha-se, portanto, um arranjo institucional que acomodava, otimizada e proporcionalmente, **(i)** o interesse público subjacente ao incentivo aos conteúdos locais de TV, **(ii)** as limitações e singularidades técnicas da prestação do serviço de acesso condicionado e **(iii)** o espaço constitucionalmente garantido de liberdade empresarial às empresas que operam no setor como autorizatárias. Tudo isso, porém, foi inopinadamente subvertido com o acréscimo redacional que a Lei nº 14.173/2021 aportou no §15 do art. 32 da Lei nº 12.485/2011, a seguir realçado:

§15. Equiparam-se às geradoras de que tratam os §§ 12 e 13 deste artigo as retransmissoras habilitadas a operar em regiões de fronteira de desenvolvimento do País que realizarem inserções locais de programação e publicidade, inclusive as que operarem na Amazônia Legal, **bem como as pertencentes a um conjunto de estações, sejam geradoras locais ou retransmissoras, com presença em todas as regiões geopolíticas do País, e alcance de, no mínimo, 1/3 (um terço) da população brasileira com o provimento da maior parte da programação por uma das estações.** (Redação dada pela Lei nº 14.173, de 2021)

2.12. Vê-se que o novo trecho do dispositivo reproduz, mas agora como norma geral para todo o setor, o critério de representatividade adequada especificamente concebido pela Anatel para conformar o dever de carregamento obrigatório à realidade operacional da TV por satélite (DTH). Portanto, ao assim fazê-lo, o novo dispositivo torna esse critério incidente sobre a operação das distribuidoras de TV a cabo. Distribuidoras, estas, que não ensejavam (nem ensejam) qualquer desafio ao cumprimento rigoroso do inc. I do art. 32, pois, torne-se a dizer, são elas plenamente capacitadas a distribuir o conteúdo de uma geradora local para a sua respectiva localidade, assim cumprindo o desiderato da política pública, que não é outro senão o de estimular o consumo dessa programação de âmbito localizado.

2.13. Na prática, do ponto de vista operacional, o que esse acréscimo legal significa? Ora, significa que as distribuidoras de TV a cabo, para além do dever de distribuir localmente tantas quantas sejam as geradoras locais existentes no País, ainda terão de carregar o sinal dessas geradoras locais para outros pontos do País, desde que elas se estruturarem em conjuntos de estações (inclusive por meras retransmissoras) com um certo grau de representatividade nacional.

2.14. Noutras palavras, o que faz o **novo §15 do art. 32** é misturar indevidamente critérios técnicos, **fazendo com que as distribuidoras de TV a cabo tenham a obrigação de transmitir, gratuitamente, conteúdos gerados numa localidade, mas não apenas para essa localidade (o que já ocorria), e, sim, para qualquer outro ponto do País em que haja uma simples estação de retransmissão**, se for assim atendido o critério de representatividade da rede. Ilustrativa e hipoteticamente, então, o que passa a ocorrer é seguinte: se, antes, a distribuidora já era obrigada a

carregar, para Criciúma/SC, o canal da geradora local de Criciúma/SC, agora, com a nova norma, desde que essa geradora local de Criciúma se associe a algumas meras retransmissoras espalhadas pelo País (de modo a cumprir o critério de representatividade), a distribuidora passa a ter o dever de carregar gratuitamente esse conteúdo local de Criciúma/SC para todos os pontos do Brasil em que houver uma singela retransmissão do conteúdo de produção exclusivamente catarinense - como, por exemplo e ainda hipoteticamente, Poxoréu/MT, Itabaiana/SE, Itaboraí/RJ e Curralinho/PA.

2.15. Trata-se, portanto, de um modo indevido de se alargar o conteúdo do carregamento obrigatório quanto às distribuidoras de TV a cabo. Pois é, mesmo, de se indagar qual o valor constitucional que justificaria que um conteúdo local gerado em Criciúma/SC passe a ser obrigatória e gratuitamente carregado e transmitido por uma distribuidora de TV a cabo que opera em Itabaiana/SE. A resposta, adianta-se, só pode ser nenhum. A nova regra, como será mais detidamente evidenciado, serve apenas para atender aos interesses privados dessas geradoras de conteúdo, assim “financiando” a sua expansão às custas das distribuidoras de TV a cabo – e, em rigor, às custas dos consumidores, assinantes dos serviços de TV a cabo que, muito provavelmente, irão ver esses custos transferidos para o valor de suas assinaturas. A revelar, com isso, um dispositivo legal inquinado do mais aparente vício de inconstitucionalidade material. Preliminarmente a isso, porém, o dispositivo apresenta insanáveis e igualmente manifestos vícios de *fabricação legislativa*, também incorrendo em inconstitucionalidade formal.

3. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DO NOVO §15 DO ART. 32 DA LEI Nº 12.485/2011: A) a impertinência temática entre a Medida Provisória nº 1.018/2020 e a emenda parlamentar que veio a incluir a alteração do §15 do art. 32 no projeto de lei conversão; B) a violação à limitação material veiculada pelo art. 2º da Emenda Constitucional nº 8/1995 e pelo art. 246 da Constituição

3.1. Indo diretamente ao ponto, eis o texto original da Medida Provisória nº 1.018/2021:

Art. 1º O Anexo I à Lei nº 5.070, de 7 de julho de 1966, passa a vigorar com as alterações constantes do Anexo I a esta Medida Provisória.

Art. 2º O Anexo à Lei nº 11.652, de 7 de abril de 2008, passa a vigorar com as alterações constantes do Anexo II a esta Medida Provisória.

Art. 3º O Anexo I à Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, passa a vigorar com as alterações constantes Anexo III a esta Medida Provisória.

Art. 4º Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação e produzirá efeitos a partir de 1º de janeiro de 2021.

3.2. Os anexos alterados concernem, apenas e tão somente, aos valores das tabelas da Taxa de Fiscalização de Instalação (Fiscalização das Telecomunicações), da Contribuição para o Fomento da Radiodifusão Pública e da Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional. Logo, **a medida provisória se limitava a incidir sobre tributos setoriais das telecomunicações**. Nada, absolutamente nada dispunha sobre o regime jurídico de prestação do serviço de acesso condicionado. Pior do que isso, **a medida provisória teve, como leitmotiv, a desoneração dos setores em comento**, como se vê do trecho seguinte de sua exposição de motivos:

“Por fim, registra-se que diversos estudos sobre o setor de TICs têm sido realizados nos últimos anos, a exemplo dos estudos do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), preparados a pedido da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) (Produto 1, Texto para Discussão nº 2322 e Texto para Discussão nº 2349), do relatório "Alternativas para a revisão do modelo de prestação de serviços e telecomunicações", da "Estratégia brasileira para a transformação digital" (E-Digital). Com base neles, pode-se concluir que a infraestrutura de redes de telecomunicações é elemento-chave, posicionada nas camadas mais elementares da Economia Digital e cada vez mais importante para o desenvolvimento socioeconômico do País. A proposta de desoneração de TFI, TFF, CFRP e Condecine está alinhada a diretrizes do Decreto nº 9.612, de 17 de dezembro de 2018, que dispõe sobre políticas públicas de telecomunicações, e do Decreto nº 9.319, de 21 de março de 2018, que institui o Sistema Nacional para a Transformação Digital”.

