

Temas de Direito da Comunicação na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

TELECOMUNICAÇÕES, INTERNET, TV POR RADIODIFUSÃO,
TV POR ASSINATURA E IMPRENSA

Ericson M. Scorsim

ERICSON
M. SCORSIM

Curitiba • Edição do autor • 2017

Temas de Direito da Comunicação na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

TELECOMUNICAÇÕES

INTERNET

TV POR RADIODIFUSÃO

TV POR ASSINATURA

IMPRENSA

CONTATOS

R. Francisco Juglair, 628 - Ecoville

CEP 81200-230

CURITIBA - PR

fone/fax: 41 3285.4312

E-mail: contato@meisterscorsim.com

Site: www.meisterscorsim.com

DESIGN DE CAPA

Martim Fernandes

PROJETO GRÁFICO E DIAGRAMAÇÃO

Johann Matheus Carnasciali Rocha

Marcela Grassi Mendes de Faria

Studio Bild - Design, Web & Fotografia

www.studiobild.design

Temas de Direito da Comunicação na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Telecomunicações, Internet, TV e rádio por radiodifusão, TV por assinatura e Imprensa.

SCORSIM, Ericson. 1. ed. Curitiba, edição do autor. 2017, p. 418.

Ericson M. Scorsim

Advogado e Consultor em Direito Público, especializado em Direito da Comunicação. Doutor em Direito pela USP (2008). Mestre em Direito pela UFPR (2002). Sócio fundador do Escritório Meister Scorsim Advocacia. Autor do livro Direito da Comunicação: regime jurídico dos serviços de telecomunicações, internet, TV por radiodifusão e TV por assinatura¹

Site: <http://www.meisterscorsim.com/>

Blog jurídico: <http://www.meisterscorsim.com/blog/>

Email: contato@meisterscorsim.com

¹ Todos os direitos reservados, nos termos da legislação sobre direitos autorais. O autor solicita que se citados os trechos do livro ou reproduzidos parcialmente em outras publicações, mencionar a autoria do presente texto. Sugestões ao texto podem ser encaminhadas ao email: contato@meisterscorsim.com.

Agradecimento especial à minha esposa Cleide Rosecler Kazmierski que, com sua Alma, Mente e Coração, com inteligência racional e emocional, generosidade e paciência infinitas, teve participação fundamental no projeto de pesquisa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, revisão do texto e editoração do presente livro.

O propósito do livro é apresentar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre Direito da Comunicação.

Em análise, as principais decisões do Supremo Tribunal Federal sobre as regras da Constituição e as leis setoriais da internet, das telecomunicações, da TV e rádio por radiodifusão, da TV por assinatura e da imprensa.

A leitura do livro¹ Temas de Direito da Comunicação na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal interessa aos profissionais do direito, pesquisadores, membros das agências reguladoras setoriais, executivos das empresas de internet, telecomunicações, mídias, associações empresariais, jornalistas, agentes públicos integrantes de carreiras de Estado, entre outros públicos.

Este livro integra a Coleção Direito da Comunicação, inaugurada com a obra *Direito das Comunicações: telecomunicações, internet, TV por radiodifusão e TV por assinatura*, traduzida para as seguintes edições internacionais: inglês - *Communications Law in Brasil. Telecommunication, internet, broadcasting and pay-TV*; espanhol - *Derecho de las*

1 Importante esclarecer que a expressão ‘Temas’ é utilizada neste livro para além da compreensão Tema como aquele com repercussão geral reconhecida e numerado pelo Supremo Tribunal Federal. Reflete uma compreensão mais ampla para alcançar as diversas questões constitucionais e/ou matérias já analisadas ou em análise no Supremo Tribunal Federal.

*comunicaciones en Brasil: telecomunicaciones, internet, TV por radiodifusión, TV por suscripción; francés - Droit des communications au Brésil. Télécommunication, internet, Télévision par radiodifusión - Télévision payante.*²

² Ebooks disponíveis no site da Amazon.

Sumário

PALAVRAS DO AUTOR 17

APRESENTAÇÃO 47

CAPÍTULO 1 - TELECOMUNICAÇÕES 99

Regulação setorial das Telecomunicações 100

1 Lei Geral de Telecomunicações. Inconstitucionalidade parcial..... 102

2 Lei Geral de Telecomunicações. Privatização. Art. 191. Não ofensa aos artigos 37, inc. XXI e 175 da Constituição Federal. Empresas de telecomunicações estatais privatizadas. Delegatárias do poder público. Não configuração da condição de concessionária de serviço público..... 108

3 Projeto de Lei 79/2016 que altera a Lei Geral de Telecomunicações..... 110

4 Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações. FUST. Inconstitucionalidade por omissão. ADO 37 112

5 Requisição de informações e dados dos usuários dos serviços às empresas de telecomunicações. Investigação criminal. Requisição por delegado de polícia. Lei Federal 12.830/2013 115

6 Obrigações às empresas de telecomunicações. Acesso aos dados cadastrais de pessoas investigadas. Prerrogativas legais dos membros do Ministério Público e Delegado de polícia ao acesso independentemente de autorização judicial. Criminalização da conduta de recusar-se ou omitir-se quanto a entrega das informações requisitadas. Lei Federal 12.850/2013..... 117

7 Requisição de dados e informações cadastrais da vítima ou de suspeitos às empresas de telecomunicações. Prerrogativas legais de Delegados de Polícia e membros do Ministério Público. Lei Federal 13.344/2016	121
8 Serviços de telecomunicações. Modalidades serviço móvel celular e serviços por satélite. Uso da rede pública de telecomunicações para prestação do serviço de valor adicionado. Lei 9.295/1996	125
8.1 Serviço móvel celular. Mudança de regime jurídico de permissão para concessão. Princípio da licitação. Serviço público. Ausência de violação ao art. 175 da Constituição Federal.....	127
8.2 Serviços por satélite. Prorrogação das concessões sem licitação.....	130
8.3 Serviço de valor adicionado à rede de telecomunicações. Natureza jurídica.....	134
Debate sobre a inconstitucionalidade de leis sobre telecomunicações. Competência legislativa privativa da união.....	137
9 Obrigação legal do fornecedor de serviços de telecomunicações. Informação ao consumidor sobre quitação de débitos anteriores no instrumento de cobrança.....	138
10 Proibição da cobrança de tarifa básica nos contratos de serviços de telefonia fixa e TV a cabo	141
11 Franquia de minutos mensais em serviços de telefonia fixa	147
12 Contador de pulso nos serviços de telefonia fixa	149
13 Comercialização e revenda de celulares usados	150
14 Prazo de validade de crédito de celular pré-pago	153
15 Instalação de antenas de celulares	155
16 Substituição da rede elétrica aérea por redes subterrâneas: reflexos no setor de telecomunicações.....	158

17 Dispositivos de controle de aparelhos celulares em estabelecimentos penais e nos centros de socioeducação.....	160
18 Obrigação legal de prestadora do serviço de telefonia fixa e móvel a apresentar informações sobre usuários para fins de segurança pública.....	165
19 Obrigação legal de envio de contratos de adesão das empresas de telecomunicações para os consumidores por carta registrada.....	167
20 Obrigação legal de estabelecimentos comerciais que vendem chips e aparelhos celulares de disponibilizar para consumidor mapa demonstrativo de qualidade do sinal de telecomunicações por município	169
21 Cobrança de taxa para segundo ponto de acesso aos serviços de telecomunicações e internet.....	171
22 Obrigação legal das prestadoras de telefonia fixa e móvel de manter cadastro especial de assinantes para vendas por telemarketing	173
23 Obrigação legal de cadastramento de compradores de aparelhos celulares	174
24 Obrigação da empresa de telecomunicações de localizar aparelhos celulares ..	176
25 Imposição às empresas de telecomunicações da obrigação de informar dados dos proprietários de linhas telefônicas nas hipóteses de acionamento indevido dos serviços de emergência	178
26 Serviços por satélites. Comercialização da capacidade satelital. Chamamento Público de Contratação de Empresa. Impugnação de Edital da empresa Telecomunicações Brasileiras S/A. Telebrás	179
27 Cobrança de pulsos de telefonia fixa além da franquia. Matéria infraconstitucional. Inexistência de Repercussão Geral. Tema 274	181
Tributação do setor de Telecomunicações	183
28 Inconstitucionalidade da Cobrança por Município de taxa de licenciamento de estação rádio-base de telecomunicação. Repercussão Geral. Tema 919	183

29 Decreto 640/1962 do Conselho de Ministros. Serviço de telecomunicação. Classificação como indústria básica, para efeito de incidência do ICMS.....	188
30 Não incidência do ICMS sobre habilitação de aparelhos celulares. Tema 301.....	192
31 Cobrança de ICMS sobre tarifa de assinatura básica mensal nos serviços de telecomunicações. Repercussão Geral. Tema 827	195
32 Compensação de ICMS recolhido sobre prestações de serviço de comunicação em relação às quais houve inadimplência absoluta do usuário. Repercussão Geral. Tema 705.....	197
33 Alíquota de ICMS sobre o fornecimento de energia elétrica e serviços de telecomunicação em patamar superior (25%). Repercussão Geral. Tema 745 ..	200
34 ICMS. Comércio eletrônico. Empresas de pequeno porte e microempresas. Suspensão do Convênio CONFAZ. Matéria sob reserva de Lei Complementar	202
Questões processuais e Telecomunicações.....	204
35 Competência da Justiça Estadual para julgar ação judicial entre consumidor e empresa concessionária do serviço de telefonia fixa. Cobrança de pulsos além da franquia. Ilegitimidade passiva da Anatel. Repercussão Geral. Tema 17.....	204
36 Competência da Justiça Estadual. Relação processual entre consumidores e empresas de telecomunicações. Tarifa básica de assinatura do serviço de telefonia fixa. Repercussão Geral. Tema 35	209
37 Legitimidade das associações empresariais de telecomunicações para propor ações diretas de inconstitucionalidade. Alinhamento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.	215

CAPÍTULO II - INTERNET221

1 Marco Civil da Internet. (In)Constitucionalidade e interpretação. ADI 5527..... 224

2 WhatsApp. Suspensão da ordem judicial de bloqueio do aplicativo. Direito fundamental à comunicação. ADPF 403 228

3 Fiscalização e retirada de conteúdo ofensivo publicado em redes sociais. Dever de empresa hospedeira. Repercussão geral. Tema 533 243

4 Direito ao esquecimento no âmbito civil. Redes de busca. Internet. Repercussão geral. Tema 786..... 249

5 Lei estadual que obriga as empresas prestadoras de serviços de internet móvel e de banda larga, na modalidade pós-paga, a apresentar ao consumidor, na fatura mensal, gráficos que informem a velocidade diária média de envio e recebimento de dados. Inconstitucionalidade..... 253

6 Ofensa pessoal veiculada pela internet: competência para julgamento de ações de responsabilidade por danos e responsabilidade civil do provedor de conteúdo na internet - Repercussão geral. Tema 208..... 258

7 ICMS sobre serviços de acesso à internet. Matéria infraconstitucional tema 263. 260

8 Criação do programa internet por banda larga gratuita. Lei municipal de iniciativa da câmara de vereadores. Usurpação da competência Legislativa privativa do prefeito. Inconstitucionalidade..... 262

CAPÍTULO 3 - TELEVISÃO E RÁDIO POR RADIODIFUSÃO 264

1 Recepção da lei da TV e rádio comercial pela constituição federal. Lei 4.117/1962..... 266

2 Decreto da TV digital. Sistema brasileiro de televisão digital	270
3 Classificação indicativa da programação de televisão. Inconstitucionalidade. Estatuto da criança e do adolescente	273
4 Suspensão da programação de emissoras de TV. Sanção. estatuto da criança e do adolescente.....	277
5 Publicidade comercial. Ausência de omissão legislativa quanto à regulação de propaganda de bebidas de teor alcoólico	279
6 Publicidade comercial. Lei estadual que proíbe propaganda de medicamentos.....	283
7 Liberdade de radiodifusão para veicular programa de TV. A questão do direito ao esquecimento no âmbito civil. Dignidade da pessoa humana, imagem, honra e intimidade. Repercussão geral. Tema 786	286
8 Política pública de acessibilidade aos recursos de audiodescrição na programação de TV. Prorrogação de prazo de implantação. Definição em ato do poder executivo.....	289
9 Legislação eleitoral. Restrições legais às emissoras de televisão e rádio por radiodifusão em detrimento da liberdade de imprensa e informação	293
10 Propriedade e (ou) participação societária por deputados e senadores em empresas de TV e rádio por radiodifusão, em concessão, permissão ou autorização.....	296
11 Rádio comercial. Obrigação da transmissão do programa Voz do Brasil. Visão crítica. Princípio constitucional da complementaridade. Sistemas de radiodifusão privado, público e estatal	304
12 Radiodifusão pública. Criação da Empresa Brasil de Comunicação – EBC. Regime de licitações e contratos	311

13 Radiodifusão pública. Empresa Brasileira de Comunicação – EBC. Exoneração do diretor-presidente pela presidência da república.....	314
14 Radiodifusão educativa. Estabilidade no emprego dos servidores da Fundação Padre Anchieta. TV Cultura. Repercussão geral. Tema 545.....	318
15 Rádios comunitárias. Vedação legal ao proselitismo político e religioso. Constitucionalidade.....	320
16 Lei municipal sobre rádios comunitárias. Competência legislativa privativa da União.....	323
17 Acesso dos partidos políticos à televisão e rádio. Direito de antena.....	324
CAPÍTULO 4 - TELEVISÃO POR ASSINATURA	328
1 Lei do serviço de comunicação audiovisual de acesso condicionado. SEAC. ADI's 4679, 4747, 4756 e 4923. Análise setorial.....	329
2 Regras de restrição legal à propriedade cruzada entre empresas de TV por radiodifusão e empresas de telecomunicações	334
3 Outorga da prestação do serviço de comunicação audiovisual de acesso condicionado. SEAC. Regime privado da autorização expedida pela Anatel...336	
4 Não aplicação do princípio licitatório na outorga do serviço de comunicação audiovisual de acesso condicionado	338
5 Regime de cotas de conteúdo brasileiro na programação da TV por assinatura	339
6 Cláusula de não indenização aos prestadores do serviço pela mudança do regime jurídico da TV por assinatura.....	342
7 Distribuição obrigatória de canais de programação de TV aberta pelas prestadoras de TV por assinatura	345

8 Competência da Ancine. Credenciamento das empresas de empacotamento e programação de televisão por assinatura.....	348
9 Publicidade comercial na TV por assinatura. Limite de tempo de veiculação	351
10 Contratação de agência de publicidade brasileira para veicular propaganda em canal no exterior	352

CAPÍTULO 5 - IMPRENSA.....354

1 Não recepção da Lei de imprensa pela constituição de 1988. ADPF 130. A plena liberdade de informação jornalística	356
2 Reclamações propostas por veículos de imprensa fundamentadas na ADPF 130. Proteção à liberdade de imprensa	362
3 Imprensa e serviço de televisão por radiodifusão. Distinção de regime jurídico.....	366
4 Liberdade de imprensa versus direitos da personalidade	368
5 Restrição constitucional à participação de capital estrangeiro em empresas jornalísticas. Sites. Artigo 222 da Constituição Federal.....	372
6 Diploma de jornalista. Afastamento da obrigatoriedade legal. Liberdade de profissão e liberdade de informação	373
7 Lei do direito de resposta. Meios de comunicação social	376
8 Biografias. Publicação. Desnecessidade de autorização prévia do biografado e liberdade de expressão. A interpretação constitucional do código civil. Artigos 20 e 21	379

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....385

ANEXOS402

Anexo I - Temas de repercussão geral402

Anexo II - Temas pendentes de julgamento final403

Anexo III - Principais artigos da Constituição nas decisões do Supremo Tribunal Federal404

Anexo IV - Principais Leis setoriais do direito da comunicação com impugnação de sua constitucionalidade413

Anexo V - Tratados internacionais citados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal413

BIBLIOGRAFIA415

Palavras do Autor

“Comunicar-se é natureza; Aprender o comunicado tal como ele foi dado é cultura”

Goethe

A inspiração para escrever sobre Direito da Comunicação¹ vem da percepção da necessidade e do valor do conhecimento desta especialidade, tanto para os profissionais do direito quanto de outras áreas do conhecimento. O Direito e a Comunicação têm raízes em comum, razão para a organização da categoria Direito da Comunicação. Acredita-se no valor fundamental da relação entre educação, comunicação e o Direito. Também, aqui, a percepção da essencialidade da base comum entre o comércio e a comunicação.² Ou seja, da fundamentalidade das infraestruturas de redes de comunicação, para o setor de serviços, comércio e indústria.