3.3. O escopo e o propósito normativos, portanto, residiam na desoneração do setor de telecomunicações, reconhecida a relevância estratégica da expansão de suas

redes. Não é difícil perceber, então, que as Emendas nº 7 e 8 (que resultaram no dispositivo impugnado nesta ADI) desbordam, por completo, do raio temático estabelecido pela medida provisória. Mais do que isso, essas emendas acabam por gerar um efeito diametralmente oposto ao que almejava a medida provisória, pois, ao ampliar o espaço de gratuidade imposto sobre a operação de prestadoras do serviço de acesso condicionado, a norma passa onerar (e não desonerar) as redes de infraestrutura telecomunicacional.

3.4. Convém insistir: **onde havia um ato normativo tematicamente tributário e com o propósito de desoneração setorial, incluiu-se uma norma materialmente afeita ao regime jurídico de prestação do serviço de acesso condicionado e orientada à oneração setorial. A impertinência temática não poderia ser mais evidente**, a implicar, na linha do que decidido pelo STF na ADI 5.127¹², nítida violação ao devido processo legislativo e ao princípio democrático.

3.5. Com efeito, embora se reconheça, por explicitude constitucional (§12¹³ do art. 61), a legitimidade do poder de emenda parlamentar na fase de apreciação legislativa das medidas provisórias, a Constituição exige, segundo o referido **precedente do STF**¹⁴, que a proposta parlamentar guarde, com o texto original, “estrita relação de afinidade temática”. É, aliás, o que já preconizava a **melhor doutrina constitucionalista**: “A medida provisória pode ser emendada no Congresso, não mais perdurando a proibição nesse sentido que havia no regime do decreto-lei, na ordem constitucional pretérita. As emendas apresentadas devem, porém, guardar pertinência temática com o objeto da medida provisória, sob pena de indeferimento”¹⁵. Na mesma linha, ainda, a **própria norma regimental** que dá conta

¹² ADI 5127, Relator(a): ROSA WEBER, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 15/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-094 DIVULG 10-05-2016 PUBLIC 11-05-2016.

¹³ §12. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

¹⁴ A **Ministra Rosa Weber** ainda destaca, em seu primoroso **voto**, que essa é a **tônica internacional**: Nas experiências constitucionais italiana e espanhola, a modificação, pelo Parlamento, do provimento provisório editado pelo Poder Executivo, mediante a apresentação de emendas ao processo de conversão, é norteada pelo princípio da congruência entre a emenda proposta e a matéria do decreto-legge (na Itália) ou do decreto-ley (na Espanha) que se submete à aprovação” (p. 30).

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 8a ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 884-5.

da tramitação das medidas provisórias (§4º do art. 4º da Resolução nº 01/2002): “Art. 4.º (...) § 4.º. É vedada a apresentação de emendas que versem sobre matéria estranha àquela tratada na Medida Provisória, cabendo ao Presidente da Comissão o seu indeferimento liminar”.

3.6. Não há dúvidas, pois, de que a pertinência temática é requisito de validade constitucional de toda e qualquer norma que se origine de emenda parlamentar aposta ao texto de uma medida provisória. E as razões para tanto são as mais sistêmicas e transversais possíveis, uma vez que atinentes ao devido processo legislativo e ao próprio princípio democrático. Bem por isso, inclusive, o STF construiu antiga e sólida linha jurisprudencial no sentido de limitar o poder de emenda parlamentar, pelo critério da afinidade temática, nas hipóteses de projeto de lei de iniciativa submetida a cláusula de reserva. Nesses termos, por todos, a **ADI 1333/RS**¹⁶.

3.7. Com mais razão ainda, portanto, é de se exigir a observância de um estrito ponto de contato temático entre medida provisória e emenda parlamentar, pois, como bem anotou a Ministra Rosa Weber no voto proferido quando do julgamento da ADI 5.127: “no processo de conversão de medida provisória em lei, de caráter excepcional, o Poder Legislativo não atua em toda a sua amplitude e nem detém a mesma liberdade para tanto. Nas palavras de Clémerson Merlin Clève, ‘(...) o procedimento de conversão não se confunde com o ordinário de produção legislativa. A lei de conversão não pode, por isso, ser considerada um modo normal de manifestação do Congresso Nacional.’ (Medidas provisórias. 2ª edição revista e ampliada. São Paulo: Max Limonad, 1999)” (p. 27).

3.8. Partindo desse caráter conceitualmente excepcional de atuação legislativa (pois somente autorizado em face dos requisitos de relevância e urgência), a Ministra Rosa Weber chama atenção para o alto grau de potencialidade deletéria da prática que se convencionou chamar, muito sintomaticamente, de *contrabando legislativo*:

¹⁶ “Admissão de emendas parlamentares aos projetos de lei de iniciativa privativa do Poder Executivo e Judiciário, desde que guardem pertinência temática com o projeto e não importem em aumento de despesas. 3. A Emenda Parlamentar n. 4/1995 afastou-se da temática do Projeto de Lei n. 54/1995, interferiu na autonomia financeira e administrativa do Poder Judiciário: desrespeito ao art. 2º da Constituição da República. 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente”. Relatora Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgamento em 29.10.2014, DJe 18.11.2014.

“O que tem sido chamado de contrabando legislativo, caracterizado pela introdução de matéria estranha a medida provisória submetida à conversão, não denota, a meu juízo, mera inobservância de formalidade, e sim **procedimento marcadamente antidemocrático**, na medida em que, intencionalmente ou não, subtrai do debate público e do ambiente deliberativo próprios ao rito ordinário dos trabalhos legislativos a discussão sobre as normas que irão regular a vida em sociedade. (...) Não se trata em absoluto de apenas de aproveitar o rito mais célere para fazer avançar o processo legislativo, supostamente sem prejuízo. A hipótese evidencia **violação do direito fundamental ao devido processo legislativo** – o direito que têm todos os cidadãos de não sofrer interferência, na sua esfera privada de interesses, senão mediante normas jurídicas produzidas em conformidade com o procedimento constitucionalmente determinado”. (ADI 5.127, p. 31-32).

3.9. Também no julgamento da ADI 5.127, e nesse mesmo trilho de fundamentação, os Ministros Edson Fachin e Roberto Barroso jogam luzes sobre as implicações (in)constitucionais desse modo deturpado e disfuncional de produção legislativa:

“Quando uma Medida Provisória, ao ser convertida em lei, passa a tratar de diversos temas inicialmente não previstos - não raras vezes de modo precoce -, o seu papel de regulação da vida comum vê-se enfraquecido no que diz respeito à legitimação pelo procedimento democrático. Gera-se, com tal prática, insegurança justamente por submeter ao rito de discussão e aprovação excepcionais e céleres, sem sequer se fazer necessária a alegação dos requisitos constitucionais da relevância e da urgência necessários para a edição de Medida Provisória.” (Voto do Ministro Edson Fachin, p. 62).

“Há pelo menos três violações constitucionais. Admitir que um parlamentar apresente, a uma medida provisória encaminhada pelo Executivo, uma emenda que não tenha nenhuma pertinência temática viola a Constituição em três momentos. Em primeiro lugar, subtrai do Presidente da República a competência para fazer a avaliação da urgência e da relevância, que é uma competência dele, atribuída pela Constituição. Portanto, é uma usurpação de poder. Em segundo lugar - e também observou a Ministra Rosa Weber -, há uma clara violação ao devido processo legal, porque existe um modo normal e ordinário de produção legislativa. A medida provisória é a exceção, e a exceção para casos específicos. Quem apresenta uma

emenda sem pertinência temática a uma medida provisória está burlando o devido processo legal, que tem uma tramitação diversa. E, em terceiro lugar - e também observado pela Ministra Rosa Weber -, há um problema de violação do princípio democrático, porque a medida provisória suprime uma parcela importante do debate público e do processo deliberativo que deve transcorrer no âmbito do Congresso Nacional” (Voto do Ministro Roberto Barroso, p. 80-81).

3.10. Ora, neste caso, como dito, **a ampliação do dever de carregamento obrigatório imposto às distribuidoras de TV por assinatura é matéria atinente ao regime jurídico de prestação de um serviço de telecomunicações e, nessa medida, nada tem a ver com a redução de tributos, o escopo original da Medida Provisória nº 1.018/2020.** Bem ao contrário, o que faz essa norma *contrabandeada* durante o peculiaríssimo processo legislativo da MP, ao ampliar a carga de oneração regulatória da prestação do serviço de acesso condicionado, é **se contrapor, frontal e acintosamente, ao propósito normativo que animou o Poder Executivo a lançar mão da medida excepcional e urgente, que foi justamente o desonerar as redes de telecomunicações.** Donde a incontornável conclusão de que o art. 11 da Lei nº 14.173/2021 (modificador do §15 do art. 32 da Lei nº 12.485/2011) é violador do devido processo legislativo e do princípio democrático.

3.11. Mas não é só. Também pela matéria que veicula, **o dispositivo impugnado afronta o art. 2º da Emenda Constitucional nº 8/1995 e o art. 246 da Constituição**, passagens normativas pelas quais se veda a edição de medida provisória sobre o regime jurídico das telecomunicações. Veja-se:

Art. 2º É vedada a adoção de medida provisória para regulamentar o disposto no inciso XI do art. 21 com a redação dada por esta emenda constitucional.

Art. 246. É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda, inclusive. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

3.12. Chega a ser autoevidente que a nova redação do §15 do art. 32 da Lei nº 12.485/2011 traduz uma iniciativa de regulamentação do inc. XI do art. 21 da

Constituição. O campo constitucional é o da prestação dos serviços de telecomunicação e a norma legal versa, justamente, sobre um aspecto prestacional do serviço de acesso condicionado, modalidade telecomunicacional. Ampliar o dever de carregamento obrigatório das distribuidoras de TV por assinatura é impactar, em cheio, a operação desse serviço, com consequências sobre a receita e infraestrutura das empresas autorizadas. Dando-se, portanto, a mais nítida correlação entre a norma questionada e o inc. XI do art. 21 da Constituição, a atrair o óbice veiculado no art. 2º da Emenda Constitucional nº 8/1995 e no art. 246 da Constituição. **Nesse sentido, registra-se recente decisão pela inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 954/2020, proferida nas ADIs 6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393:**

“Inicialmente, ainda que o tema não tenha sido aventado na exordial e nos debates que me antecederam, considero oportuno suscitar a inconstitucionalidade formal da medida provisória por entender que ela incide em vedação constitucional ao uso desse instrumento normativo para dispor sobre o regime de prestação de serviços de telecomunicações.

Nos termos dos seus arts. 1º e 2º, a norma impugnada impõe às “empresas de telecomunicações prestadoras do Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC e do Serviço Móvel Pessoal – SMP” a obrigação de “disponibilizar à Fundação IBGE, em meio eletrônico, a relação dos nomes, dos números de telefone e dos endereços de seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas”. (...)

De toda sorte, fato é que a MP institui uma obrigação aos delegatários de serviços de telecomunicações. Até mesmo por isso a norma previu a oitiva do Poder Concedente, qual seja a Agência Nacional de Telecomunicações, para a definição do procedimento de disponibilização dos dados (art. 2º, § 1º).

Todavia, por expressa previsão contida no art. 2º da Emenda Constitucional 8/1995, que promoveu a liberalização do setor de telecomunicações, tornou-se vedado o uso de medida provisória para dispor sobre o regime jurídico de prestação desses serviços. Transcreva-se o dispositivo: (...)

Considerando que a MP 954/2020 interfere diretamente no regime de prestação dos serviços de telecomunicações, torna-se clara a inconstitucionalidade formal, porquanto estar-se-ia utilizando medida provisória “para regulamentar o disposto no inciso XI do art. 21”.

Sob outra ótica, a inconstitucionalidade formal da MP poderia também ser reconhecida face ao art. 246 da Constituição Federal de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional 32/2001, que, com o objetivo de vedar a regulamentação dos setores de telecomunicações e de petróleo por meio de medida provisória, estabeleceu: (...)

Assim, considerando que a norma impugnada tem como objetivo central dispor sobre “compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística” e que esta matéria se insere no âmbito da regulamentação do art. 21, inciso XI, da CF, resta reconhecida a inconstitucionalidade formal da medida provisória”¹⁷.

3.13. É de se rechaçar, antecipadamente, eventual objeção baseada no fato de que o dispositivo focado não constava do teor original da Medida Provisória nº 1.018/2020, somente passando a compor o texto do projeto de lei de conversão, já por efeito de emenda parlamentar. **Tal circunstância não é suficiente para elidir a limitação material à edição de medidas provisórias, que se estende às emendas apresentadas na fase de tramitação congressional da espécie legislativa.**

3.14. Com efeito, a medida provisória traduz espécie legislativa de identidade constitucional e perfil normativo próprio, razão pela qual figura, em apartado, no rol de atos normativos primários inscrito no art. 59¹⁸ da Constituição. Cada um deles a suscitar um devido e respectivo processo legislativo, o que se acentua, a mais não poder, no caso das medidas provisórias, visto que são peculiarizadas não apenas pela eficácia imediata de suas disposições, mas, igualmente, pelo processo legislativo

¹⁷ ADI 6387 MC-Ref, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-270 DIVULG 11-11-2020 PUBLIC 12-11-2020.

¹⁸ Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I - emendas à Constituição;
- II - leis complementares;
- III - leis ordinárias;
- IV - leis delegadas;
- V - medidas provisórias;
- VI - decretos legislativos;
- VII - resoluções.

singular que deflagram, marcado **(i)** pela brevidade temporal de suas fases (chegando a ensejar o trancamento de pauta), **(ii)** pela apreciação concentrada de seu teor em comissão mista e **(iii)** pela caducidade em face da expiração do prazo constitucional.