Este livro, segundo volume da coleção de três livros sobre Direito da Comunicação, é dedicado aos *Temas de Direito da Comunicação na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*.

-
- 1 A criação da Coleção sobre Direito da Comunicação é composta por três livros. O primeiro, é o livro *Direito da Comunicação: regime jurídico de telecomunicações, internet, TV por radiodifusão, TV por assinatura*. Curitiba: Edição do Autor, 2016. Este livro está traduzido para os idiomas inglês, francês e espanhol, ebooks disponíveis no site da Amazon pelos seguintes títulos: *Communication Law in Brazil. Telecommunication, internet, broadcasting, Pay –TV, Derecho de las comunicaciones en Brasil. Telecomunicaciones. Internet. TV por radiodifusión. TV por suscripción*. Este é segundo livro da série: *Temas de Direito da Comunicação na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. A obra propõe-se a apresentar temas concretos decididos ou ainda analisados pelo Supremo Tribunal Federal, todos relacionados à regulação setorial dos serviços de comunicações e ao Direito da Comunicação, a partir de conceitos e modelos já trazidos no primeiro livro.
 - 2 Neste aspecto, a relevância das atividades econômicas relacionadas à publicidade comercial como fonte para a realização de vendas de produtos e serviços, base da economia.

Aqui, a perspectiva é o Direito regulatório da Comunicação, isto é, o conjunto de normas aplicáveis sobre os setores de internet, telecomunicações, televisão aberta e televisão por assinatura, internet e imprensa. Existem leis setoriais especiais para cada setor da comunicação analisado, que definem o respectivo regime jurídico.³ A legislação federal contém conceitos fundamentais a respeito dos serviços de comunicação, tais como: telecomunicações, acesso à internet, aplicações de internet, radiodifusão sonora e radiodifusão de sons e imagens, comunicação audiovisual de acesso condicionado e radiodifusão pública. Também, da interpretação da legislação é possível extrair o conceito de televisão, para fins de diferenciação diante de outras atividades econômicas.⁴ O tema em si envolve tecnologias e respectivas plataformas digitais, infraestruturas de redes de comunicação, serviços de comunicação e conteúdos audiovisuais.

O livro trata de temas de Direito da Comunicação que tiveram reconhecida Repercussão Geral pelo Supremo Tribunal Federal, como também daqueles em que foi declarada a ausência de Repercussão Geral, sempre com foco na regulação setorial dos serviços de comunicações. Neste contexto, apresenta-se a diversidade e singularidade de cada uma das espécies de serviços de comunicações regulados na forma da lei setorial, pelo Estado, ou por intermédio das respectivas agências reguladoras, no caso a Anatel e a Ancine.

3 Assim, os serviços de telecomunicações são disciplinados pela Lei n. 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações).

Os serviços de internet são tratados no Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014). Os serviços de TV e rádio por radiodifusão do setor privado são disciplinados na forma da Lei n. 4.117/1962.

Os serviços de radiodifusão pública são regidos pela Lei n. 11.652/200, com alteração na forma da Lei 13.417, de 1º de março de 2017. E os serviços de comunicação audiovisual de acesso condicionado (TV por assinatura) são tratados na Lei n. 12.485/2011. À exceção do setor da imprensa, em que não há uma lei setorial específica que trate do tema, tendo em vista a decisão do STF na ADPF n. 130. Ver: Scorsim, Ericson M. Direito da comunicação: regime jurídico de telecomunicações, internet, Tv por radiodifusão, Tv por assinatura, 2016.

4 Ver: SCORSIM, Ericson M. TV digital e comunicação social. Aspectos regulatórios. TVs privada, pública e estatal. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

No Estado Democrático de Direito, há o ambiente da democracia comunicativa⁵, a qual é integrada por liberdades comunicativas. A liberdade de comunicação integra o âmbito normativo da liberdade de expressão em sentido amplo, sendo base para a autodeterminação democrática, isto é, auto-governo coletivo e o auto-governo individual.⁶

Neste aspecto, o Direito da Comunicação (o quadro maior) é composto pelas liberdades de comunicação individuais. Assim, a Constituição Federal de 1998 oferece sólidas garantias à liberdade de expressão, informação e comunicação. A Constituição garante o livre fluxo das comunicações, preservando-se a difusão de conteúdos plurais e diversos. Daí a essencialidade da proteção ao pluralismo de fontes de expressão, informação e comunicação, por meios de comunicação social. Há, no entanto, diferenças significativas entre o regime das comunicações pessoais⁷ e o regime geral da Comunicação Social⁸, previsto na Constituição.

Para além do direito regulatório da comunicação, parte-se da premissa da essencialidade das comunicações para a experiência da humanidade. Também, da percepção da comunicação como necessidade para o funcionamento da sociedade em rede e da economia global.⁹ Em outras palavras, a comunicação é essencial aos sistemas social, econômico, político, jurídico e educacional.

5 Segundo aponta Jónatas E. Machado e Iolanda A.S. Rodrigues: “A doutrina constitucional sublinha que o princípio democrático tem como subprincípio a democracia comunicativa, estruturada em torno das noções de opinião pública e comunicação cívica e política democrática”. E, ainda, os mesmos autores explicam: “A democracia comunicativa, indissociável dos ideais de democracia participativa e deliberativa, aponta para a centralidade democrática dos direitos da comunicação, consagrados nos arts. 37 e 38 da Constituição (“no caso a Constituição de Portugal), como sejam, a liberdade de expressão, a liberdade de informação - abrangendo os direitos de informar, de se informar e de ser informado - os direitos dos - os direitos dos jornalistas, a liberdade de imprensa, a liberdade de radiodifusão, a liberdade de programação”. Obra: Difamação de figuras públicas. Tutela jurídica e censura judicial à luz do direito português. Curitiba: Juruá, 2016, p. 23.

6 Ver: Machado, Jónatas E. M. Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, p. 416.

7 Regime da comunicação individual é definido no art. 5º, inc. IX, da Constituição.

8 Regime da Comunicação Social (arts. 220 a 224).

9 Wolton, Dominique. Pensar a comunicação. Brasília: Editora UNB, p. 30-31.

Os capítulos deste livro pretendem contribuir para nova visão, organização e alinhamento de temas essenciais da legislação sobre comunicação social, imprensa, internet, telecomunicações, televisão por radiodifusão e televisão por assinatura, no contexto da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Assim, são apresentados mais de 60 (sessenta) casos analisados pelo Supremo Tribunal Federal, no período entre 1988 a 2016, em diversos temas relativos ao Direito da Comunicação e aos serviços de comunicação regulados. Ou seja, analisa-se o passado, o presente e as linhas diretivas do futuro da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal neste campo do direito regulatório das comunicações. Alguns deles considerados casos *notórios* pelo próprio Supremo Tribunal Federal (*site* oficial).

Sabe-se que o foco de atenção do Supremo Tribunal Federal são as questões constitucionais e a fixação das teses na interpretação constitucional. Assim, apresenta-se a interpretação fixada pelo Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade e (ou) inconstitucionalidade de leis aplicadas aos setores destes serviços de comunicações regulados.

As questões constitucionais são, principalmente, levadas ao Supremo Tribunal Federal por diversos mecanismos processuais: recursos extraordinários, ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade, arguições de descumprimento de preceito fundamental e reclamações. Estes mecanismos processuais são acionados, com fundamento na garantia do pleno acesso à jurisdição, por pessoas privadas ou jurídicas, Municípios, Estados-membros, partidos políticos, Ministério Público, associações de empresas ou sindicatos, entre outras.

Não é o objetivo do livro apresentar todos os casos decididos pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do Direito da Comunicação. Mas aqueles que aqui

se considera relevantes. São mais de 60 (sessenta) casos trazidos nos capítulos deste livro.¹⁰

Busca-se, sim, alinhar, com clareza e precisão, o ambiente regulatório do setor dos serviços de comunicações, a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal formada em decisões que debatem a constitucionalidade das leis de imprensa, televisão aberta e televisão por assinatura, telecomunicações e internet.

Apresenta-se, analiticamente, a visão majoritária dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, que com seus votos fixaram a tese jurídica vencedora. Mas, quando necessário, há o destaque à opinião divergente de cada Ministro que dissentiu deste entendimento majoritário.

Importante lembrar que cada Ministro do Supremo Tribunal Federal, no exercício de sua liberdade de consciência, a partir de sua experiência histórica, e da sua visão do direito e da Constituição, profere seus votos nos julgamentos. Para além da dimensão subjetiva, há, evidentemente, a dimensão institucional do Supremo Tribunal Federal.¹¹ Talvez, um dos desafios contemporâneos seja a própria garantia institucional do Supremo Tribunal Federal, diante das pressões do ambiente externo, inclusive diante da própria opinião pública, para fins de preservação da independência do Poder Judiciário, bem como a sua imparcialidade na realização dos julgamentos de ampla repercussão coletiva.

Além disto, é característica do exercício da jurisdição constitucional o papel

10 Os temas mais julgados pelo Supremo Tribunal Federal referem-se a casos em relação aos Direitos Administrativo, Tributário e Trabalho. Dentre eles, destaca-se o direito administrativo com o maior número de processos, em parte aos casos relacionados aos servidores públicos. Ver: FALCÃO, Joaquim et al. Supremo em números. O Supremo e a Federação. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2013. A inspiração para escrever livro é justamente para destacar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o Direito da Comunicação, cujos temas (telecom, internet, radiodifusão e TV por assinatura), têm repercussão sobre a vida de milhões de brasileiros, bem como sobre centenas empresas.

11 Sobre o tema da participação do direito no comportamento judicial, bem como da subjetividade no comportamento judicial. Ver: Mello, Patrícia Perrone Campos. Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2015.

contramajoritário desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, na medida em que detém a competência para *invalidar* atos produzidos pelo Poder Legislativo e Poder Executivo, no exercício do controle da constitucionalidade das leis e dos atos respectivos.

Frequentemente, nos casos de ampla e intensa repercussão popular e com repercussão nos meios de comunicação social, o Supremo Tribunal Federal encontra-se sob aparente pressão durante o processo decisório, já que são diversos interesses em jogo. Especialmente, nos julgamentos televisionados quando, acredita-se há, alguma influência do meio televisivo sobre o método de exposição do julgamento ao público. A linguagem audiovisual da televisão tem significativo impacto sobre os cidadãos espectadores. Daí a mudança na narrativa da comunicação jurídica apresentada ao público.¹² Há inclusive, em sua comunicação externa, a preocupação dos Ministros em traduzir a linguagem jurídica adotada nos julgamentos para a opinião pública, bem como simplificar a narrativa, tarefa esta desafiadora.

O desafio é articular a comunicação oral durante a transmissão do julgamento do caso pela TV Justiça, com a comunicação do voto escrito, geralmente extenso e repleto de importantes conceitos jurídicos. Eventualmente, para parcela dos telespectadores que assistem à TV Justiça, seja pela televisão ou pelo canal transmitido pelo Youtube, a dificuldade é a compreensão da própria narrativa do julgamento.¹³ De fato o público brasileiro tem como hábito a cultura da oralidade, algo incorporado na linguagem audiovisual da televisão brasileira. E também, há aqueles que não tem familiaridade com a cultura jurídica escrita, algo inerente aos textos legais e à Constituição Federal. Também a narrativa tradicional da mídia televisiva é pautada pelas emoções comunicativas, inclusive no âmbito do

12 Sobre a participação das instituições no comportamento judicial, ver: Mello, Patrícia Perrone Campos. Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro, Forense, p. 293-378.

13 Sobre as diferenças entre a cultura do texto escrito diante da cultura da televisão, ver: Harold A. Innis. O viés da comunicação. São Paulo: Editora Vozes, 2008.

noticiário, ainda mais acentuado no âmbito da comunicação publicitária. Mas, diversamente, a comunicação judicial tem outro modelo a ser seguido, a partir de razões comunicativas. Ou seja, ao Poder Judiciário cabe motivar suas decisões, bem como apresentar os fundamentos jurídicos na solução dos casos que lhe são submetidos.

Nesta linha, na essência, as decisões do Supremo Tribunal Federal no âmbito do Direito da Comunicação referem-se à interpretação de questões constitucionais sobre os capítulos relativos aos direitos fundamentais, às competências federativas sobre o setor de telecomunicações¹⁴, aos partidos políticos (direito de antena), à Comunicação Social (televisão por radiodifusão e TV por assinatura) e à forma de organização da administração pública, bem como limites do Poder Executivo, na edição de decretos e/ou políticas públicas setoriais.¹⁵

Enfim, a lógica jurídica passa pelo encadeamento hierárquico entre Constituição, leis e decretos, com a interpretação final fixada pelo Poder Judiciário.

Os casos aqui trazidos, já julgados pelo Supremo Tribunal Federal ou ainda que aguardam análise de mérito, objeto de pesquisa e estudo, referem-se à interpretação das leis setoriais de comunicações: Lei de Imprensa¹⁶, Lei Geral de Telecomunicações¹⁷, Lei da TV e Rádio por Radiodifusão¹⁸, Lei da Radiodifusão Pública¹⁹, Lei da TV por assinatura (serviços de comunicação audiovisual de acesso condicionado), Marco Civil da Internet²⁰, entre outras.

14 Arts. 21 a 24 da Constituição Federal de 1988.

15 Ver ADPF 309, que se refere à política pública definida pelo Poder Executivo sobre acessibilidade de pessoas com deficiência visual e cognitiva aos serviços de televisão por radiodifusão.

16 Lei de Imprensa, Lei n. 5.250/1967, Ver: ADPF 130/DF.

17 Lei Geral de Telecomunicações, Lei n. 9.472/1997, Ver: ADI 1668/DF.

18 Lei dos Serviços de TV e por radiodifusão do setor privado, Lei n. 4.117/1962, ver: ADI 561/DF.

19 Lei da Radiodifusão Pública, Lei n. 11.652/2008, com alteração na forma da Lei n. 13.417/2017, ver: ADI 3994/DF.

20 Marco Civil da Internet (12.965/2014): ADPF 403 e ADPF 421 e ADI 5527.

No âmbito da Comunicação Social, sabe-se da essencialidade dos meios de comunicação social para o ambiente da democracia.²¹ É fundamental para a democracia o livre fluxo das comunicações. Daí a utilização da metáfora do livre mercado de ideias.²² Ou seja, no ambiente democrático, é essencial o livre fluxo da comunicação de ideias, pensamentos, vozes, opiniões, sentimentos, projetos, dados, informações, etc. Há proibição constitucional da formação de monopólios e oligopólios dos meios de comunicação social, justamente para possibilitar o ambiente do livre fluxo das comunicações e informações.²³

É possível extrair da Constituição da Comunicação Social de 1988, a posição de tratamento preferencial em relação às liberdades comunicativas. Nas lições da doutrina, as liberdades comunicativas decorrem da liberdade de expressão em sentido amplo. Daí o reconhecimento de liberdades comunicativas derivadas como liberdade de radiodifusão, liberdade de programação, liberdade de telecomunicações, entre outras.²⁴ Nas palavras do Min. Barroso, na ADI 4815, “no Brasil, porém, há pouco desenvolvimento teórico sobre o que tal posição significa e quais as consequências práticas”. Esta lacuna no âmbito da teoria do direito é também fonte de inspiração para autor do presente livro.²⁵

21 Sobre o tema, ver: Scorsim. Ericson M. Comunicação Social e democracia: regime jurídico dos serviços de televisão aberta. In: Coord. CLÈVE, Clèmerson Merlin. Direito Constitucional brasileiro. vol. III,. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2014, pp. 497-531.

22 Expressão free market place of ideas, originariamente adotada pelo juiz Oliver Holmes da Suprema Corte dos EUA, em *Abraham x United States*.