3.15. Nesse sentido, e **ao menos no que atine ao processo legislativo, o figurino jurídico das medidas provisórias se projeta para a fase de sua apreciação congressual e, mais até do que isso, ao produto da deliberação parlamentar, a denominada lei de conversão.** Lei de conversão que, em matéria de processo legislativo, nada tem a ver com uma lei tipicamente considerada. Nesse sentido, o testemunho doutrinário de José Levi Mello do Amaral Junior:

“A lei de conversão particulariza-se e qualifica-se por: a) pressupor uma medida provisória a converter; b) possuir conteúdo delimitado e condicionado pela medida provisória; c) seguir processo legislativo específico; e d) dever ser aprovada dentro do prazo constitucional sob pena de decadência. Portanto, tendo âmbito temático próprio, bem assim processo legislativo específico, a lei de conversão da medida provisória é, insista-se, espécie normativa primária e autônoma”¹⁹.

3.16. Portanto, **quando a Constituição impõe às medidas provisórias uma vedação de ordem material, essa limitação incide sobre todo o processo de deliberação parlamentar, igualmente conformando o teor da lei de conversão.** No julgamento da ADI 5.127, a imbricação material entre medida provisória e seu trâmite legislativo, tudo a compor um bem caracterizado regime constitucional, foi realçada nas seguintes passagens:

“Sem embargo da indiscutível relevância adquirida pelas medidas provisórias na ordem política atual, muitas vezes funcionando, entre choques e consensos, como verdadeiros mecanismos de acoplamento de agendas entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo, não há como perder de vista que não traduzem o procedimento típico e ordinário previsto na Constituição para a produção de normas jurídicas gerais e abstratas para regular as condutas individuais. Lembrando que o processo legislativo é espécie do gênero processo, André Del Negri salienta, escorado em Elpídio Donizete Nunes, que “a extrema sumariedade de seu trâmite pode ocasionar

¹⁹ AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. *Medida provisória e sua conversão em lei: a emenda constitucional nº 32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 284.

graves consequências por meio da supressão de garantias processuais, levando a um produto final desprovido de legitimidade” (Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 86)” (Voto da Ministra Rosa Weber, p. 23).

“Do fato de a Constituição admitir tal interferência no regular processo legislativo, de modo excepcional, a fim de atender demanda reputada urgente e relevante pelo mandatário do Poder Executivo, de modo algum se infere que qualquer intenção de direito novo manifestada por parlamentar tenha legitimidade para tramitar sob o mesmo regime extremamente simplificado” (Voto da Ministra Rosa Weber, p. 33).

“A incorporação de emenda parlamentar sobre matéria estranha às versadas na medida provisória implica permitir se instaure o rito legislativo anômalo previsto excepcionalmente na Carta Política para a conversão de medida provisória em lei quanto a matéria não submetida ao Congresso Nacional na forma do art. 62, *caput*, da Constituição da República. Mais do que o poder de emenda, significa conferir ao parlamentar a titularidade de iniciativa para, esquivando-se do procedimento para aprovação das leis ordinárias, submeter propostas legislativas avulsas ao rito dos projetos de lei de conversão, aproveitando-se da tramitação de medida provisória sobre outra matéria” (Voto da Ministra Rosa Weber, p. 27).

“Por outro lado, porém, o fato de a Constituição não ter expressamente disposto no art. 62 a impossibilidade de se transbordar a temática da Medida Provisória, não significa que o exercício da faculdade de emendar pelo Congresso Nacional seja incondicionado. É o que se vê, por exemplo, ao se constatar que as demais limitações previstas ao poder de emenda (exemplificativamente as previstas nos arts. 61, §1º, 84, 63, I, II, 166, §§3º e 4º) também se aplicam àquelas apresentadas ao projeto de conversão de medida provisória”. (Voto do Ministro Edson Fachin, p. 62).

“E também, em respeito ao princípio do devido processo legislativo, há que se respeitar a natureza de cada qual das espécies legislativas. Aqui haveria até uma contradição nos termos, porque a Constituição dispõe que a medida provisória será convertida, e, por isso, adotou-se a lei de conversão. Ora, não se converte o que não veio na medida provisória; converte-se aquela matéria tratada, como medida adotada, em lei. Por isso é que se chama lei de conversão. Então, essa introdução de emendas com temas que nada tem a ver com o posto inicialmente na medida provisória esbarram não apenas na natureza, mas até mesmo na qualificação que emana do que

estabelecido na Constituição. Converte-se o que existe. Essa matéria é inteiramente nova e realmente seria contrária, portanto, ao devido processo legislativo.” (Voto da Ministra Cármen Lúcia, p. 96).

3.17. Em suma, considerando-se que o regime constitucional da medida provisória compreende desde o instante de sua edição até o momento de sua conversão em lei, **quando a Constituição proíbe a veiculação de determinada matéria sob a forma medida provisória, está a proibir não apenas a vigência imediata dessa temática, mas também a sua formulação em processo legislativo permeado das circunstâncias excepcionais das medidas provisórias.** Muito ilustrativa, nesse ponto, a observação da Ministra Cármen Lúcia no sentido de que até mesmo a terminologia da lei de conversão é indicativa de que ela e a medida provisória formam um todo *pro indiviso*, pois apenas se converte o que existe – e, acrescente-se, o que se **pode existir** com esse título de medida provisória. Ideia de identidade ou continuidade ou indissociabilidade entre medida provisória e lei de conversão, essa, que há muito habita o imaginário jurisprudencial do STF, como se pode depreender, por exemplo, de trechos bastante esclarecedores do julgamento da **ADI 3.090 – MC**²⁰.
Ei-los:

“Se dermos ao caso específico desta figura de produção legislativa híbrida – a medida provisória que se converte em lei -, o mesmo tratamento jurídico-constitucional que se dá a projeto de lei e lei, a distinção entre as duas figuras desaparece. Por quê? Porque vamos dar à medida provisória a qualificação de uma lei autônoma capaz de ser seccionada no tempo e na sua eficácia. Se me fosse permitido usar uma figura não jurídica, de retórica, diria que o mesmo se sucede na transformação da crisálida em borboleta. Não se trata de outro ser, mas do mesmo, com modos diferentes de ser, que, no caso, é um produto legislativo híbrido, com esta agravante: se o legislador constitucional quis impedir que determinadas matérias fossem reguladas e disciplinadas por um mecanismo híbrido principiado por uma medida provisória – e esta, ele, como legislador, não poderia ignorar que pode ser convertida em lei -, essa sua preocupação de proibir que as matérias fossem cuidadas por via de medida

²⁰ ADI 3090 MC, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/2006, DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00027 EMENT VOL-02295-01 PP-00049 RTJ VOL-00202-03 PP-00972, p. 79 do acórdão.

provisória seria um absurdo constitucional” (Voto do Ministro Cezar Peluso, p. 75 do acórdão).

“Na doutrina brasileira e italiana fala-se em novação normativa, que supõe, na verdade, a manutenção dos fundamentos” (Intervenção do Ministro Gilmar Mendes, p. 74-75 do acórdão).

3.18. Numa perspectiva de sistematicidade constitucional, **torna-se inaceitável o entendimento de que o processo legislativo próprio e especificamente talhado para as medidas provisórias pudesse albergar, ainda que por emenda parlamentar, aquilo que a Constituição vedou justamente para...medidas provisórias.** Espécie de *non sense* institucional, esse, que corresponderia ao mais confessado fenômeno de preterição constitucional, a ser pronta e integralmente combatido pelo Supremo Tribunal Federal.