23 Sobre o tema, ver: SCORSIM. Ericson M. Comunicação social e democracia: regime jurídico dos serviços de televisão aberta. In: Direito constitucional brasileiro, vol. 3. Coord. CLÈVE, Clèmerson Merlin. São Paulo: Thomson Reuters, Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 497-529.

24 Para detalhamento da questão, ver: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MACHADO, Jonatas. Constituição e Código civil brasileiro: âmbito de proteção de biografias não autorizadas. In: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira e SANTOS, Márcio Gil Tostes dos. Constituição Brasileira de 1988. Reflexões em comemoração ao seu 25º aniversário. Curitiba, Juruá, 2014, p. 128-129.

25 Daí, também, a fonte de inspiração para escrever o primeiro livro da Coleção sobre o Direito da Comunicação: regimes jurídicos de internet, telecomunicações, TV por radiodifusão e TV por assinatura. Curitiba: edição do autor, 2016. Disponível no site da Amazon.

A base da democracia há de estar fundamentada na pluralidade das fontes de informação, no âmbito da Comunicação social. Daí o mandamento constitucional de se garantir a pluralidade e a diversidade dos meios de comunicação social. Não há democracia sem liberdade de comunicação social. Democracia e Comunicação social estão ligadas em suas raízes, no Estado Democrático de Direito. Modernamente, a democracia estrutura-se no contexto da sociedade de informação, também denominada sociedade de comunicação, estruturada em redes de comunicação.²⁶

Na Constituição do Brasil de 1988, há pilares fundamentais da organização da Comunicação Social: i) a plena liberdade de informação jornalística; ii) liberdade de expressão, informação e de comunicação social²⁷; iii) proibição dos monopólios e oligopólios dos meios de comunicação social, contido no art. 220, § 5º, e iv) o princípio da complementaridade dos sistemas de radiodifusão privado, público e estatal, no art. 223.

Sobre este princípio da complementaridade dos sistemas de radiodifusão privado, público e estatal, a percepção pelo legislador constituinte da preservação da autonomia comunicativa entre os setores do mercado, da sociedade e do Estado. Daí a garantia dos sistemas de radiodifusão privado, público e estatal. Assim, a Constituição do Brasil reconhece a estrutura policêntrica da comunicação social, enquanto garantia fundamental para o funcionamento da sociedade, do mercado e do Estado.²⁸ Destaque-se, no entanto, ausência de debate mais intenso no Supremo Tribunal Federal sobre a eficácia normativa do princípio da complementaridade dos sistemas de radiodifusão privado, público e estatal, previsto no art. 223 da Constituição.

26 Ver: ADPF n. 130.

27 Sobre o tema, conferir: SCORSIM, Ericson M. Direito à informação e serviços de televisão. In: Direito constitucional brasileiro, vol. I, Coord. CLÈVE, Clèmerson Merlin. São Paulo: Thomson Reuters, 2014, pps. 450-481.

28 O termo estrutura policêntrica da comunicação social é expressão utilizada pelo sociólogo Giovanni Sartori, em sua obra Teoria da Democracia revisitada.

É inerente à democracia o pluralismo e a diversidade de opiniões, bem como de movimentos sociais dos diferentes grupos de interesse. Daí a fundamentalidade da garantia da liberdade de imprensa, bem como da liberdade de expressão, liberdade de radiodifusão, da liberdade de programação das empresas proprietárias das empresas jornalísticas e empresas de televisão e rádio, por radiodifusão, direito de propriedade sobre os meios de comunicação social.

No ambiente democrático, a esfera pública é constituída pelos meios de comunicação social. As ações comunicativas são realizadas na esfera pública por diversos protagonistas e antagonistas, dentro do Estado, dos mercados, da sociedade civil e partidos políticos. Cada agente, ator e/ou autor busca expressar sua narrativa e, inclusive, comunicar seu ponto de vista para os demais.

Neste contexto, a imprensa tem o papel de canalizar estes pontos de vista e as vozes que circulam na sociedade, nos mercados e no Estado.

Um dos desafios para a democracia é a inserção das pessoas, vozes, interesses individuais e coletivos, no âmbito do processo político. Por isso, o tema da inclusão é fundamental para a democracia. A inclusão das pessoas no mercado (emprego e renda), na sociedade (respeito às diferenças e tolerância ao outro, nacionais ou estrangeiros), e no Estado (políticas públicas de acesso dos cidadãos às políticas públicas e adequados serviços públicos), bem como a adequada representatividade política. O ambiente da democracia comunicativa demanda a promoção de políticas públicas de comunicação inclusiva de direitos.²⁹ Na democracia, para além da liberdade de expressão, a fundamentalidade do diálogo na comunicação, especialmente no âmbito da comunicação política. Quer dizer, a comunicação baseada no diálogo é o ideal do ambiente democrático. Afinal, a ausência de diálogo é sintoma de regimes autoritários, aonde impera o código da violência e da repressão às liberdades comunicativas.

29 Sobre o tema, Young Iris Marion. *Inclusion and democracy*. Oxford: University Press, 2000.

Ou seja, o Estado Democrático de Direito deve dar respostas inclusivas aos direitos das pessoas, vedando-se as exclusões arbitrárias de direitos, com a discriminação a determinados grupos. Há o dever do Estado quanto à criação de oportunidades, econômicas e comunicativas, para o propósito maior de redução das desigualdades sociais, voltando-se ao desenvolvimento como mecanismo de prosperidade individual e coletiva. O desenvolvimento econômico-social é a fórmula-chave para a liberdade, bem como para a afirmação de direitos individuais e coletivos. Existem os desafios quanto à criação de igualdade de oportunidades, no âmbito da comunicação, especialmente, o direito de acesso à internet, por exemplo.³⁰

Também, é fundamental o pluralismo político como base estruturante do Estado Democrático de Direito. Igualmente, a importância dos meios de comunicação social, a serviço da democracia, especialmente para concretizar o direito de antena dos partidos políticos, bem como o direito à comunicação dos candidatos a cargos eletivos.

Sobre a relação entre política e imprensa (mídia impressa e eletrônica), há tensões e conflitos quanto à narrativa dos fatos e das respectivas versões. Curiosamente, os partidos políticos e os agentes políticos dependem do acesso e tempo de televisão e rádio, por radiodifusão, para se comunicar com o público. Principalmente, o tempo de televisão é moeda valiosa nas negociações para a construção de alianças partidárias, nas coligações. Em minutos na televisão e rádio, partidos políticos e agentes políticos disputam a atenção dos eleitores. Há, entretanto, a distância entre o ideal democrático, retratado na Constituição do Brasil de 1988, e a qualificação da comunicação política. Daí a crise crônica quanto à representatividade política dos cidadãos, diante da falta de sintonia entre os agentes políticos e a vontade dos cidadãos. Em síntese, no âmbito da política, mais do que saber falar é fundamental ouvir os cidadãos.

30 Neste aspecto, a livre iniciativa tem relevante papel na criação de novas tecnologias e na definição de serviços de comunicação. Vide o fenômeno dos aplicativos de Internet e das redes sociais.

Os meios de comunicação (mídia), embora devam respeitar a legislação eleitoral, tem naturalmente preferências e tendências ideológicas. Daí a simpatia ou antipatia por determinadas causas, nomes ou partidos políticos. Mas, às vezes esta preferência na seleção, filtragem e construção da agenda pública pode ser negativa na perspectiva do interesse público. Alguns temas relevantíssimos de interesse público podem ser ignorados diante do calor dos acontecimentos políticos.³¹

Historicamente, a razão de ser do Direito é servir ao controle do poder do governo, mediante a edição de leis aprovadas pelo parlamento. E o controle pelo Poder Judiciário dos atos do Poder Executivo, bem como do Poder Legislativo, este na forma do controle da constitucionalidade das leis e atos.³²

O controle dos abusos do poder político, do poder econômico e do poder de imprensa, é algo fundamental no ambiente democrático. Assim, para exemplificar, a hipótese de abusos do poder político e dos meios de comunicação social durante as eleições é causa de perda do mandato do candidato, nos termos da legislação eleitoral. Como ponto em comum do sistema político e do sistema de comunicação social: a disputa da atenção das pessoas. Por outro lado, quanto à Comunicação Social, dispõe sobre a proibição de monopólios e oligopólios nos meios de comunicação social.³³

31 Sobre este problema a respeito da responsabilidade da mídia, Al Gore em sua biografia revela que a mídia norte-americana durante o período das eleições simplesmente ignorou a crise sobre o aquecimento global, inclusive os fatos relacionados à manipulação de dados científicos pelo governo norte-americano, o qual tentava camuflar o grave problema da crise do aquecimento global, ora negando o fato, ora minimizando. Al Gore, ao destacar o relevante papel da imprensa tradicional em relação à democracia, aborda a fase atual da transição democrática da comunicação na era da internet. Daí o desafio, segundo ele, de apresentar questões de interesse público (educação, saúde, proteção ao meio ambiente, segurança pública e autogovernança), no ambiente da internet. Ver: GORE, Al. O futuro. Seis desafios para mudar o mundo. São Paulo: HSM Editora, 2013, p. 69.

32 Sobre o tema, Norberto Bobbio esclarece: “Enquanto a doutrina do positivismo jurídico considera o direito do ponto de vista do poder, a doutrina do Estado de direito considera o poder do ponto de vista do Direito”. In: Direito e poder. São Paulo: Editora Unesp, 2008.

33 Daí o cabimento de restrições legais à concentração econômica dos meios de comunicação social, com fundamento neste dispositivo constitucional. A propósito, o CADE analisa atos de concentração econômica nos setores de telecomunicações, internet, TV e rádio por radiodifusão e TV por assinatura, na perspectiva do direito concorrencial.

A função do Direito é promover a criação e a efetivação de direitos garantidos na Constituição e, conseqüentemente, o cumprimento de obrigações pelos três Poderes da República, em relação às políticas públicas estabelecidas pela Constituição. Em síntese, a função do Direito é comunicar direitos e deveres para as pessoas naturais ou pessoas jurídicas. Esta comunicação é realizada pela Constituição, pelas leis e pelos regulamentos. A comunicação do direito é apresentada pelos Magistrados e pelos Tribunais, no âmbito da aplicação da Constituição e da legislação setorial.

Neste aspecto, as bases do direito estão assentadas no poder comunicativo, conforme lições clássicas de Habermas. A razão comunicativa é um dos pilares de estruturação do direito, seja no momento da produção de suas normas, seja no momento da aplicação destas normas pelos tribunais.³⁴ Daí a percepção dos sistemas jurídicos, político, econômico e social, a partir de ações comunicativas dos diversos agentes privados e públicos. Assim, a ação comunicativa é base dos mercados, das sociedades e dos governos. E, principalmente, é a base da ação política nos regimes democráticos.

A democracia deliberativa é integrada pelo exercício das liberdades comunicativas, no livre fluxo de ideias, pensamentos, sentimentos, opiniões, informações e dados. A formação da vontade política coletiva é derivada deste processo comunicacional, dentro e fora do parlamento, dos poderes do estado diante das necessidades e expressões individuais e coletivas, organizadas e não organizadas. A autodeterminação democrática é garantida pela proteção às liberdades de informação e de comunicação.

A partir desta base fundamental, apresenta-se neste livro as grandes questões do direito *decididas* pelo Supremo Tribunal Federal em relação aos serviços

34 Ver: HABERMAS, Jurgen. Direito e Democracia. Entre facticidade e validade, vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 190-213. Sobre a noção de ação comunicativa, ver: HABERMAS, Jurgen. Teoria do agir comunicativo, vols. I e II, São Paulo: Martins Fontes, 2016.

de comunicações (internet, telecomunicações, TV e rádio por radiodifusão, TV por assinatura) objeto de regulação setorial, na forma da legislação. No setor de telecomunicações, a questão relevante que se apresenta é a constitucionalidade da lei geral de telecomunicações. Em destaque, a constitucionalidade da previsão legal do regime público e do regime privado para o setor de telecomunicações (ADI 1668/DF). Assim, há a incidência no serviço de telefonia fixa do regime público, sob a técnica de concessão de serviço, bem como o regime privado, sob a forma da autorização administrativa. Também, outra questão debatida é competência normativa da Anatel sobre os serviços de telecomunicações, de acordo com o princípio da legalidade.

Em destaque, a ADO 37 que trata da omissão inconstitucional quanto à utilização dos recursos do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (FUST), na universalização dos serviços de telecomunicações. Na ADO requer-se que o Supremo Tribunal Federal declare a inconstitucionalidade por omissão para que os Presidentes da Câmara dos Deputados, bem como do Senado Federal e a Presidência de República, promovam a *atualização* do art. 64 da Lei Geral de Telecomunicações³⁵, para fins de incluir na prestação do regime privado do serviço de telecomunicações de interesse público o serviço de telefonia móvel pessoal e internet. Requer-se, também, que o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Tecnologia a elaboração de políticas públicas, para fins de repasse de recursos do FUST pela Anatel.

Também, outros casos relevantes do setor de telecomunicações referem-se à análise da constitucionalidade de leis estaduais sobre telecomunicações, sob o fundamento

35 Segundo a Lei Geral de Telecomunicações: “Art. 64. Comportarão prestação no regime público as modalidades de serviço de telecomunicações de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar. Parágrafo único. Incluem-se neste caso as diversas modalidades do serviço telefônico fixo comutado, de qualquer âmbito, destinado ao uso do público em geral”.

da competência concorrente dos Estados-membros para legislar sobre produção e consumo, bem como defesa do consumidor.³⁶

A jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal é no sentido de fazer prevalecer a competência privativa da União para legislar sobre serviços de telecomunicações, decretando-se a inconstitucionalidade das leis estaduais sobre temas afetos aos referidos serviços de telecomunicações.³⁷

Assim, o Supremo Tribunal Federal, ao aplicar a regra da competência privativa da União para legislar sobre serviços de telecomunicações, optou pelo modelo centralizador que busca preservar a unidade da regulação federal sobre todo território nacional. A opção pela unidade regulatória, exclui a diversidade de ordenamentos setoriais estaduais sobre temas associados aos serviços de telecomunicações, inclusive direitos dos consumidores nestes serviços.

No setor de TV por assinatura, há a decisão sobre a constitucionalidade da Lei n. 12.485/2011 que trata dos serviços de comunicação audiovisual de acesso condicionado (SeAC), nas ADIs 4679/DF, 4747/DF, 4756/DF e 4923/DF.

Destaque-se que esta Lei da TV por assinatura, aplicável aos denominados serviços de comunicação audiovisual de acesso condicionado, representa inovação legislativa na medida em que cria e organiza as camadas de atividades econômicas de produção, empacotamento, programação e distribuição dos serviços de comunicação audiovisual de acesso condicionado, inclusive estabelece o regime de cotas de conteúdo brasileiro nos canais de programação.

Além disto, a Lei da TV por assinatura adotou novo regime jurídico, baseado na autorização administrativa, sob competência da Anatel. Daí o reconhecimento pelo legislador no sentido de que o serviço de TV por assinatura é serviço privado, submetido à regulação setorial e às regras da livre concorrência. Também, a

³⁶ CF, arts. 23, incs. V.

³⁷ Ver ADIs 3343/DF, 4649/RJ, 3846/PE, 4715/DF e 2902/SP.

Lei da TV por assinatura reconhece o serviço de comunicação audiovisual de acesso condicionado como espécie de serviço de telecomunicações, porém com regime jurídico especial. Por sua vez, a Ancine detém a competência legal para realizar o credenciamento prévio de empresas que realizam o empacotamento e programação dos canais de televisão por assinatura.

No setor de internet, em pauta no Supremo Tribunal Federal o julgamento dos casos referentes ao bloqueio, por ordem judicial, do aplicativo de comunicações WhatsApp, ADPF 403, ADPF 421 e ADI 5527.³⁸ A propósito, há estudos sobre os custos econômicos significativos que o bloqueio judicial do aplicativo de comunicações gerou sobre a economia brasileira, conforme noticia a imprensa.³⁹

Em debate, no Supremo Tribunal Federal a interpretação do Marco Civil da Internet, à luz da Constituição Federal, especialmente os direitos à liberdade de expressão e à comunicação, sigilo das comunicações, livre iniciativa e liberdade de modelo de negócios na internet, defesa do consumidor, segurança jurídica, bem como os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Em destaque, na fixação da pauta da audiência pública na ADPF 403, pelo Min. Edson Fachin, a questão técnica relacionada à utilização da criptografia no aplicativo de comunicações WhatsApp, bem como a possibilidade de sua desabilitação e interceptação do conteúdo de mensagens e conversas (ADPF 403).

38 As ADPFs n. 403 e 401, Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental, foram propostas contra as decisões judiciais de bloqueio do aplicativo de internet WhatsApp. Alega-se que as decisões judiciais configuram violação ao preceito fundamental representado pelo direito à comunicação, bem como à livre iniciativa. Daí o pedido ao Supremo Tribunal Federal para que haja suspensão dos efeitos das decisões judiciais, bem como ao final para fixar a interpretação constitucional aplicável ao caso.

39 Cf. Valor Econômico, O custo de bloquear aplicativos, 07.10.2016. A notícia de que o bloqueio judicial do WhatsApp no período de cinco dias representou ao país a perda de receita de US\$ 116 milhões de dólares em produto interno bruto (PIB). Ver, também: West, Darrel M. Internet shutdowns cost countries \$ 2.4 billion last year. Center for Technology Innovation, october, 2016. Neste artigo, apresenta-se os custos econômicos causados pela interrupção das aplicações de internet, em relação ao comércio eletrônico, bem como o direito da comunicação das pessoas.

Além disto, em aberto, o debate sobre os direitos à imagem, à honra e à privacidade diante das redes sociais, na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo ARE 660861/MG (Tema 533)⁴⁰.

No setor da radiodifusão de sons e imagens, o Supremo Tribunal Federal, na ADI 561/DF, decidiu no sentido da recepção da Lei n. 4.117/1962 pela Constituição de 1988. Este diploma normativo, anterior à Constituição de 1988, é ainda aplicável ao setor de radiodifusão. Para além do aspecto jurídico, o destaque à igualdade de acesso gratuito aos serviços de televisão e rádio, por radiodifusão, em todo território nacional, com a inclusão nos aspectos de entretenimento, jornalismo, cultura, política, educação, entre outros.

Outro caso relevante é o julgamento da constitucionalidade do Decreto que adotou o padrão de TV Digital, na ADI 3944. Este Decreto, editado pelo Poder Executivo, impôs a mudança do padrão tecnológico na prestação do serviço de radiodifusão de sons e imagens. O Supremo Tribunal Federal entendeu no sentido da desnecessidade de lei para tratar do tema da mudança do padrão de tecnologia de transmissão dos canais de TV por radiodifusão, na forma digital.⁴¹

No âmbito das rádios comerciais, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de reconhecer a constitucionalidade da obrigatoriedade, prevista na Lei n. 4.117/1962, das emissoras de rádio do setor privado transmitirem o programa *Voz do Brasil*, na faixa horária das 19hs às 20hs.

Neste ponto, apresenta-se, com todo respeito, uma posição crítica a esta visão dominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a obrigatoriedade da veiculação do programa oficial *Voz do Brasil* (ou seria *Voz de Brasília?*), a partir de nova releitura do princípio da complementaridade dos

40 TEMA 533: “Dever de empresa hospedeira de sítio na internet fiscalizar o conteúdo publicado e de retirá-lo do ar quando considerado ofensivo, sem intervenção do Judiciário”.

41 De certo modo, a política pública em relação à TV Digital é no sentido de promover a inclusão e o acesso universal aos serviços de televisão digital pelos brasileiros, eis que os serviços de televisão por radiodifusão são ofertados gratuitamente ao público.

sistemas de radiodifusão privado, público e estatal. Também, defende-se, aqui, a tese de que esta transmissão obrigatória da Voz do Brasil pelo setor comercial de radiodifusão representa ônus excessivo imposto pelo Estado, em afronta ao princípio da proporcionalidade. Ainda que seja o rádio comercial classificado como serviço público, existem limites à lei, impostos pela própria Constituição, no sentido de impedir abusos contra o setor privado, bem como à liberdade de radiodifusão e à liberdade de programação.⁴²

No âmbito da radiodifusão pública, há questões constitucionais sobre a medida provisória de criação da Empresa Brasil de Comunicação, bem com o regime de licitações e contratos, posteriormente convertida na Lei n. 11.652/2008.⁴³

Igualmente, a edição da legislação dos serviços de radiodifusão pública contribuiu para a percepção das diferenças deste regime de serviço público, em relação ao regime aplicável à radiodifusão do setor comercial. Assim, com a promulgação da Lei n. 11.652/2008, alterada na forma da Lei n. 13.417/2017, ficou claro a configuração do regime jurídico da radiodifusão pública, em concretização ao princípio constitucional da complementaridade dos sistemas de radiodifusão privado, público e estatal, estabelecido no art. 223 da Constituição.

No setor da imprensa, a decisão do Supremo Tribunal Federal, na ADPF 130 sobre a revogação da Lei de Imprensa diante da Constituição de 1998 e a proibição do legislador editar lei sobre tema afeto à liberdade de informação jornalística, ressalvadas algumas matérias reflexas à imprensa que podem ser objeto de regulação legislativa.

Conseqüentemente, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, decidiu pela desregulação parcial do setor de imprensa. O Min. Relator Ayres Britto

42 Para a visão crítica sobre a classificação dos serviços de TV e rádio por radiodifusão do setor privado como espécie de serviço público, ver: Scorsim. Ericson. TV Digital e Comunicação Social: aspectos regulatórios. TVs privada, pública e estatal. Belo Horizonte, Ed. Fórum, 2008.

43 A Lei n. 11.652/2008 foi modificada pela Lei n. 13.417/2017.

defendeu a tese da vedação à edição de nova lei sobre o setor de imprensa, no qual restou vencido, inclusive lavrou voto favorável à autorregulação. Os demais Ministros expressaram voto no sentido de a Constituição permitir a edição de lei sobre temas relacionados à imprensa, excetuada a preservação do núcleo essencial da liberdade de imprensa.⁴⁴

Afinal, a partir das inúmeras questões debatidas no Supremo Tribunal Federal no ambiente regulatório do Direito da Comunicação qual é o propósito do Direito da Comunicação?

O propósito do Direito da Comunicação é contribuir na busca e encontro de sentido da interpretação das regras e princípios da Constituição da Comunicação Social e da legislação setorial de internet, telecomunicações, radiodifusão de sons e imagens e radiodifusão sonora e TV por assinatura, que impactam a vida de milhões de pessoas, inclusive pessoas jurídicas, bem como afeta os modelos de negócios de milhares de empresas.⁴⁵

A expressão comunicações é amplíssima⁴⁶, mas o sentido do Direito da Comunicação está delimitado no presente livro à regulação setorial dos serviços de

44 Ver: ADPF 130. Os Ministros Eros Grau, Menezes Direito, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso e Celso de Mello seguiram o voto do Relator Ayres Britto no sentido da procedência da APDF, com a declaração da revogação total da Lei de Imprensa. Diferentemente, os Ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Gilmar Mendes votaram pela revogação parcial da lei. O Min. Marco Aurélio foi pela manutenção integral do texto da Lei da Imprensa.

45 Para ilustrar a questão, segundo estatísticas do ano de 2016, os serviços de telefonia móvel têm 252,5 milhões de acessos ativos. Os serviços de internet, por banda larga fixa, têm 26,3 milhões de acessos. Os serviços de telefonia fixa têm 42,6 milhões de acessos ativos. Os serviços de TV por assinatura têm 18,9 milhões de acessos. Os serviços de TV por radiodifusão alcançavam, em 2014, 97,1% dos 67 milhões de domicílios brasileiros. Além disto, com as aplicações de internet, os números são mais extraordinários. O aplicativo de comunicações WhatsApp tem mais de 120 milhões de usuários no Brasil. O Youtube tem mais de um bilhão de usuários em todo mundo. O Facebook tem 99 milhões de usuários ativos. Em síntese, a expressividade dos números relacionados aos serviços de comunicações é por si só fato relevante para a percepção do ambiente regulatório dos respectivos setores.

46 Sobre os sentidos da expressão comunicação, ver: Wolton. Dominique Wolton. Pensar a comunicação. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2004, p. 57. O autor apresenta os sentidos da comunicação como: i) partilha; ii) transmissão/difusão.

comunicações, a saber: internet, telecomunicações, TV e rádio por radiodifusão e TV por assinatura. O foco do livro é a abordagem dos serviços de comunicações regulados pelo Estado-legislador, e pelas agências reguladoras: Anatel e Ancine, sob a luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

E o direito é comunicação⁴⁷, em textos da Constituição e textos legislativos. A forma do Direito é preponderantemente escrita. Na aplicação do direito, há a comunicação entre o fato e a norma. Ressalta-se, é claro, evidentemente, a utilização da comunicação oral em julgamentos.⁴⁸ A comunicação é, portanto, inerente à estrutura e função do direito. Não há direito sem comunicação, assim como não há comunicação sem direito.⁴⁹ Não há liberdade de comunicação individual ou social, sem a necessária proteção do direito. Daí a relevância da comunicação legal, inclusive aquela sob a política pública do Poder Judiciário.

Destaque-se o universo das comunicações⁵⁰, a saber: comunicação social (arts. 220 a 224), comunicação pessoal (art. 5º, IX), comunicação jornalística (art. 220, § 1º), comunicação comercial⁵¹, telecomunicação (art. 21, XI), comunicação audiovisual de acesso condicionado (Lei 12485/11-Lei da Tv por assinatura), comunicação política (art. 17, § 3º - direito de antena dos partidos políticos), comunicação legal (TV Justiça), comunicação privada (Marco Civil da Internet), comunicação de dados (art. 5º, XII), comunicação telefônica, comunicação telegráfica, comunicação postal (art. 5º, X), comunicação científica, comunicação

47 Sobre a relação entre Comunicação e o Direito, ver: Fon Fuller, na obra de Angela Vida da Silva Martins. *A moralidade do direito como condição de liberdade em Fon Fuller*. Porto Alegre: Lex Magister, 2013. Também, Jurgen Habermas e sua teoria do agir comunicativo explica as estruturas da esfera pública.

48 Também, no âmbito dos processos eletrônicos, há comunicação digital entre os advogados e o Poder Judiciário.

49 A propósito, Tércio Sampaio Ferraz Júnior. *Direito, retórica e comunicação*. São Paulo: Saraiva, 1997.

50 Neste universo das comunicações, um aplicativo como o WhatsApp é capaz de proporcionar inúmeras funcionalidades no âmbito da comunicação de dados, comunicação comercial, comunicação legal, comunicação política, entre outras.

51 Publicidade comercial.

pública (art. 223), comunicação estatal(art. 223) , comunicação tecnológica, comunicação religiosa (art. 5º, VI), comunicação espiritual (art. 5º, VI).

Assim, é relevante perceber a espécie de serviço de comunicação (se internet, telecomunicações, radiodifusão ou TV por assinatura) que se trata, bem como do adequado enquadramento jurídico na Constituição e na legislação.

Ora, é importante apenas fazer a distinção entre a comunicação pessoal, direta e local (pessoas presentes no mesmo tempo e espaço), entre as pessoas e a comunicação tecnológica. Ora, o foco da regulação jurídica é sobre a comunicação tecnológica, efetuada por redes e serviços de comunicações, representadas pelas plataformas de rede, tais como: internet, telecomunicações, TV e rádio por radiodifusão e TV por assinatura.

Diferentemente do contexto histórico à época da promulgação Constituição de 1988, atualmente há novo ambiente de comunicações, radicalmente transformado pelas plataformas de tecnologias associadas à internet, que transcendem as fronteiras nacionais.

Os novos meios de comunicação, por redes sociais, sites, blogs, aplicativos, etc., criaram novos desafios para o direito regulatório da comunicação.

Estas novas plataformas tecnológicas de comunicação, baseadas na internet, promovem a autonomia comunicativa e informativa das pessoas. Daí a explosão das comunicações na escala globo, efetuadas por milhões de pessoas, com difusão infinita, plural e diversa, em bits, na forma de dados, vozes, textos, imagens, fotos, vídeos, etc.

Como já referido, a especialidade Direito da Comunicação tem como finalidade proporcionar a visão, com clareza e precisão, do ambiente da regulação setorial dos serviços de comunicação no Brasil. E, também, para contribuir para evolução do direito à comunicação das pessoas. A autodeterminação comunicativa e informativa é essencial ao livre desenvolvimento da personalidade. As liberdades

de comunicação são essenciais para a autodeterminação democrática do povo e dos cidadãos. Há uma relação intensa entre o direito à comunicação o princípio da dignidade humana. Afinal, como explica Tércio Sampaio Ferraz: “... dignidade humana deve estar centrada no viver em livre comunicação um com o outro”. Daí a percepção da pessoa como agente comunicativo, em rede de conexões, mediada pela internet e por outros meio de comunicação.⁵²

Enfim, o princípio constitucional da dignidade humana vincula, além de ser o fundamento e o limite à liberdade de expressão, informação e comunicação, atua, igualmente, como limites para os prestadores dos serviços de comunicações, tais como: internet, telecomunicações, TV por radiodifusão e TV por assinatura. Evidente, também a incidência do bloco dos demais direitos fundamentais sobre estes serviços de comunicação regulados, a saber: direitos de personalidade, direito à privacidade, inviolabilidade das comunicações privadas, entre outros.

A escolha de temas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o setor dos serviços comunicações regulados é o ponto de partida nesta missão de esclarecimento do ambiente da regulação setorial no Brasil.

Para além do direito, a relevância da sistematização da jurisprudência sobre os temas relacionados aos serviços de comunicações está amparada na essencialidade das comunicações para a sociedade. Ou seja, a funcionalidade do sistema social depende das estruturas econômicas e técnicas de comunicações entre as pessoas, para garantir o fluxo das comunicações.⁵³ Comunicação é necessidade das pessoas (daí a intensidade no consumo e uso dos serviços de telefonia, internet, aplicativos, redes sociais, etc.), bem como é necessidade da sociedade em rede e da economia global. A comunicação pode ser analisada por diversos

⁵² Sobre o tema, Junior, Tercio Sampaio Ferraz. Estudos de filosofia do direito. 2. São Paulo: Atlas, p. 137.

⁵³ Aqui, o aporte teórico do sociológico Niklas Luhmann, segundo o qual a comunicação é o operador central de todos os sistemas sociais. Ver: LUHMANN, Niklas. A realidade dos meios de comunicação. São Paulo: Paulus, 2005.

ângulos: os emissores (autores das comunicações, da transmissão (tecnologias/redes), conteúdos comunicados (sons, imagens, textos, vídeos, dados, etc.), como dos receptores (usuários dos serviços/consumidores), ou ainda pelo meio de transmissão (serviço de comunicação).

Também, comunicação é necessidade do Poder Judiciário, na tarefa de comunicar aos cidadãos os julgamentos em questões de relevância coletiva. Neste aspecto, destaque-se a importância da criação da TV Justiça como canal de comunicação do Poder Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal, perante a sociedade. Assim, com a TV Justiça, é possível comunicar os direitos e os deveres inerentes à cidadania, bem como explicar sobre a regulação setorial dos serviços de comunicações. Este canal de comunicação representa instrumento para concretizar a comunicação legal do Poder Judiciário.

A criação da TV Justiça possibilitou a concretização prática do direito à informação e comunicação da cidadania, garantindo-se a visibilidade e a transparência nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal.⁵⁴ Na ADPF n. 130, o Min. Ayres Britto, assim destaca:

“É que a própria história deste nosso Tribunal já se pode contar em dois períodos: antes e depois da TV Justiça, implantada esta pelo então presidente Marco Aurélio. TV Justiça a que vieram se somar a TV Digital e a Rádio Justiça ...”⁵⁵

Ou seja, a TV Justiça é instrumento de concretização do direito à comunicação dos cidadãos perante o Poder Judiciário. Neste aspecto, o Poder Judiciário cumpre com o dever de comunicar à sociedade a respeito dos principais julgamentos de interesse da coletividade. Daí a relevância deste canal de comunicação institucional

54 Ver: Lei n. 10.461/2002. A Lei da TV por assinatura, que trata da distribuição obrigatória da programação da TV Justiça, independentemente da tecnologia de distribuição empregada, pelas prestadoras do serviço de acesso condicionado (art. 32, inc. IV).