3.19. Essa ideia ganha ainda mais consistência quando se leva em consideração as razões pelas quais foi concebida essa fórmula de limitação material das medidas provisórias, toda ela centrada nas reformas constitucionais-econômicas dos anos 1990. José Levi Mello do Amaral Junior e José Afonso da Silva situam histórica e teleologicamente o tema com precisão:

“O Governo Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) propôs diversas reformas constitucionais. Eram relativas, no primeiro momento, à ordem econômica. Houve, então, negociação política para que as inovações que viessem a ser aprovadas não fossem objeto de regulamentação por meio de medida provisória. Assim, A Emenda Constitucional n. 5, de 15 de agosto de 1995 (gás canalizado), a Emenda Constitucional n. 8, de 15 de agosto de 1995 (telecomunicações), e a Emenda Constitucional n. 9, de 11 de novembro de 1995 (petróleo), possuem normas que vedam a edição de medida provisória no que se refere à regulamentação das inovações por elas introduzidas. (...) Portanto, o art. 246 – de modo imediato – decorre do referido acordo político levado a efeito para aprovar as reformas constitucionais. Com isso, todas as inovações à Constituição de 1988, feitas por meio de emendas constitucionais promulgadas a partir de 1995, somente admitiriam

regulamentação com o efetivo concurso – **desde o início do processo legislativo** – do Congresso Nacional”²¹ (nosso o destaque).

“O objetivo imediato consistiu em estabelecer limites de atuação do Poder Executivo quanto às leis mencionadas nas ECs-5, 6, 7 e 8 relativamente à regulamentação das matérias ali previstas que eram monopólios. E aí seu alcance é importante. Abriam-se monopólios, mas estabelece regra de controle dessa abertura pelo Congresso Nacional”²².

3.20. No que concerne, especificamente, à Emenda Constitucional nº 8/1995, o seu propósito de reforma foi assim resumido na Mensagem nº 191/1995: “Exaurido em sua capacidade de financiamento, principalmente diante das novas tecnologias e da crescente demanda de serviços por elas gerada, o Estado não tem como arcar sozinho com todas as necessidades de investimento. Nesse contexto, impõe-se a abertura de espaço para a parceria com a iniciativa privada, o que poderá ser feito com a eliminação da exigência constitucional do controle estatal para a exploração dos serviços telefônicos, telegráficos e de comunicações de dados e demais serviços de telecomunicações. (...)”. E, como visto nos trabalhos doutrinários acima elencados, fez parte desse regime constitucional de liberalização econômica do País o mecanismo de bloqueio de incidência de medidas provisórias sobre essa temática, num movimento de realce e empoderamento da função legislativa do Congresso Nacional.

3.21. Nem se diga que, no presente caso, por se tratar de norma originada em emenda parlamentar, não haveria aviltamento ao propósito de investir o Congresso Nacional no controle devida regulamentação dessas matérias constitucionais. Isso não procede por três razões:

I - é a própria Constituição (documento que governa, permanentemente, quem detém o poder, transitoriamente) que disciplina o modo pelo qual o Congresso Nacional irá controlar o tratamento legislativo desses temas, fazendo-o pela **eliminação explícita do instituto da medida provisória e, portanto, de seu processo legislativo tão peculiar quanto encurtado e**

²¹ Comentário ao art. 246. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almeidina, 2013, p. 2.181.

²² *Curso de direito constitucional positivo*, 21. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 530-531.

ainda politicamente pressionado pelo prazo de caducidade. Donde a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “É princípio pacífico em nosso Direito a supremacia da Constituição com todas as suas consequências, em especial a sua rigidez, de onde decorre a invalidade de toda lei ou de todo ato que a ela se contradisser. A validade de qualquer ato derivado da Constituição, portanto, depende sua concordância com a Constituição. Depende, mais precisamente, da observância dos requisitos formais e substanciais estabelecidos na Constituição (...). Ora, ‘de modo algum há regras jurídicas menos fortes no texto constitucional’, reconhece Pontes de Miranda, de modo que tanto é inconstitucional o ato que foi editado com descumprimento dos requisitos formais, quanto o que fere direitos ou garantias assegurados pela Constituição”²³;

II - essa determinação constitucional, embora seja favorecedora do Congresso Nacional, **não traduz uma espécie de prerrogativa institucional disponível**, em linha com o entendimento jurisprudencial consagrado de que a sanção presidencial não sana a violação à iniciativa legislativa privativa do Presidente da República²⁴, pois o certo é que o “processo legislativo encerra atos complexos e cada qual deve estar afinado com os ditames constitucionais”²⁵;

III - o mecanismo do art. 246 e do art. 2º da Emenda nº 8/1995 não foi editado apenas em benefício do Parlamento, mas também como **uma forma de estabilizar os setores alcançados pelas reformas constitucionais-econômicas**, retirando os seus respectivos regimes jurídicos do alcance das medidas provisórias e os reservando ao tipo mais detido e aprofundado de reflexão parlamentar que é próprio dos projetos de lei.

²³ *Do processo legislativo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 214-217.

²⁴ Esse entendimento jurisprudencial, superador do Enunciado nº 5 da Súmula do STF, é tão antigo quanto reiteradamente confirmado. Ver, por tantos outros precedentes, a **ADI 2.867** (Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2003, DJ 09-02-2007 PP-00016 EMENT VOL-02263-01 PP-00067 RTJ VOL-00202-01 PP-00078).

²⁵ ADI 2.192-MC, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2000, DJ 04-08-2000 PP-00003 EMENT VOL-01998-01 PP-00115.

3.22. No caso concreto, o vício que macula o art. 11 da Lei nº 14.173/2021 é realçado pela circunstância de que não houve nem mesmo discussão e deliberação do projeto de lei de conversão por uma comissão mista. É que, por efeito da bem inspirada decisão cautelar proferida pelo STF nas ADPFs 661 e 663, autorizou-se a substituição das comissões mistas pela instrução das medidas provisórias diretamente nos Plenários das Casas Legislativas. A decisão, em si, é irretocável e oportuna, pois evita que o comprometimento circunstancial (pelo período de crise vivido) de uma ou de outra peça da engrenagem constitucional possa ocasionar, a um só tempo, o agravamento da crise de realidade que se esteja a enfrentar e a derrocada geral do próprio modelo jurídico-político instituído pela Constituição.

3.23. Entretanto, por outro lado, **tratando-se de modelo excepcional e voltado para viger em um período crítico, a sua adoção impõe, tanto ao Poder Legislativo quanto à jurisdição constitucional, o mais estrito controle dos demais aspectos atinentes à tramitação das medidas provisórias, a fim de se evitar que a circunstância extraordinária seja instrumentalizada para a consumação de abusos legislativos.** E, no caso, foi precisamente o que ocorreu, pois se aproveitou uma medida provisória com propósito de desoneração tributária para se impor, ao setor de TV por assinatura, sem nenhuma discussão, um dever regulatório que onera, grave e decisivamente, a prestação do serviço.