55 Ver ADPF 130, p. 38. A propósito do tema sobre os instrumentos de comunicação entre o Supremo Tribunal Federal e a população, ver: Mello, Patrícia Perrone Campos. Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 337-338.

para a democracia brasileira. A TV Justiça faz, de modo concreto e prático, a aproximação entre o Supremo Tribunal Federal e o Direito à Comunicação.⁵⁶

Outro fundamento para sistematização da pesquisa sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é a repercussão econômica dos temas relacionados aos serviços de comunicações regulados sobre a vida de milhões de cidadãos e consumidores brasileiros, bem como sobre os modelos de negócios das empresas que atuam nos respectivos setores de internet, telecomunicações, TV e rádio por radiodifusão, TV por assinatura e imprensa.

A expressividade dos números relativos ao impacto dos serviços de comunicações na economia (milhões de usuários) é forte justificativa para a sistematização do Direito da Comunicação, ainda mais devido à regulação constitucional do setor da comunicação.

A Constituição Federal de 1988 apresentou para o país novo marco regulatório para a vida das pessoas, empresas, governos e instituições.

Assim, a intensa repercussão da Constituição do Brasil sobre o estado, o mercado e a sociedade.

A partir de então, o Supremo Tribunal Federal tornou-se o protagonista na interpretação e no exercício da jurisdição constitucional, com o exame da constitucionalidade das leis, bem como do sentido e do alcance das normas da Constituição sobre o setor da comunicação, inclusive os serviços de comunicação regulados.

Evidentemente, cada Ministro do Supremo Tribunal Federal tem sua visão a respeito da sociedade, mercado e Estado, bem como do direito e da Constituição.

56 Curiosamente, a TV Justiça é canal de distribuição obrigatória nos serviços de TV por assinatura. Entretanto, para acessar o sinal da TV Justiça no sistema de radiodifusão aberto é necessária uma antena parabólica. Na prática, o sinal da TV Justiça não é facilmente acessível a quem não tem TV por assinatura. É possível acessar o canal da TV Justiça pela internet, ou Youtube. Sobre o tema, ver: Fonte, Felipe de Melo. *Jurisdição constitucional e participação popular: O Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

Há expressão desta visão dos Ministros nos julgamentos, bem como em suas declarações à mídia. Neste aspecto, cada Ministro, com base em sua liberdade de consciência, exerce livremente a liberdade de expressão e de comunicação sobre temas relevantes decididos ou de repercussão pública.⁵⁷

A Constituição da Comunicação⁵⁸ é a fonte das principais normas jurídicas aplicáveis no âmbito da Comunicação Social e das comunicações pessoais. Daí a relevância da interpretação constitucional em relação às leis editadas pelo Poder Legislativo, bem como sobre as responsabilidades e limites do Poder Executivo.

A Constituição Federal e as leis estabelecem condições para a concretização da liberdade de comunicação, seja a comunicação individual ou a comunicação coletiva. A lei não pode ser obstáculo à efetivação da liberdade de comunicação social. Daí porque é da responsabilidade do Estado-legislador, bem como dos governos, a criação das condições materiais, tais como: infraestruturas de redes de comunicação para viabilizar a concretização do direito à comunicação das pessoas, empresas e instituições.

Além disto, a Constituição Econômica está fundamentada nos princípios da livre iniciativa e livre concorrência, conforme dispõe o art. 170.⁵⁹ As bases dos mercados estão assentadas na liberdade empresarial, tema ainda objeto de intensas disputas no campo da ideologia política. Sobre o tema, a título ilustrativo, pontuou o Ministro Fux sobre os limites e as possibilidades da interpretação e aplicação judicial da Constituição Econômica, no julgamento da constitucionalidade da lei setorial da

57 Sobre o tema, ciência e consciência, ver: Morin. Edgar. *Ciência com consciência*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014. O autor destaca a relação entre tecnologia e conhecimento, bem como a fundamentação do sujeito na história do progresso da humanidade. Ele retrata os resultados proporcionados pela ciência, com a precisão e exatidão, na comunicação à distância para fins de navegação de naves espaciais fora da órbita terrestre.

58 Constituição da Comunicação é expressão utilizada por José Joaquim Gomes Canotilho e Jonas Machado, na obra *Reality-Shows e liberdade de programação*. Coimbra Editora, 2003.

59 Em destaque, o importante papel da livre iniciativa no campo das inovações tecnológicas, bem como na prestação de serviços de comunicação ao público.

TV por assinatura.⁶⁰ Ou seja, ao Supremo Tribunal Federal caberia responder à questão da existência de limites impostos pela Constituição à atividade legislativa, em relação à regulação do serviço de TV por assinatura, na forma da Lei n. 12.485/2011.

Há campo reservado ao Estado, sob a nomenclatura dos serviços públicos, os quais competem ao poder público, diretamente ou indiretamente mediante concessão ou permissão, nos termos do art. 175. Por sua vez, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado somente é permitida quando necessária aos imperativos de segurança social ou a relevante interesse coletivo, nos termos definidos em lei, conforme prevê o art. 173.⁶¹ Além disto, a Constituição Federal trata da competência normativa e fiscalizatória do estado sobre as atividades econômicas, em seu art. 174. Na prática, as agências reguladoras, como a Anatel e a Ancine, são instrumentos do Estado para viabilizar o exercício da competência normativa e fiscalizatória sobre o setor da comunicação e as respectivas empresas que nele atuam.⁶²

É relevante se entender a regulação setorial do setor da comunicação. Por tratar de setores econômicos complexos, é que houve a justificção para a criação de agências reguladoras especializadas nos temas de telecomunicações e audiovisual. A especialidade do tema é razão preponderante para a criação das agências reguladoras. Uma justificativa, também, para a criação do presente livro sobre o Direito Regulatório da Comunicação na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

60 Ver: ADI's 4679/DF, 4747/DF, 4756/DF e 4923/DF.

61 A propósito, na ADPF n. 530 alega-se que o Edital de Chamamento Público da Telebras, que trata da comercialização da capacidade de satelital de defesa e comunicações estratégicas viola o preceito fundamental do art. 173, da Constituição Federal.

62 Em debate, a modificação na regulação setorial de modo a possibilidade de intervenção da Anatel em concessões, autorizações e permissões sobre os serviços de telecomunicações, internet e TV por assinatura.

Destaque-se que o Direito Regulatório da Comunicação absorve as lições clássicas do Direito do Estado e do moderno Direito privado. Trata-se de visão jurídica de integração entre o Direito clássico e Direito contemporâneo. Por isso, ele está baseado nas linhas clássicas do Direito Constitucional e Direito Administrativo-regulatório.

Em especial, seu fundamento primeiro está no capítulo da Constituição Federal sobre a Comunicação Social que trata das regras sobre os veículos de comunicação social. Igualmente, sua base constitucional encontra-se nos capítulos referentes aos direitos fundamentais impactados pelos serviços de comunicação social e comunicação pessoal. Também, outros fundamentos constitucionais estão previstos no quadro de competências legislativas e materiais para normatização e organização dos setores de telecomunicações e radiodifusão sonora e radiodifusão de sons e imagens, previstos no art. 21, inc. XI e XII, letra a, e 22, inc. IV, da Constituição.

Por fim, o Direito da Comunicação dialoga com os demais ramos jurídicos. O seu âmbito de aplicação é amplo, pois tem como foco questões regulatórias, legais e contratuais relevantes às estruturas de mercado, à organização do setor público e à vida das pessoas, na condição de consumidores e cidadãos. Essas questões serão expostas nos casos apresentados e analisados a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

E o livro apresenta o Direito da Comunicação objeto de decisão pelo Supremo Tribunal, alguns ainda não foram julgados em seu mérito. Mostra, portanto, a visão sobre o passado, presente e os futuros julgamentos do Supremo Tribunal Federal sobre temas dos serviços de comunicações objeto de regulação setorial.

Na busca de sistematização do Direito da Comunicação há temas que, provavelmente, em futuro próximo, chegarão à pauta do Supremo Tribunal Federal, além dos que já estão:

- i)** A definição do sentido e do alcance do princípio constitucional da complementaridade dos sistemas de radiodifusão privado, público e estatal estabelecido no art. 223 da Constituição;
- ii)** A regulamentação pelo legislador do art. 220, inc. II;
- iii)** O controle da renovação das outorgas dos serviços de radiodifusão de sons e imagens do setor privado;
- iv)** A regulamentação do art. 221 da Constituição que trata dos princípios aplicáveis aos serviços de TV e rádio por radiodifusão;
- v)** A configuração ou não do direito fundamental de acesso ao serviço de internet e as responsabilidades do legislador e do executivo em relação à efetivação de políticas públicas de inclusão digital⁶³;
- vi)** A interpretação constitucional do princípio da neutralidade da rede, estabelecido no Marco Civil da Internet, e regulamentado por Decreto do Poder Executivo;
- vii)** O direito à privacidade e a proteção sobre dados pessoais (em serviços de acesso à internet, bem como aplicativos de internet);
- viii)** A constitucionalidade do controle das políticas públicas de acessibilidade dos serviços de comunicação (telecomunicações, internet e televisão);
- ix)** A inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e proporcional indenização por dano material ou moral decorrente de sua violação;

63 Ver ADO 37 sobre inconstitucionalidade por omissão na adoção de políticas públicas quanto à universalização dos serviços de telecomunicações, com a utilização dos recursos do FUST. Também, o pedido que o STF determine à Presidência da República e Congresso Nacional medidas de atualização da Lei Geral de Telecomunicações, para fins de classificação dos serviços privados de interesse público, como no caso o serviço de acesso à internet, por banda larga.

- x)** Inviolabilidade e sigilo do fluxo das comunicações privadas pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;
- xi)** Inviolabilidade e sigilo das comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;
- xii)** A responsabilidade dos provedores de aplicações de internet, bem como a liberdade de expressão e o direito à informação e os direitos dos públicos infantis e adolescentes no ambiente da internet;
- xiii)** A constitucionalidade das restrições legislativas à utilização da criptografia nas comunicações de dados;
- xiv)** A constitucionalidade das leis municipais de regulamentação do aplicativo Uber;
- xv)** O exercício da jurisdição sobre o cumprimento da legislação brasileira pelas empresas estrangeiras que oferecem aplicativos de internet em território nacional;
- xvi)** A assimetria regulatória entre os serviços de telecomunicações e os serviços Over-the-Top (OTT), dentre outras.⁶⁴

O panorama destes temas de Direito da Comunicação na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é amplo e parte deles será apresentada na sequência de forma sistematizada, por setores: Telecomunicações, Internet, TV por assinatura, TV por radiodifusão e imprensa.

64 As inovações tecnológicas causam a ruptura dos modelos de negócios tradicionais, bem como da regulação setorial tradicional. Em termos de tendências de mercado, há expectativas de criação de novos modelos de negócios, baseados no big data, computação em nuvem, internet das coisas, entre outras. Daí a livre iniciativa impulsiona as inovações tecnológicas, bem com a oferta do mercado de novos produtos e serviços às pessoas. É função do direito servir como incentivo à inovação tecnológica, tão essencial ao desenvolvimento econômico-social do País, e não simplesmente limitar-se à imposição de restrições regulatórias que inibam ou destruam a própria inovação das tecnologias.

Espero contribuir para o livre fluxo de ideias e das comunicações sobre o Direito da Comunicação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no mercado e na sociedade.

Ericson M. Scorsim

Junho de 2017

Apresentação

A Constituição de 1988 criou novo capítulo para a história do País e dos brasileiros. É a resposta para o passado, marcado pelo regime da ditadura militar. É a proposta para o futuro da sociedade, no sentido da efetivação de direitos fundamentais individuais e coletivos.

O texto original da Constituição do Brasil não é o mesmo, pois sofreu significativas mudanças por emendas constitucionais.

O Supremo Tribunal Federal é o intérprete final da Constituição. É a instituição com papel definidor da aplicação concreta do texto constitucional, cujas decisões impactam a sociedade, os mercados e o estado federativo.

O presente livro⁶⁵ apresenta algumas linhas para a sistematização da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre temas ligados ao Direito Regulatório da Comunicação.⁶⁶

O livro⁶⁷ resulta de intensa pesquisa da jurisprudência Supremo Tribunal Federal, no período de 1988 até 2017. Quando necessário, são apresentados comentários doutrinários para contribuir na compreensão dos temas.⁶⁸

65 Aqui, agradeço a atuação do advogado Marcel Scorsim Fracaro nas pesquisas e revisão do texto, bem como da bacharel em Direito Alessandra Filla Schuster que colaborou nas pesquisas de jurisprudência. Também, do advogado e professor Pedro Galloti Kenicke que revisou parte do texto.

66 Sobre o tema, consultar: SCORSIM, Ericson M. Direito da Comunicação. Regime Jurídico dos Serviços de Telecomunicações, Internet, TV por radiodifusão e TV por assinatura. Curitiba: edição do autor, 2016, disponível no site da Amazon.

67 Uma das fontes de inspiração do formato do presente livro é a obra a Constituição e o Supremo, trabalho realizado pela Secretaria de Documentação do Supremo Tribunal Federal. Ver no site do Supremo Tribunal Federal: A Constituição e o Supremo Tribunal Federal, 5ª. Ed., até a EC 90/2015, Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretária de Documentação, 2016.

68 A título de referência doutrinária, ver: SCORSIM, Ericson M. Direito a Informação e Serviços de Televisão. Direito Constitucional Brasileiro. Coordenação Clèmerson Merlin Clève, 1ª ed, vol.I, São Paulo:

São apresentados os principais julgamentos do Supremo Tribunal Federal sobre as principais leis setoriais dos serviços de comunicações. Daí a análise das decisões em questões constitucionais afetas à antiga Lei de Imprensa⁶⁹, Lei da TV e rádio por radiodifusão do setor comercial⁷⁰, Lei da Radiodifusão Pública⁷¹, Lei Geral de Telecomunicações⁷², Lei da TV por assinatura⁷³ e Marco Civil da Internet⁷⁴.

Existem diferenças significativas entre os regimes jurídicos de cada espécie de serviço de comunicação, daí o cuidado na interpretação constitucional e legal, para fins de clareza do ambiente regulatório em que se enquadra a espécie de serviço de comunicação regulado em análise.

Para além da regulação jurídica, é importante na interpretação da Constituição e da legislação, entender a natureza do modelo de negócios da empresa de telecomunicação, internet ou televisão, ora submetida à aplicação do direito setorial.

No caso da TV aberta, ofertada gratuitamente ao público em geral, suas receitas financeiras decorrem do mercado de publicidade comercial, em anúncios nos intervalos da programação, e marketing de produtos e serviços dentro da programação. No modelo da TV por assinatura, as receitas tem como origem o pagamento de preço pelos assinantes dos respectivos serviços. Com o fim da transmissão do sinal de TV analógico, diante da conclusão da implantação do sinal da TV digital, surgiu a controvérsia sobre a cobrança de remuneração das

Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 1151; SCORSIM, Ericson M. Comunicação social e democracia: regime jurídico dos serviços de televisão aberta. Direito Constitucional Brasileiro. Coordenação Clèmerson Merlin Clève, 1ª ed, vol.III, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 497.

69 Lei n. 5.250/1967.

70 Lei n. 4.117/1962.

71 Lei n. 11.652/2008, modificada na forma da Lei n. 13.417/2017.

72 Lei n. 9.472/1997.

73 Lei n. 12.485/2011.

74 Lei n. 12.965/2014.

empresas de TV por radiodifusão quanto ao licenciamento de sua programação para as empresas de TV por assinatura, com fundamento na Lei dos Serviços de Comunicação Audiovisual de acesso condicionado.

Além do entretenimento, há na televisão atividades relacionadas ao jornalismo, no sentido da produção de notícias/informações ao público. Em síntese, os três pilares do modelo de negócios da televisão: entretenimento, jornalismo e publicidade.

Aqui, a relevância da televisão aberta, com serviços gratuitos para os brasileiros em todo o território nacional, na efetivação dos direitos fundamentais à informação, entretenimento e cultura. Daí a importante missão da televisão no sentido da inclusão de direitos sociais dos brasileiros.

Mas, antes de se abordar os temas, é preciso situar o regime constitucional do Direito da Comunicação, alinhando-o aos princípios e as regras constitucionais presentes na Carta Constitucional.

A Constituição Federal em seu capítulo da Ordem Econômica trata da livre iniciativa e da livre concorrência como princípios gerais da atividade econômica. Também, dispõe que é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. Além disto, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado somente é permitida quando necessária aos imperativos da segurança.

Prevê a Carta Política também o papel do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, nos termos do seu art. 174. No setor dos serviços de telecomunicação, a regulação setorial, definida pelo legislador, é executada pela agência reguladora: Anatel. No setor de TV por assinatura, há a atuação da Ancine.

Além disto, a Constituição Federal dispõe que incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos, conforme determina o seu art. 175.

Ou seja, há atividades econômicas em sentido estrito, submetidas ao regime privado. Há outras atividades econômicas qualificadas como serviço público, sob regime público da concessão. O legislador detém a competência para deliberar se qualifica ou não determinada atividade econômica como serviço público, nos termos autorizados pela Constituição.⁷⁵ Há, via de regra, a abertura do texto constitucional para garantir a discricionariedade legislativa na qualificação das atividades econômicas como objeto do regime de serviço público, desde que respeitados os respectivos limites, impostos pela própria Constituição.

Portanto, a princípio, é livre o exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização do poder público. Ocorre que no âmbito dos serviços de comunicações, a legislação setorial prevê diversos regimes jurídicos, conforme a espécie do serviço regulado.

O setor privado da TV e rádio por radiodifusão está sob o regime da concessão, definido na forma da Lei n. 4.117/1962. Mas, destaque-se que se trata de regime especialíssimo de concessão, radicalmente diferente do regime geral das concessões de serviços públicos.⁷⁶

Além disso, no setor de telecomunicações, o serviço de telefonia fixa está sob o regime da concessão e também da autorização, na Lei Geral de Telecomunicações.

75 Como exemplo, os serviços de acesso à internet, por banda larga fixa ou móvel, não são qualificados pelo legislador como serviços públicos. Daí a livre iniciativa está encarregada de ofertar estes serviços de acesso à internet à população.

76 Sobre o tema, ver: Scorsim, Ericson M. Direito à informação e serviços de televisão. In *Direito Constitucional brasileiro. Teoria da Constituição e Direitos fundamentais*. vol. I (Clèmerson Merlin Clève - Coordenador). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pps. 450-481. Ver, também, sobre a relação entre Comunicação Social e democracia: Scorsim, Ericson M. *Comunicação Social e Democracia: regime jurídico dos serviços de televisão aberta*. In *Direito Constitucional brasileiro. Teoria da Constituição e Direitos fundamentais*. vol. III (Clèmerson Merlin Clève - Coordenador). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pps. 497-529. Também, Scorsim, Ericson M. *TV digital e comunicação social: aspectos regulatórios. TVs pública, estatal e privada, 2008*. Belo Horizonte. Editora Fórum. E, Clève, Clèmerson Merlin e Scorsim, Ericson M. *Concessão de serviço público de televisão por radiodifusão, liberdade de expressão e produção de conteúdos por terceiros ou em regime de co-produção*. RBDP. Belo Horizonte: Editora Forum, ano 13, n. 50, jul./set. 2015.

Esta lei prevê a possibilidade de aplicação concomitante do regime público e do regime privado, sobre os serviços de telecomunicações.

No setor de TV por assinatura (serviço de comunicação audiovisual de acesso condicionado) há a aplicação do regime privado da autorização, na forma da Lei n. 12.485/2011, em regime de outorga dos serviços de comunicação audiovisual de acesso condicionado pela Anatel. O serviço de TV por assinatura não é serviço público.⁷⁷

Finalmente, os serviços de acesso à internet por banda larga fixa e móvel estão sob o regime privado da autorização, sob outorga da Anatel. Estes serviços de acesso à internet podem ser prestados pelas próprias empresas de telecomunicações ou por empresas criadas especialmente para ofertar o acesso à internet aos consumidores. Nos termos da legislação, os serviços de acesso à internet são classificados como serviços de comunicação multimídia.⁷⁸ Também, são classificados, nos termos da Lei Geral de Telecomunicações como serviços de valor adicionado à rede de telecomunicações. Os serviços de acesso à internet, também, não são classificados como serviço público.⁷⁹

Por sua vez, os serviços de aplicações de internet encontram-se sob a livre iniciativa, independem de licença do poder público. As empresas de aplicações de internet encontram-se sob o regime da livre concorrência no mercado. Há,

77 Há outros serviços de vídeo sob demanda (por exemplo, Netflix) parecidos com os serviços de TV por assinatura, porém que não se encontram sob o âmbito normativo da Lei da Comunicação Audiovisual de acesso condicionado. Em nota, a Ancine, após consulta pública, propõe a edição de nova lei para tratar da comunicação audiovisual sob demanda, realizada pelas plataformas tecnológicas da internet.

78 O serviço de conexão à internet é regulamentado pela Resolução n. 614/2013 da Anatel, que aprova o regulamento do serviço de comunicação multimídia.

79 A Anatel notificou as prestadoras de serviço móvel pessoal a respeito da existência de milhares de reclamação de consumidores em relação aos serviços de valor adicionado. São serviços adicionais ofertados pelas empresas de telecomunicações, na modalidade móvel celular. Em questão, a Anatel não tem competência regulatória sobre os serviços de valor adicionado à rede de telecomunicações, apenas sobre os serviços de telecomunicações. Segundo a Anatel, em discussão, a responsabilidade da prestadora de telecomunicações, que permite que se fature na conta do usuário ou se cobre no crédito pré-pago, serviços de valor adicionado.

inclusive, a previsão do direito de acesso às redes de telecomunicações, na forma da Lei Geral de Telecomunicações, para que estas empresas ofereçam aplicações de internet aos respectivos usuários e consumidores.

O setor da imprensa encontra-se sob a livre iniciativa, independentemente de licença do poder público. Qualquer pessoa é livre para criar empresa jornalística, seja no ambiente das publicações impressas ou da internet.

A Constituição da Comunicação Social, presente no Capítulo V do Título VIII – “Da Ordem Social” da Constituição Federal de 1988, contém as normas basilares desse ramo do Direito. Nos artigos 220 a 224, há regras específicas de garantia à liberdade de expressão, de liberdade de informação jornalística e de liberdade de comunicação social, com proibição à censura política, ideológica e artística (art. 220).⁸⁰ Dispõe a Constituição Federal que compete à lei federal estabelecer os meios que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como de propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente (art. 220, incs. II).

A Constituição Federal dispõe que a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, e conterà, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrente de seu uso (art. 220, §4º).

Há, também, na Comunicação Social, os princípios da produção e programação das emissoras de rádio e televisão por radiodifusão, aplicáveis igualmente aos serviços de TV por assinatura, classificados como serviços de comunicação audiovisual de acesso condicionado (art. 221, incs. I, II, III e IV).⁸¹

80 Bem como art. 5º, incs. IV, VI, IX e XIV, da Constituição Federal.

81 No Supremo Tribunal Federal não houve ainda debate exaustivo sobre os princípios da produção e programação das emissoras de televisão no setor da radiodifusão. A ADO 9 que trata da omissão legislativa quanto à regulamentação dos referidos princípios não foi conhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Há

Constam, ainda, na Comunicação Social regras sobre a propriedade de empresas jornalísticas e de radiodifusão, bem como de restrições à participação de estrangeiros nestas empresas (art. 222); 70% (setenta por cento) do capital total e do capital votante das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens deverá pertencer, direta ou indiretamente a brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 (dez) anos que exercerão obrigatoriamente a gestão das atividades e estabelecerão o conteúdo da programação (art. 222, §1º); a responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 (dez) anos, em qualquer meio de comunicação social (art. 222, §2º); a regra no sentido de que os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais (art. 222, §3º); a lei disciplinará a participação de capital estrangeiro nas empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens (art. 222, §4º), bem como as alterações de controle societário destas empresas devem ser comunicadas ao Congresso Nacional (art. 222, §5º).

Também, a regra da competência do Poder Executivo para outorgar e renovar⁸² concessão, permissão e autorização dos serviços de radiodifusão sonora e radiodifusão de sons e imagens,⁸³ sendo que a não renovação da concessão ou

apenas menção ao art. 221 no julgamento da Lei da TV por assinatura, visto que estes princípios também são aplicáveis ao setor da TV por assinatura.

82 Sobre o tema da renovação das concessões e permissões dos serviços de radiodifusão, há a recente Medida Provisória n. 747/2016, que modifica a Lei n. 5.785/1972. Esta medida provisória foi convertida na Lei n. 13.424/2017 e dispõe sobre novos prazos para apresentação de pedido de renovação dos serviços de radiodifusão. O pedido de renovação da concessão ou permissão do serviço de radiodifusão deve ser apresentado perante o Poder Executivo, no órgão competente para apreciar este requerimento. Além disto, a nova Lei 13.424/2017 permite a transferência direta ou indireta dos serviços de radiodifusão, inclusive daqueles que funcionam em caráter precário.

83 Conforme o princípio da complementaridade dos sistemas de radiodifusão privado, público e estatal, o ato de outorga ou renovação deve ser apreciado pelo Congresso Nacional. A título de referência doutri-

permissão depende de aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal (art. 223); o ato de outorga ou renovação somente produzirá efeitos legais após deliberação do Congresso Nacional (art. 223, §3); a regra do cancelamento da concessão ou permissão, antes do vencimento do prazo, depende de decisão judicial (art. 223, § 4º); a regra sobre o prazo de concessão ou permissão de 10 (dez) anos para as emissoras de rádio e de 15 (quinze) para as de televisão (art. 223, §5º); e, a previsão do Conselho de Comunicação Social, órgão auxiliar do Congresso Nacional nas questões relacionadas à Comunicação Social (art. 224).

A classificação dos serviços de TV e rádio, por radiodifusão, do setor comercial como espécie de serviço público foi tema também analisado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

A propósito, ainda que de modo lateral, o Min. Luiz Fux, na ADI 4679/DF, consignou: “Registre-se que o direito de exploração do serviço de radiodifusão qualifica-se como serviço público, afastando-se da plena liberdade de iniciativa. Nesse cenário, parece-me razoável reconhecer ao legislador a possibilidade de garantir o acesso livre e gratuito gerado (ao se referir à obrigação das prestadoras do serviço de TV por assinatura transmitirem canais da TV aberta).

Também, na ADI n. 561/DF, bem como na ADPF n. 130, há esta referência ao serviço público de radiodifusão.

Em que pese a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal sobre o regime de serviço público de radiodifusão (televisão e rádio), com o devido respeito, a questão não foi suficientemente debatida pelo Supremo Tribunal Federal sob a perspectiva do princípio constitucional da complementaridade dos sistemas de radiodifusão privado, público e estatal, previsto no art. 224 da Constituição. Não

nária, ver: SCORSIM, Ericson M. TV Digital e Comunicação Social: aspectos regulatórios - TVs pública, estatal e privada. Editora Fórum, 2008.

houve a análise constitucional das diferenças significativas entre as funções do mercado, Estado e sociedade, em relação à comunicação social.

Ora, existem diferenças significativas entre a comunicação comercial (setor privado), a comunicação pública (a favor da cidadania) e a comunicação estatal (a favor das instituições democráticas). Tanto a comunicação comercial quanto a comunicação pública são espécies de comunicação social. A percepção destas diferenças contribuirá na construção de esfera policêntrica de comunicação social, necessária na democracia comunicativa.

Ainda que prevaleça esta tese da qualificação do serviço de TV e rádio do setor comercial como espécie de serviço público, cumpre destacar que se trata de espécie de serviço público com regime jurídico especialíssimo diferente dos serviços públicos tradicionais. Esta distinção é feita pelo legislador na medida em que há a Lei n. 4.117/1962, aplicável aos serviços de radiodifusão de sons e radiodifusão de sons e imagens do setor comercial, e, por outro lado, há a Lei n. 11.652/2008, recentemente alterada pela Lei n. 13.417/2017, que trata especificamente dos serviços de radiodifusão pública.⁸⁴

No âmbito da comunicação social, o Supremo Tribunal Federal debateu muito sobre a liberdade de informação jornalística/liberdade de imprensa, à luz do art. 220 da Constituição. Porém, curiosamente, mesmo promulgada a Constituição em 1988, até o presente momento, o Supremo Tribunal Federal não teve a oportunidade para debater, de modo aprofundado, os arts. 220, inc II, 221, 222, 223 e 224.⁸⁵

A Constituição Federal dedica capítulo especial aos direitos fundamentais, principalmente no seu art. 5º. E, no âmbito dos serviços de comunicação pessoal

84 Para aprofundar o tema, ver: SCORSIM, Ericson M. *TV Digital e Comunicação Social: aspectos regulatórios - TVs pública, estatal e privada*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

85 Como referido, a ADO n. 9 tratava da omissão do legislador quanto à regulamentação dos arts. 220 e 221. Entretanto, a medida não foi conhecida.

e serviços de comunicação social há diversos direitos fundamentais afetados pelos serviços de comunicação regulados, a saber: liberdade de expressão, liberdade de comunicação, liberdade de informação, liberdade religiosa, liberdade artística, sigilo das comunicações privadas, sigilo empresarial, imagem, privacidade⁸⁶, vida privada e intimidade⁸⁷, honra, direitos autorais, entre outros. Aqui, note-se que as empresas de telecomunicações e de provimento de serviço de conexão à internet, bem como aplicações, estão vinculadas ao regime de proteção aos direitos fundamentais à comunicação e à privacidade. Assim, a responsabilidade empresarial em cumprir o regime de proteção à privacidade dos usuários dos serviços de telecomunicações e internet.⁸⁸

Também, é importante o reconhecimento do estado de vulnerabilidade das pessoas, principalmente no ambiente da internet (especialmente, de determinados grupos, como crianças, adolescentes, idosos, etc) para reforçar as garantias aos seus respectivos direitos, ainda que no âmbito do Poder Judiciário.

Em especial, a Constituição Federal garante a liberdade de comunicação, independentemente de censura ou licença, nos termos do art. 5º, inc. IX. Ou seja, é garantido o livre fluxo das comunicações das pessoas. Esta garantia constitucional protege o direito fundamental à comunicação das pessoas naturais

86 No núcleo do direito fundamental à vida privada e à privacidade, a proteção aos dados pessoais, algo objeto do Marco Civil da Internet. Em debate, no Parlamento, a edição de projeto de lei específico tratar da proteção aos dados pessoais.

87 Garantia da vida privada, além de proteger as pessoas naturais, serve à tutela das pessoas jurídicas. Assim, abusos contra a vida privada empresarial podem ser objeto de indenização por danos materiais e morais. Segundo Adalberto Simão Filho: “A proteção à vida privada deve assim tutelar além dos elementos acima descritos, a imagem mercantil, a credibilidade e a reputação junto ao público, as políticas institucionais e de marketing, as decisões gerenciais e estratégicas para o enfrentamento da concorrência”. Cf. *O Direito da Empresa à Vida Privada e seus reflexos no direito falimentar*. In: *Direito à privacidade* (Ives Gandra da Silva Martins e Antonio Jorge Pereira Jr - Coordenadores). Aparecida - SP, Idéias & Letras, Centro de Extensão Universitária, 2005, p. 337-365. Segundo ainda o Código Civil: “Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção aos direitos de personalidade”.

88 Ver Lei Geral de Telecomunicações e Marco Civil da Internet.

e das pessoas jurídicas. Garante o sigilo das comunicações das pessoas e o sigilo empresarial.⁸⁹

No âmbito da organização política, a Constituição Federal garante o livre acesso dos partidos políticos aos serviços de televisão e rádio por radiodifusão, na forma da lei (art. 17, §3º). Nos termos da Lei n. 9.096/1995 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos), há o regime de compensação fiscal pela utilização do tempo das emissoras de rádio e televisão por radiodifusão pelos partidos políticos, durante o horário eleitoral.⁹⁰ Diferentemente, no caso da TV por assinatura não há obrigatoriedade de transmissão do horário eleitoral dos partidos políticos.