3.24. Por fim, cumpre registrar que, bem vistas as coisas, os dois argumentos de inconstitucionalidade formal aqui apresentados se retroalimentam e provam, de uma vez por todas, o vício de origem que macula o dispositivo impugnado nesta ADI. É que a própria exigência de pertinência temática é uma evidência de que há um *continuum* entre a medida provisória e o projeto de lei de conversão. Assim como a própria subsunção do teor da emenda parlamentar em comento às matérias vedadas na Emenda nº 8/1995 e no art. 246 deixam claro que não há pertinência temática entre ela, emenda parlamentar, e o teor original da Medida Provisória nº 1.018/2020. Tudo a assentar, de uma vez por todas, a invalidade da nova redação do §15 do art. 32 da Lei nº 12.485/2011.

4. **INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DO NOVO §15 DO ART. 32 DA LEI Nº 12.485/2011:** A) a possibilidade de se conhecer, no caso, da inconstitucionalidade material; B) múltiplas violações ao teor substantivo da Constituição; C) afronta à livre iniciativa, à defesa do consumidor, ao princípio da proporcionalidade, à separação de Poderes (pela vertente da reserva de Administração) e à segurança jurídica

4.1. Preliminarmente, deve-se explicitar a possibilidade de se conhecer, no caso, da inconstitucionalidade material do dispositivo impugnado, a despeito de o partido-requerente haver se limitado a tratar dos vícios de ordem formal. A razão para tanto é singela: o controle abstrato e concentrado de constitucionalidade é regido pela ideia da *causa petendi* aberta²⁶, de modo que, endereçado o dispositivo legal à cognição do STF, toda e qualquer incompatibilidade com a Constituição Federal pode, e deve, ser sindicada.

4.2. Registre-se, nesse sentido, que **não se aplica à presente hipótese o entendimento firmado na questão de ordem decidida durante o julgamento da ADI 2.182**²⁷, visto que, na ocasião, a inconstitucionalidade formal indicada na petição inicial abrangeria todo o diploma legal impugnado (a Lei de Improbidade Administrativa), assim tornando inviável o exame material da lei pelo STF. Afinal, não havendo delimitação do pedido quanto a eventuais vícios substantivos da lei, a impossibilidade processual já concerne à extensão do próprio pedido, e não à causa de pedir, que, em controle abstrato de inconstitucionalidade, é e segue sendo aberta. Os debates havidos na sessão de julgamento deixam claro o que se decidiu ali:

“Estamos, agora, tentando abrir e flexibilizar, também, o pedido a ser contido na inicial. Nós flexibilizamos – e creio que bem – a causa de pedir, mas o pedido não”
(...) A prevalecer essa óptica, o que assentaremos? Que houve o ataque – não sei quantos artigos tem a lei – à totalidade da lei, sob o ângulo material, quando não

²⁶ “Nas ações de controle abstrato de constitucionalidade, a causa de pedir é aberta, pelo que a adequação ou não de determinado texto normativo é cotejada com todo o ordenamento constitucional vigente quando da edição do dispositivo legal.” (STF, Tribunal Pleno, ADI 5477, Relatora Ministra CARMEN LÚCIA, DJe 08.04.2021)

²⁷ Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 12/05/2010, DJe-168 DIVULG 09-09-2010 PUBLIC 10-09-2010 EMENT VOL-02414-01 PP-00129 RTJ VOL-00218-01 PP-00060.

ocorre o ataque sequer a um dispositivo, muito menos o arrazoado a respeito”. (Voto do Ministro Marco Aurélio, p. 27).

“Senhor Presidente, então teremos que admitir, em ações diretas de inconstitucionalidade nas quais apenas atacado parte de um diploma, a análise da constitucionalidade de todo o diploma. Teremos que admitir por coerência, ou seja, não teremos mais os parâmetros objetivos definidores do julgamento na inicial. (...) Assentaremos que não é possível mais atacar-se um diploma, considerado este ou aquele dispositivo, que é necessário o ataque ao grande todo” (Voto do Ministro Marco Aurélio, p. 29).

“A seguir essa lógica ventilada aí, daqui a pouco bastará propor-se uma ação direta de inconstitucionalidade, por exemplo, contra o Código Civil, recentemente aprovado, e estaremos, aqui, debruçados a examinar os seus dois mil artigos (...) Bastará protocolar uma petição dizendo estar impugnada determinada lei” (Intervenções do Ministro Joaquim Barbosa, p. 31 e 42).

4.3. Vê-se, pois, que a controvérsia derivava do fato de que o autor, naquele caso, havia se limitado a arguir a inconstitucionalidade formal de toda uma lei, o que, pela ausência de delimitação do próprio pedido (que é balizado pelos dispositivos impugnados), veio a impedir que se incursionasse no campo do exame material. Afinal, não seria dado ao STF, nessas bem delimitadas circunstâncias, proceder (i) a uma revisão geral da lei (o Ministro Joaquim Barbosa usa o exemplo esclarecedor do Código Civil) ou (ii) a uma seleção de ofício de quais dispositivos específicos seriam materialmente examinados.

4.4. **Essa problemática, contudo, não se apresenta nesta ADI, pois o pedido, aqui, adstringe-se ao art. 11 da Lei nº 14.173/2021, que, a seu turno, limita-se a alterar o §15 do art. 32 da Lei nº 12.485/2011. Um, a apenas um, dispositivo é impugnado nesta ação, de modo que não há nem óbice processual nem dificuldade prática de se conhecer das razões materiais que inquinam a norma com o vício de invalidade substantiva.** Nesse sentido, colhem-se as seguintes passagens jurisprudenciais do STF:

“Como a causa de pedir nas ações de controle concentrado de constitucionalidade é aberta, nada impediria que esta questão fosse discutida nas ADIs 3.999/DF e

4.086/DF. Isso, porém, não ocorreu. (...) “Nesses casos, em que esta Corte não se manifestou sobre a questão constitucional específica, entendo ser cabível a reapreciação da norma anteriormente considerada válida pelo Tribunal, sobretudo quando a análise da constitucionalidade do ato normativo ocorreu apenas sob o aspecto formal. A coisa julgada e a causa de pedir aberta no controle abstrato não devem funcionar como mecanismos para impedir a análise de questões constitucionais não apreciadas sobre o respectivo ato normativo. Caso assim não fosse, esta Corte permitiria a manutenção no ordenamento jurídico de dispositivos em aparente desacordo com a Constituição pelo simples fato de a sua validade, sob o ponto de vista formal, já haver sido atestada em julgamentos anteriores. A validade formal do diploma legal não garante imunidade a vícios de natureza material, e não se pode realisticamente supor que o Tribunal irá antever todos os possíveis vícios de inconstitucionalidade material nestas hipóteses.” (STF, Plenário, ADI 5.081, voto do Relator Ministro ROBERTO BARROSO, DJE de 19.08.2015).