O regime jurídico da Comunicação Social está fundamentado na competência privativa da União para legislar e explorar, diretamente, ou, mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de radiodifusão de sons e imagens e radiodifusão sonora (art. 21, XII, letra “a”). Daí a utilização pelo Poder Executivo dos contratos de concessão, da permissão e da autorização, para outorgar os serviços de radiodifusão de sons e imagens e radiodifusão sonora. Neste caso, é necessário que a concessão e a permissão dos serviços de radiodifusão sejam outorgadas pelo Poder Executivo, sob a aprovação do Congresso Nacional. É da competência do Congresso Nacional a apreciação dos atos de outorga e renovação das concessões e permissões.⁹¹

Na Comunicação Social existem dois pilares estruturais para sua respectiva organização, no Estado Democrático de Direito, definidos na Constituição de 1988.

89 O STF, no Mandado de Segurança 33.340/DF, Rel. Min. Fux, consignou: “A proteção estatal ao sigilo bancário e empresarial deve ser, nesse contexto, compreendida como corolário da preservação à intimidade assegurada pelo art. 5º, inciso X, da Carta da República...”.

90 Cf. art. 52, parágrafo único, da Lei Orgânica dos Partidos Políticos.

91 Cf. art. 49, inc. XII da CF. Ver também Lei 13.424/2017 que trata do procedimento de renovação de outorga dos serviços de radiodifusão.

O primeiro, a proibição do monopólio e oligopólio dos meios de comunicação social, previsto no art. 220, §5º, da CF. Há autorização para intervenção do legislador para que, na forma de lei, proíba a configuração de monopólios ou oligopólios na comunicação social, preservando-se a pluralidade e a diversidade das estruturas econômicas no setor da comunicação social.

O segundo, o princípio da complementaridade dos sistemas de radiodifusão privado, público e estatal, previsto no art. 223 da Constituição. Há autorização constitucional para que o legislador defina diferentes regimes jurídicos, na forma da lei, em relação aos setores de radiodifusão privado, público e estatal.

Diferentemente, é outro o regime jurídico das telecomunicações, fundamentado na competência expressa da União, sobre os serviços de telecomunicações, de explorá-los diretamente ou, mediante autorização, concessão ou permissão (art. 21, inc. XI). É possível utilizar a concessão para outorgar serviços de telefonia fixa, bem como da autorização para outorga dos serviços de telefonia fixa e serviço móvel pessoal. Pela Lei Geral de Telecomunicações, é possível a coexistência do regime público e privado na prestação dos serviços de telecomunicações.⁹²

Sobre este tema da competência legislativa privativa da União para legislar sobre telecomunicações, há inúmeros conflitos com Estados-membros que, mais à frente, serão analisados à luz das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em especial em ações diretas de constitucionalidade.

92 Importante referir aqui o Projeto de Lei n. 79/2016 que permite à Anatel alterar a modalidade de licenciamento dos serviços de telecomunicações, na modalidade telefonia fixa, substituindo-se a concessão pela autorização. Há a previsão da substituição do valor econômico associado à concessão da telefonia fixa, para fins de investimentos na ampliação da infraestrutura de rede de alta capacidade de comunicação de dados, ou seja, internet, banda larga fixa. Este Projeto de Lei n. 79/2016 é objeto do mandado de segurança 34562/DF, em trâmite no STF. Foi impetrado por Senadores contra ato do Presidente do Senado de encaminhamento do referido projeto de lei à sanção do Presidente da República, sem apreciação pelo plenário do Senado do mérito do projeto de lei. Daí a invocação do direito subjetivo dos impetrantes ao devido processo legislativo de deliberação (discussão e votação) do Projeto de Lei n. 79, de 2016, com fundamento no art. 58, §2º, da Constituição. Em liminar, o Min. Barroso determinou a apreciação do referido projeto de lei pelo plenário do Senado Federal. Este tema é tratado em capítulo próprio neste livro.

O Supremo Tribunal Federal, no exercício da jurisdição constitucional, formulou jurisprudência ao longo das últimas décadas sobre diversos temas relacionados ao Direito da Comunicação. Assim, foram julgados temas sobre internet, telecomunicações, TV e rádio por radiodifusão, publicidade, TV por assinatura e imprensa.

No Supremo Tribunal Federal foram propostas diversas medidas que debatem questões constitucionais referentes ao Direito da Comunicação, em Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI); Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO); Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC), Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)⁹³, Recursos Extraordinários (RE) ou Reclamações Constitucionais, alguns⁹⁴ (RCL) e alguns Temas com

93 Arguição de violação a preceito fundamental (ADPF) é o instrumento processual que tem finalidade de evitar ou reparar violação a preceito fundamental decorrente de ato do Poder Público, com previsão constitucional no art. 102, §1º, da Constituição, e disciplinada na forma da Lei n. 9.882/1999. A ADPF pode ser proposta pelas entidades legitimadas para propor ação direta de inconstitucionalidade.

Segundo a doutrina a arguição de descumprimento a preceito fundamental pode ser utilizada nos casos de violação a princípio constitucional e/ou direito fundamental contra atos do poder público. Os atos do poder público descumpridores de preceito fundamental podem ser leis federais, estaduais ou municipais. Também, atos violadores de preceito fundamental podem ser decreto e/ou regulamentos. E, finalmente, atos violadores de preceito fundamental podem ser decisões e/ou acórdãos judiciais. Igualmente, a ADPF pode ser utilizada para controlar a constitucionalidade de leis anteriores à própria Constituição. E, controlar omissões lesivas aos preceitos fundamentais. Em todo caso, conforme a Lei n. 9.882/1999 (art. 5º, §1º), “não será admitida a arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”. Nos termos da Lei n. 9.882/1999, com a declaração de inconstitucionalidade do ato violador de preceito fundamental, por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, o STF, por maioria de dois terços de seus membros, pode restringir a declaração ou decidir que a mesma somente tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou do momento em que forem fixados os efeitos.

Sobre o tema, ver: Mendes, Gilmar. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. São Paulo: Editora Saraiva, 2ª edição, 2011.

Como exemplo da utilização da ADPF 403, o caso do bloqueio do WhatsApp, sob o fundamento de que a ordem judicial que determinou a suspensão do aplicativo, ainda que por prazo determinado, ofendeu o direito à comunicação, previsto na Constituição.

94 Reclamação Constitucional é o instrumento jurídico com status constitucional que visa preservar a competência do Supremo Tribunal Federal e garantir a autoridade de suas decisões, com fundamento no art. 102, letra I, da Constituição. Neste aspecto, a Reclamação é utilizada nas hipóteses em que juiz ou tribunal decidir uma questão constitucional, mas cuja competência para julgamento é do Supremo Tribunal Federal.

Ver: <http://www.supremotribunalfederal.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=271852>

Repercussão Geral⁹⁵. Estiveram presentes, em síntese, questões constitucionais sobre a validade de leis aplicáveis aos serviços de telecomunicações, de TV e rádio por radiodifusão, TV por assinatura, internet e de publicidade. As respectivas ações e recursos constitucionais foram apresentados por associações privadas, partidos políticos, Ministério Público, entre outras partes. Também foi utilizado o instrumento *amicus curiae*⁹⁶ para que entidades participassem do julgamento de determinadas ações constitucionais. Em alguns casos, foi assegurado o direito à participação da sociedade civil organizada nos julgamentos, com a realização de audiências públicas.⁹⁷

Dessa maneira, a partir da pesquisa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal trazida neste livro de forma estruturada para cada um dos segmentos – Telecomunicações, Internet, Televisão por Radiodifusão, TV por assinatura (SeAC) e Imprensa, faz-se a seguir breve introdução. E, assim se faz, porque no curso do livro, a intenção é aprofundar algumas das questões mais relevantes. Importante registrar, o objetivo não é exaurir o debate; o que se propõe é a sistematização do Direito da Comunicação no âmbito do Supremo Tribunal Federal, feita a partir das pesquisas dos *leading cases*, e mesmo de casos sem repercussão geral nestes temas.

95 Ver a Lista em Anexo, ao final do livro.

96 *Amicus Curiae* é a modalidade interventiva que assegura o direito à participação de terceiros (pessoa natural ou jurídica) em processo judicial, nas hipóteses de relevância da matéria, bem como da repercussão social da controvérsia. O terceiro interessado em participar do processo deve demonstrar representatividade perante a autoridade jurisdicional. Assim, o *Amicus Curiae* não pode, a princípio, interpor recursos, excetuadas as hipóteses de embargos de declaração. Mas, o *Amicus Curiae* pode recorrer da decisão que julga o incidente de resolução de demandas repetitivas, pode fazer sustentação oral nos tribunais, bem como oferecer memoriais. Ver art. 138 do CPC. A função do amigo da Corte é colaborar com a Justiça mediante a apresentação de informações técnicas e/ou sociais relevantes à solução do caso. A título ilustrativo, recentemente, duas entidades requereram a participação como *amici curiae* na ADPF n. 403 caso do bloqueio judicial do WhatsApp. Na decisão de deferimento da admissão do feito do *amici curiae*, o Min. Relator Edson Fachin destacou: “O *Amicus Curiae* revela-se como importante instrumento de abertura do Supremo Tribunal Federal à participação na atividade de interpretação e aplicação da Constituição, o que é especialmente marcante nos processos de feição objetiva”.

97 A propósito, audiências públicas foram realizadas no âmbito do julgamento das ADIs sobre a Lei da TV por assinatura, no caso das biografias não autorizadas e no bloqueio judicial do WhatsApp (ADPF 403 e ADI 5527).

Telecomunicações

Em relação ao setor de telecomunicações, houve a aprovação da Emenda Constitucional n. 8/1995 que promoveu a mudança no texto constitucional, com a permissão da privatização dos serviços de telecomunicações, aí incluída a venda das empresas estatais que realizam os serviços. Assim, houve a transformação de um modelo estatal de telecomunicações, para um modelo baseado na atuação de empresas privadas.

Em 1997, foi aprovada a Lei Geral de Telecomunicações que criou a agência reguladora do setor de telecomunicações, a Anatel.

Desde então, a Anatel, no exercício de suas atribuições legais, passou a desempenhar a função normativa, reguladora e fiscalizatória sobre o setor de telecomunicações. Por delegação constitucional e legal, a União atribui à Anatel a competência normativa para editar atos regulatórios sobre os serviços de telecomunicações.⁹⁸ Daí a edição pela Anatel de atos normativos sobre o direito dos consumidores nos serviços de telecomunicações, representados por resoluções aplicáveis às empresas prestadoras dos serviços de telefonia fixa, móvel pessoal, acesso à internet, por banda larga fixa e móvel, TV por assinatura. Residualmente, em questões técnicas e de frequências, a Anatel tem competência sobre o setor de radiodifusão.⁹⁹ A propósito, a regulação setorial da Anatel trata de temas como:

98 Conforme a jurisprudência predominante do STF, é competência privativa da União legislar sobre a matéria telecomunicações. Em consequência, o STF declarou a inconstitucionalidade de leis estaduais e lei distrital sobre serviços de telecomunicações.

Por outro lado, cumpre destacar que a Anatel, por autorização constitucional e delegação legislativa da União, possui competência normativa sobre o setor de telecomunicações. Daí a sua competência para editar atos normativos de regulação dos serviços de telecomunicações, em detalhamento à legislação federal sobre a matéria. É possível que a Anatel, na regulação setorial, possa incluir novos direitos de proteção aos consumidores dos serviços de telecomunicações, propostos na forma de leis estaduais, declaradas inconstitucionais pelo STF, sob o fundamento do vício formal da competência dos estados-membros para legislar sobre telecomunicações.

99 A título ilustrativo, há regulamentação da Anatel sobre os direitos dos consumidores nos serviços de telecomunicações e de acesso à internet. Há, também, a regulamentação sobre a franquia de dados nos serviços de acesso à internet banda larga, na resolução que trata dos serviços de comunicação multi-

franquia de consumo nos serviços de telefonia móvel, franquia de consumo dos pacotes de dados nos serviços de acesso à internet por banda larga fixa e móvel, ponto de acesso extra aos serviços de TV por assinatura, regras para o atendimento presencial aos consumidores, informações aos consumidores sobre ofertas e contratos de serviços, regras sobre restrições ao marketing de produtos e serviços em aparelhos celulares, validade de créditos do serviço de telefonia móvel pré-paga.¹⁰⁰

Destaque-se diversas leis estaduais instituíram direitos dos consumidores nos serviços de telecomunicações, sendo alguns, posteriormente, incorporados na regulação setorial de telecomunicações da Anatel. Mas, sobre esta questão, o Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência majoritária da prevalência da regulação federal sobre os serviços de telecomunicações, com fundamento na competência privativa da União para legislar sobre serviços de telecomunicações. Consequentemente, declarou a inconstitucionalidade de leis estaduais sobre os serviços de telecomunicações, ainda que criem direitos aos consumidores.

A função reguladora dos serviços de telecomunicação, desempenhada pela Anatel, encontra-se submetida ao princípio da legalidade. Há subordinação da Anatel à lei. Mas, também, a própria lei confere a esta agência reguladora a competência normativa sobre o setor de telecomunicações. Assim, qualquer ato normativo da Anatel representa alguma espécie de inovação na regulação setorial.

mídia. A propósito, há projetos no sentido de proibir a utilização de franquia de dados nos serviços de internet banda larga fixa. Se aprovados estes projetos lei, provavelmente, haverá o debate sobre a inconstitucionalidade da lei em razão da quebra do princípio da proporcionalidade, livre iniciativa quanto à fixação de preços no regime privado, bem como da competência regulatória da Anatel sobre o tema. Com efeito, no regime público há maior restrição à atividade econômica em razão do interesse público, daí prerrogativas do poder concedente na fixação de tarifa, por exemplo. Diferentemente, no regime privado prevalece a liberdade de preços, daí a excepcionalidade da regulação deste tema, no caso do serviço móvel celular e os serviços de acesso à internet.

Sobre o tema das competências da Anatel, ver: SCORSIM. Ericson M. Direito da Comunicação. Regime Jurídico dos Serviços de Telecomunicações, Internet, TV por radiodifusão e TV por assinatura. Disponível no site da Amazon.

100 Principalmente, ver Resolução n. 632, de 7 de março de 2014, que trata do Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações - RGC, aprovado pela ANATEL.

Se o papel da Anatel fosse apenas reproduzir o texto da lei, aí não seria de nenhuma utilidade o exercício de sua função normativa. Mas, evidentemente, que a criação de direitos e obrigações pela Anatel, seja para os usuários e consumidores dos serviços de telecomunicações, seja para as empresas, apresenta pontos de tensão entre as partes. Daí a intervenção do Judiciário em solucionar os conflitos de interesse no setor de telecomunicações. A propósito, para evitar o processo perante o Judiciário, abriu-se a possibilidade de a Anatel adotar mecanismos de arbitragem em relação às empresas de telecomunicações, inclusive celebrar termos de ajustamento de conduta.¹⁰¹

A função reguladora da Anatel é promover, mediante a regulação setorial, o equilíbrio no setor de telecomunicações. Buscar a calibragem entre os múltiplos interesses em jogo: o da proteção da defesa dos usuários e consumidores dos serviços e o das empresas de telecomunicações. A Anatel deve tornar-se o ponto de equilíbrio sistêmico na regulação das telecomunicações, sem adotar partido de um dos lados da relação entre empresas de telecomunicações e consumidores.

Uma medida relevante é a adoção de modo sistemático do estudo de impacto regulatório, isto é, antes de se adotar qualquer ato regulatório ouvir as partes interessadas a respeito da questão que se coloca para regular. Com isto, aperfeiçoa-se o devido processo legal, no âmbito da regulação setorial, bem como se abre a oportunidade do exercício do direito de participação da sociedade civil. É o caminho para avaliar os custos e os benefícios da política pública regulatória sobre o setor de telecomunicações.

101 Sobre o tema, consultar:

<http://convergenciadigital.uol.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=site&infoid=44547&sid=8>. Em debate, o tema da substituição das multas aplicadas pela Anatel às empresas de telecomunicações por compromissos de investimentos na infraestrutura de rede de internet por banda larga. Em debate, a proposta de mudança na regulação setorial para possibilitar a negociação das dívidas em multas da Oi, bem como a intervenção pela Anatel na concessão de telefonia fixa, TV por assinatura e acesso à internet.