“Conquanto a **petição inicial** fundamente-se na **violação ao artigo 22**, inciso **XXVII**, da **CRFB**, tendo a Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso do Sul, a Advocacia Geral da União e a Procuradoria-Geral da República se limitado à análise de tal causa de pedir (inconstitucionalidade formal), **é premente analisar também a eventual ofensa aos limites impostos pelo artigo 37**, inciso XXI, da CRFB, bem como aos princípios da eficiência, economicidade, concorrência e proporcionalidade (**inconstitucionalidade material**). “Em que pese as razões deduzidas pelo Requerente se limitarem à alegação de inconstitucionalidade formal, a Teoria da Causa de Pedir Aberta, amplamente adotada por este Tribunal, permite seja declarada a inconstitucionalidade da norma impugnada com base em fundamentos outros que não os suscitados na peça inicial. Rejeitada a alegação de inconstitucionalidade formal, é preciso avaliar a compatibilidade com elementos materiais da CRFB. No presente caso, a avaliação da constitucionalidade da Lei 3.041/05 deve ser feita sob dois parâmetros” (STF, Tribunal Pleno, ADI 3735, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, DJe 01.08.2017, voto do Ministro Luiz Fux).

4.5. Sobre o mérito da impugnação material ao novo §15 do art. 32 da Lei nº 12.485/2011, o que primeiro se registra é a sua **violação frontal ao princípio da livre iniciativa**. Princípio que é, a um só tempo, fundamento da República Federativa do Brasil (inc. IV do art. 1º) e, mais especificamente, da ordem econômica (*caput* do

art. 170), donde consubstanciar valor central para a estruturação da ordem jurídica brasileira. E não é diferente com o setor de distribuição de TV por assinatura, modalidade de serviço de telecomunicação que, nos termos do já transcrito art. 29 da Lei nº 12.485/2011, é pautado pela liberdade de iniciativa e de concorrência.

4.6. No caso, a nova redação do §15 do art. 32 da Lei nº 12.485/2011 entra em choque com a livre iniciativa e com a própria liberdade concorrencial, na medida em que amplia, desmesurada e injustificadamente, o dever de carregamento obrigatório de canais pelas distribuidoras do serviço de acesso condicionado (TV por assinatura). Conforme referido no item 2, acima, o dispositivo passou a exigir, das distribuidoras de TV a cabo, a transmissão gratuita e obrigatória não apenas dos conteúdos de geração local para essa mesma localidade, mas também a transmissão para todo e qualquer ponto do País em que haja uma simples estação retransmissora (se o conjunto de estações daquela geradora atingir o critério de representatividade). Sabido que a inspiração para essa regra reside na fórmula regulatória concebida pela Anatel, com base no §9º do art. 32, somente para adaptar o carregamento obrigatório de geradoras locais às singularidades técnicas e operacionais da distribuição de TV por satélite.

4.7. É dizer: o que era um remédio regulatório, uma fórmula compensatória dirigida à distribuição de TV por satélite por designação legal (§9º do art. 32), tornou-se um modo sub-reptício de ampliar indevida e desproporcionalmente o dever de carregamento obrigatório na distribuição de TV a cabo. Tornou-se, portanto, um modo de aviltamento da liberdade de iniciativa e de concorrência das operadoras de TV a cabo, que se veem obrigadas a dedicar parcela significativa de sua infraestrutura de redes à difusão de conteúdos locais em lugares outros, que contam com meras estações retransmissoras. Com essa ocupação injustificada da rede, as operadoras veem encurtado o espaço de gestão empresarial que têm para selecionar os conteúdos e os canais que irão compor os pacotes a serem disponibilizados ao público.

4.8. Esse cenário se torna ainda mais grave quando se leva em consideração as assimetrias regulatórias que já existiam entre o setor de TV por assinatura e oferta de conteúdo por outras tecnologias, como a internet. Internet que nem chega a se sujeitar a regra alguma de carregamento obrigatória. Daí se vê que a nova redação do §15 do

art. 32, ao invés de seguir o caminho virtuoso da desoneração do setor de TV por assinatura e da redução de suas assimetrias em relação à nova concorrência, andou em sentido oposto, agravando ainda mais a carga regulatória.

4.9. Pior do que isso, a nova regra, ao ampliar o escopo do carregamento obrigatório e atingir as liberdades de iniciativa e concorrencial, viola o princípio da proporcionalidade, pois restringe o espaço de movimentação jurídica desses agentes econômicos de forma desnecessária, inadequada e desproporcional em sentido estrito.

4.10. A regra é **desnecessária**, pois o inc. I do art. 32 já cumpre o papel de garantir a distribuição gratuita, via TV a cabo, dos conteúdos locais para as pertinentes e respectivas localidades. E nunca houve qualquer alegação de qualquer tipo de descumprimento de seu teor. A regra é **tecnicamente inadequada**, na medida em que aplica, às TVs a cabo, a racionalidade que se construiu para dar efetividade à regra do carregamento obrigatório às TVs distribuídas por satélite. Foi a combinação do §8º do art. 32 da Lei nº 12.485/2011 com o §2º do art. 52 da Resolução Anatel nº 581/2012 que ensejou um critério de representatividade adequada para a delimitação das redes locais a serem obrigatoriamente carregadas nas TVs por satélite. E, por fim, a norma **não atende à proporcionalidade em sentido estrito**, uma vez que implica severa interferência na gestão das distribuidoras de TV por assinatura, notadamente na gestão do bem de capacidade limitada que é o espectro do cabo, pois as empresas se veem obrigadas a utilizar parcela dessa infraestrutura para o carregamento de conteúdos de geração local para outras praças, que nada têm a ver com essa localidade.

4.11. **Aliás, essa falta de pertinência entre o conteúdo gerado num determinado local e a nova praça abrangida pela nova regra corrobora a falta de proporcionalidade em sentido estrito, pois a norma não enseja qualquer vantagem em termos de interesse público.** A transmissão gratuita de conteúdo local para as suas respectivas localidades sempre foi garantida pelo inc. I do art. 32, numa vertente de racionalidade clara de se incentivar a correlação entre o público telespectador e o conteúdo gerado na mesma localidade. A nova regra, porém, não atende a esse propósito, servindo apenas ao interesse privado que têm determinadas geradoras de ver ampliado, gratuitamente, às custas das distribuidoras, o alcance de seus conteúdos. Donde se renovar a indagação hipotética e ilustrativa lançada no item

2 desta petição: qual seria o valor constitucional a justificar que um conteúdo local gerado em Criciúma/SC venha ser gratuitamente carregado e transmitido por uma distribuidora de TV a cabo de Mossoró/RN? Nenhum, por óbvio. O impulso à inclusão desse *jabuti* na conversão da Medida Provisória nº 1.018/2020 reside, muito claramente, na acolhida de interesses meramente privados de determinadas geradoras de conteúdo local, assim custeando a sua expansão às custas das distribuidoras de TV a cabo²⁸. Mais precisamente, conforme dito, às custas dos consumidores, os assinantes dos serviços de TV a cabo que, muito provavelmente, terão esses custos incorporados ao valor de suas assinaturas, na contramão, portanto, do art. 5º, XXXII, e do art. 170, V, da Constituição, normas que erigem a defesa do consumidor a valor central da tessitura constitucional brasileira.

4.12. É de se enfatizar que, **em matéria de carregamento obrigatório de conteúdo, o princípio da proporcionalidade é extrema relevância, pois serve para evitar que, por sucessivas e irrefletidas alterações legislativas (no caso, por um não discutido *jabuti* incluído em medida provisória com outro tema original), o seu campo de incidência seja alargado ilimitadamente, podendo, no limite, esvaziar de sentido econômico a própria atividade das distribuidoras de TV por assinatura.** Isso fica ainda mais claro quando se percebe que, no caso, o legislador transpôs, de modo tecnicamente inadequado, a incidência de um critério residual, criado pela Anatel exclusivamente para a TV por satélite, para as TVs a cabo, de perfil distributivo local e operacionalmente distinto.

4.13. Mais do que isso, o legislador fez, de um critério regulatório talhado para a dispensa ou adaptação de uma obrigação às peculiaridades da distribuição de TV por satélite, um modo de ampliar a obrigação regulatória das operadoras de TV a cabo. Ou seja, **o que tinha sido concebido, pela Anatel, em um sentido restritivo, de desoneração regulatória, foi desnaturado pelo legislador sob a forma de oneração regulatória. O que já é suficiente para se reconhecer, na hipótese,**

²⁸ Conforme reportado na matéria veiculada pelo *link* abaixo, o próprio Presidente da República e o Ministro das Comunicações explicitaram, em *live*, que “a nova regra beneficia todas as emissoras católicas e evangélicas, ‘que serão carregadas no cabo sem custo’”. Ver: <https://telaviva.com.br/25/06/2021/em-live-bolsonaro-e-faria-destacam-beneficios-da-mp-1-018-21-a-canais-religiosos/>

violação à reserva de administração, decorrente do princípio da separação de Poderes (arts. 2º e 60, §4º, inc. III), visto que houve substituição de um juízo essencialmente técnico da Anatel por um juízo político, interferindo-se severamente na economia e nos aspectos essencialmente operacionais de um setor regulado. Em sentido semelhante, reconhecendo a dimensão constitucional da reserva de administração, o STF julgou a ADI 5.501 (Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 19/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-168 DIVULG 31-07-2017 PUBLIC 01-08-2017).

4.14. Por fim, é de se chamar atenção para o princípio da segurança jurídica, extraído do próprio Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput, da Constituição). No caso, de um dia para o outro, diversas relações jurídicas comerciais mantidas entre geradoras de conteúdo e distribuidoras de TV por assinatura passaram de um quadro de inequívoca e legítima onerosidade para um cenário de impositiva gratuidade. Se não houver a possibilidade de controle jurisdicional de medidas como essa, a segurança jurídica do setor será *reduzida a pó*, assim inibindo os investimentos do setor.

4.15. Essas, portanto, as razões pelas quais o art. 11 da Lei nº 14.173/2021, ao atribuir nova redação ao §15 do art. 32 da Lei nº 12.485/2011, revela-se não apenas formalmente inconstitucional como também materialmente acometido de inconstitucionalidade.

5. A NECESSÁRIA IMPLEMENTAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR *INAUDITA ALTERA PARS*

5.1. Uma vez demonstrada a inconstitucionalidade formal e material do novo §15 do art. 32 da Lei nº 12.485/2011, preencheu-se um dos requisitos necessários à concessão da cautelar, qual seja, a plausibilidade e relevância dos fundamentos jurídicos apresentados (*fumus boni iuris*). Embora, como bem apontado pelo partido-requerente, o controle concentrado de constitucionalidade possa prescindir da iminência de um dano concreto, bastando a relevância do pedido e a conveniência da medida, é importante ressaltar que a norma impugnada já está em vigor e tem o

potencial de causar um alto grau de perturbação operacional e financeira no setor de distribuição por meio do serviço de acesso condicionado.

5.2. Da noite para o dia, por efeito de um mal engendrado *jabuti*, o conjunto de operadoras se vê obrigada a distribuir, gratuitamente, um rol significativo de canais, o que se revela especialmente grave quando se leva em consideração que a infraestrutura de distribuição traduz um bem escasso. Mais do que isso, a norma em causa submete os contratos eventualmente vigentes entre as distribuidoras e esses canais por ela beneficiados em grave estado de insegurança jurídica. Sobre esses negócios jurídicos onerosos passa a pairar a sombra de uma canhestra regra legal de gratuidade. Tudo isso, portanto, reforça o *periculum in mora* e a necessidade de concessão da medida cautelar de modo *inaudita altera pars*.

5.3. Vale frisar que a concessão de cautelar *inaudita altera pars* é permitida pelo §3º do art. 10 da Lei nº 9.869/99, que diz: “em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado. O STF tem reiterada prática de concessão de cautelares nesses termos. Eis alguns exemplos na área de telecomunicações, apenas para ilustrar: **(i)** ADI 4739-MC (Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 30/9/2013); **(ii)** ADI 4533-MC (Rel. Min. Edson Fachin, DJe 1/2/2012); **(iii)** ADI 4715-MC (Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 29/10/2018); **(iv)** ADI 4649-MC (Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 12/8/2016)²⁹.

5.4. Há mais precedentes, inclusive do Ministro relator deste caso, Alexandre de Moraes: **ADI 4.594-MC**; **ADI 6.244-MC**; **ADI 5.855-MC**. Sem contar os exemplos mais recentes, como: **ADI 6357**, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes; **ADPFs 661 e 663**, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes; **ADPFs 668 e 669**, de relatoria do Ministro Roberto Barroso; a **ADI 6351**, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes; **ADPF 662**, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

²⁹ Cautelares: ADI 4369 MC-REF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 3/5/2011; ADI 2615 MC, Rel. p. acórdão Min. Gilmar Mendes, DJ 6/12/2002; ADI 3322 MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 19/12/2006; ADI 4401-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 1º/10/10; ADI 4715 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 19/8/2013.

6. **CONCLUSÕES E PEDIDOS**

6.1. Evidenciadas a pertinência temática, a representatividade adequada e a expertise institucional do SETA, requer-se, com base no §2º do art. 7º da Lei nº 9.868/1999 e no inc. XVIII do art. 21 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, a sua admissão como *amicus curiae*, para, além dos aportes técnico-jurídicos trazidos nesta primeira manifestação, submeter à elevada jurisdição desta Suprema Corte suas razões quanto ao mérito da disputa, além de estudos regulatórios, econômicos e administrativos que hão de enriquecer a discussão e suprir qualquer déficit informacional do debate.

6.2. Também demonstrada a inconstitucionalidade formal e material da nova redação do §15 do art. 32 da Lei nº 12.485/2011, assim atribuída por força do art. 11 da Lei nº Lei nº 14.173/2021, o SETA pugna pela implementação de medida cautelar *inaudita altera pars*, com a suspensão do dispositivo impugnado e, subsequentemente, pela procedência desta ADI, com a consequente declaração de inconstitucionalidade da norma.

6.3. Requer-se, por fim, que todas as publicações sejam feitas em nome do advogado **MARCELO MONTALVÃO MACHADO**, OAB/DF nº 34.391, OAB/SE nº 4.187 e OAB/SP nº 357.553, sob pena de nulidade processual.

Pede deferimento.

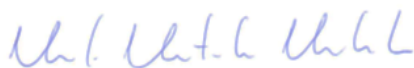
Brasília, 28 de junho de 2021.



Carlos Ayres Britto
OAB/DF 40.040



Orlando Magalhães Maia Neto
OAB/DF 46.096



Marcelo Montalvão Machado
OAB/DF 34.391



João Paulo Gomes Almeida
OAB/DF 37.155