A Anatel tem papel institucional relevante, na regulação setorial. Por isso a importância da agência reguladora também na comunicação de sua visão regulatória perante o Poder Judiciário. Nos termos do art. 985, §2º, do CPC, há a previsão do incidente de resolução de demandas repetitivas, com a comunicação da agência reguladora sobre a tese jurídica aplicada na interpretação da Constituição ou da lei, que tenha repercussão nos serviços concedidos, permitidos ou autorizados.

Até o presente momento, ao que se saiba, não há, no Supremo Tribunal Federal, caso representativo em relação ao controle da atuação da Anatel, principalmente, no que tange aos limites ao exercício de sua competência normativa e fiscalizatória. Mas, registra-se, é difícil a caracterização de ofensa direta à Constituição causada por ato normativo da Anatel e que enseje o cabimento de um Recurso Extraordinário. De regra, o Supremo Tribunal Federal entende pelo não cabimento do recurso extraordinário diante de ofensas reflexas à Constituição. Ao que parece, um caminho é o controle da atuação da Anatel, mediante o mecanismo da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Daí a possibilidade de controle dos atos regulatórios, inclusive de omissões na regulação setorial dos serviços de comunicações, na perspectiva de princípios e direitos fundamentais, consagrados na Constituição.

Há, apenas, em caso relacionado à Anatel, ainda que não julgado o mérito, o RE n. 580.642/PR¹⁰², Rel. Min. Roberto Barroso. Consta do acórdão: “O controle judicial de atos administrativos tidos por ilegais ou abusivos não ofende o princípio da separação dos Poderes, inclusive quando a análise é feita à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade”.

102 Cf., Agravo Regimental no RE 580642/PR, Min. Rel. Roberto Barroso. Agravante: Brasil Telecom S/A. Agravado: Cassia Giseli Beraldo Pereira Maciel. Interessado: Anatel. Julgamento 09 de setembro de 2014. Primeira Turma. A Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator. Unânime. Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio.

Sobre telecomunicações, o Supremo Tribunal Federal, em medida cautelar na ADI 1668/DF, declarou constitucional a adoção do regime público e privado pela Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9.472/1997), bem como a competência normativa da Anatel sobre telecomunicações, desde que respeitado o princípio da legalidade. Neste caso, concluiu pela constitucionalidade da Lei Geral de Telecomunicações, aplicável, até o presente momento, aos serviços de telecomunicações nas modalidades de telefonia fixa e móvel pessoal.

Ao decidir o Tema 35, com repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar questão sobre tarifa básica de assinatura do serviço de telefonia fixa, entendeu pela competência da Justiça Estadual para julgar o conflito entre os consumidores e as empresas prestadoras do serviço de telecomunicações, quando não houver interesse da Anatel no feito.

Ainda no âmbito dos serviços de telecomunicações, há jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADI's 2902/SP; 3343/DF; 3533/DF; 3558/RJ; 3846/DF; 4401-MC/MG; 4715-MC/DF, 5327/PR, entre outras)¹⁰³ sobre a inconstitucionalidade de leis estaduais e distritais que tratem de temas relacionados aos serviços de telecomunicações (exemplos: leis estaduais sobre vedação da cobrança de tarifa básica nos contratos de serviços de telefonia fixa e TV a cabo; comercialização e revenda de celulares usados; validade de crédito de celular pré-pago; instalação de antenas de celulares, etc.), por entender pela aplicabilidade da competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações, conforme o art. 22, inc. IV, da Constituição.

¹⁰³ ADI 2902/SP, Rel. Min. Edson Fachin; ADI 5253/BA, Rel. Min. Dias Toffoli; ADI 5098/PB, Rel. Min. Teori Zavascki; ADI 4861/SC, Rel. Min. Gilmar Mendes; ADI 3.835, Rel. Min. Marco Aurélio, ADI 4.861, Rel. Min. Gilmar Mendes, ADI 4.924, Rel. Min. Gilmar Mendes, ADI 5.040, Rel. Min. Rosa Weber, ADI 5.059, Rel. Min. Luiz Fux, ADI 5.063, Rel. Min. Gilmar Mendes, ADI 5.098, Rel. Min. Teori Zavascki, ADI 5.253, Rel. Min. Dias Toffoli, ADI 5.327, Rel. Min. Dias Toffoli, ADI 5.399, Rel. Min. Luís Roberto Barroso. De início, saliento que não me fuge ao conhecimento a existência de ações diretas de inconstitucionalidade em trâmite neste Tribunal impugnando leis com matéria idêntica (ADI 5.098, Rel. Min. Teori Zavascki e ADI 4861, Rel. Min. Gilmar Mendes), bem como da concessão de liminares suspendendo dispositivos normativos na hipótese, conforme decisões monocráticas proferidas nas ADI's 5.253 e 5.327, ambas de relatoria do Min. Dias Toffoli (DJe de 31.03.2015 e 19.06.2015).

No mesmo sentido foi o julgamento das ADI's 5356, 3835, 5253, 5327 e 4861, ainda que tenham sido registradas divergências decorrentes dos votos dos Min. Edson Fachin, Rosa Weber e Roberto Barroso quanto à constitucionalidade de leis estaduais que tratam do bloqueio dos sinais dos dispositivos celulares nos estabelecimentos prisionais, pacificou-se a tese da competência privativa da União para legislar sobre o tema, restando vencida a tese da competência legislativa concorrente dos Estados-membros para legislar sobre temas de direito penitenciário e segurança pública.¹⁰⁴ É evidente a relevância do tema diante dos gravíssimos riscos à segurança pública da omissão do poder público quanto ao controle da utilização de aparelhos celulares dentro dos estabelecimentos prisionais.

A jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal é no sentido da competência privativa da União para legislar sobre temas relacionados aos serviços de telecomunicações, com a decretação da inconstitucionalidade das leis estaduais que tratem destas questões.

Destaque-se a dissidência de voto representado pelo Ministro Carlos Ayres Britto, na ADI 3343/DF. Também, a dissidência da visão majoritária do Ministro Edson Fachin na ADI 5356/MS.

104 Sobre o tema das leis estaduais que exigem dispositivos de controle de celulares em estabelecimentos penais e socioeducativos, a visão minoritária no STF expressa segundo o Ministro Fachin: “entendo que o tema mereça ser analisado sob lentes diversas, quais sejam, (i) competência para legislar sobre direito penitenciário, (ii) segurança pública e (iii) consumo - segurança do serviço fornecido no âmbito de proteção do direito do consumidor -, o que afasta a concessão da medida cautelar neste momento. (...) A questio iuris consiste em saber se os Estados podem, por meio de legislação específica, instituir regras que determinem às empresas operadoras do Serviço Móvel de Telefonia a instalação de equipamentos ou de solução tecnológica hábil a identificar e bloquear sinais de telecomunicações ou radiocomunicações nos estabelecimentos penitenciários, de modo a impedir a comunicação por telefones celulares em seu interior. Posta a controvérsia nesses termos, surge inegável dificuldade de se resolver a lide. Isso porque se, de um lado, a Constituição estabelece competir privativamente à União legislar sobre telecomunicações (art. 22, IV), de outro, no âmbito da competência temática, materialmente todos os entes da federação devem zelar pela segurança pública (o que se extrai da leitura combinada do art. 23, I e do art. 144), ao passo que tanto a União, como Estados e Distrito Federal, têm competência para legislar sobre direito penitenciário e sobre a segurança do serviço fornecido no âmbito de proteção do direito do consumidor (art. 24, I e VIII, e art. 25, §1º). (...)”

No âmbito da competência da União para legislar sobre serviços de telecomunicações, há a Lei Federal da Infraestrutura de Redes de Telecomunicações (Lei n. 13.116/2015) que trata das normas gerais sobre licenciamento, instalação e compartilhamento obrigatório da capacidade excedente de rede. Esta lei federal foi editada pela União justamente em razão dos conflitos entre os municípios quanto à edição de leis locais para tratar do licenciamento das estações rádio-base de antenas para celulares.¹⁰⁵

Registre-se que algumas das decisões do Supremo Tribunal Federal nos casos de telecomunicações utilizam como fundamento o art. 175 da Constituição Federal, destinado às concessões de serviços públicos. Porém, de acordo com as leis setoriais, o ambiente regulatório dos serviços de comunicações tem singularidades. Em parte o serviço de telefonia fixa encontra-se sob o regime público da concessão, outra parte sob o regime da autorização.

É o caso da concessionária Oi, prestadora do serviço de telefonia fixa, móvel e internet, ora em recuperação judicial.¹⁰⁶ Mas, existem casos de serviço de telefonia fixa sob o regime privado, na forma da autorização. Se configurado o cenário do fim da concessão do serviço público de telefonia fixa, provavelmente haverá a judicialização de diversas questões regulatórias e legais. Exemplificando-se: a própria constitucionalidade do fim do serviço público, a reversão dos bens afetados à execução do serviço de telefonia fixa, bem como o controle pela agência reguladora sobre os bens reversíveis, a legalidade e constitucionalidade

105 Até o momento da conclusão deste livro, não houve a impugnação da referida lei federal perante o Supremo Tribunal Federal Sobre tema, ver: SCORSIM. Ericson M. Direito da Comunicação, obra citada anteriormente.

106 O conflito entre consumidores e empresas de telecomunicações, em temas como cobrança de pulsos na telefonia fixa e assinatura básica mensal, é fonte de milhares de ações judiciais, seguidas de recursos extraordinários que chegam ao STF. Daí o debate sobre eventuais abusos no direito de recorrer, bem como se limitar o acesso à jurisdição constitucional no STF, diante do excesso de processos judiciais. Outra questão no âmbito da regulação setorial é a cogitação de medida provisória e projeto de lei para tratar da hipótese de intervenção pela Anatel na Oi, bem como para negociação de suas dívidas em multas em compromissos de investimento.

dos termos de ajustamento de conduta para substituição do pagamento dos valores das multas devidas à Anatel por investimentos na capacidade das redes de telecomunicações, para fins de oferta de serviço de internet banda larga, a transferência do direito de uso de frequências sem licitação, entre outras.¹⁰⁷

Dentro deste âmbito, há o projeto de lei n. 79/2016 que trata da mudança da Lei Geral de Telecomunicações para permitir à Anatel a substituição do regime de outorga concessão do serviço de telecomunicações (telefonia fixa) para o regime de autorização.¹⁰⁸

O Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Segurança 34.562, Rel. Min. Barroso, impetrado por Senadores contra ato do Presidente do Senado de encaminhar o projeto de lei n. 79/2016, à sanção do Presidente da República, sem a apreciação dos recursos dos senadores da oposição, em relação trâmite do referido projeto de lei. Daí a alegação de violação ao direito subjetivo dos parlamentares ao devido processo legislativo de deliberação, bem como ao art. 58, §2º, da Constituição, sendo necessária a discussão e votação do projeto de lei.¹⁰⁹

Na ADO 37/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, debate-se a inconstitucionalidade por omissão da União e da Agência Nacional de Telecomunicações, em relação à aplicação dos recursos do Fundo de Universalização dos Serviços de

107 O conflito entre consumidores e empresas de telecomunicações, em temas como cobrança de pulsos na telefonia fixa e assinatura básica mensal, é fonte de milhares de ações judiciais, seguidas de recursos extraordinários que chegam ao STF. Daí o debate sobre eventuais abusos no direito de recorrer, bem como se limitar o acesso à jurisdição constitucional no STF, diante do excesso de processos judiciais. Outra questão no âmbito da regulação setorial é a cogitação de medida provisória e projeto de lei para tratar da hipótese de intervenção pela Anatel na Oi, bem como para negociação de suas dívidas em multas em compromissos de investimento.

108 PCL 79/2016 - EMENTA: Altera as Leis n. 9.472, de 16 de julho de 1997, para permitir a adaptação da modalidade de outorga de serviço de telecomunicações de concessão para autorização, e Lei n. 9.998, de 17 de agosto de 2000; e dá outras providências.

109 Cf. decisão do Min. Relator Barroso: "... retorne ao Senado Federal para apreciação formal dos recursos interpostos pelos Senadores impetrantes e para que não seja novamente remetido à sanção presidencial até o julgamento final deste mandado de segurança ou ulterior decisão do Relator do feito após o recebimento da decisão da autoridade impetrada sobre os recursos interpostos."

Telecomunicações - FUST, previstos na Lei n. 9.998/2000, em suas finalidades legais.¹¹⁰

A tese defendida nesta ADO 37/DF, é a de que a Anatel e o Ministério das Comunicações omitem-se quanto ao cumprimento das normas constitucionais que tratam dos direitos fundamentais à comunicação e à informação, previstos no art. 5º, inc. IV, IX e XIV, ao tratamento isonômico (art. 5º, caput) e à proteção do consumidor (art. 5º, XXXVII), todos da Constituição, ao não estabelecerem políticas públicas para aplicação dos recursos do FUST, em prol da universalização dos serviços de telecomunicações. Sustenta-se o cabimento da ADO contra omissão de caráter administrativo dos poderes públicos e, subsidiariamente, a determinação para atuação legislativa do Congresso Nacional, juntamente com a Presidência da República.

Alegam, ainda, que nos termos da regulação setorial a aplicação dos recursos do FUST limita-se apenas aos serviços de telefonia fixa, prestados no regime público. Mas, diante da mudança dos fatos, os serviços mais demandados pela população referem-se aos serviços móvel celular e internet, por banda larga fixa e móvel, ainda que prestados sob o regime privado. Daí o esgotamento da finalidade legal do FUST, vocacionado à universalização dos serviços de telefonia fixa, sob o regime público.¹¹¹ Assim, o apelo ao legislador para a adequação da Lei Geral de Telecomunicações, para fins de inclusão no regime público os serviços de telefonia móvel e a internet por banda larga. Assim, requerem a atualização da lei setorial para incluir a previsão da prestação no regime privado do serviço de telecomunicações de interesse público.¹¹²

110 ADO 37/DF, Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB, Requeridos: Presidente da República (União) e Agência Nacional de Telecomunicações. Até o momento da conclusão deste livro, não houve apreciação do pedido da liminar.

111 Cf. Lei Geral de Telecomunicações (art. 64, parágrafo único).

112 O tema abrange a clássica distinção entre o regime de serviço público, ora objeto de concessão e o regime privado, sob autorização administrativa.

Por sua vez, na ADPF n. 450 há a impugnação contra o Edital da Telebras de chamamento público para comercialização de capacidade de satélites. Como tese principal a violação ao preceito fundamental representado pela exploração de atividade econômica pela União na hipótese de relevante interesse coletivo (art. 173), bem como o princípio da legalidade (art. 37).¹¹³

Sobre os regimes jurídicos dos serviços de comunicações algumas considerações prévias, a seguir apresentadas.

O serviço móvel pessoal (telefonia celular) é prestado sob o regime privado, na forma da autorização administrativa.¹¹⁴ Uma das suas características é o direito de uso de frequências do espectro, pelas estações rádio-base, obtido após a disputa em licitações na forma de leilões, realizadas pela Anatel e pagamento de preço de mercado.

Além disto, o serviço de acesso à internet, banda larga fixa ou móvel, está submetido ao regime privado, na forma da autorização. Portanto, o serviço de acesso à internet não é qualificado pela legislação como serviço público. Trata-se apenas de serviço regulado pelo poder público prestado por empresas privadas sob regime de liberdade de preços. Nos termos da legislação setorial, garante-se às empresas prestadoras dos serviços de internet, por banda larga fixa e móvel, o direito de acesso às infraestruturas de redes de telecomunicações, bem como o respectivo regime de compartilhamento.¹¹⁵

113 APDF n. 450, Requerente: PDT, fundamentação constitucional: art. 37 e 173, §1º, III, com pedido de interpretação conforme da Lei 5.792/1972, que trata da finalidade legal da Telebras em explorar serviço de satélites, de acordo com os referidos preceitos constitucionais.

114 Sobre o tema, ver: SCORSIM, Ericson M. Direito da Comunicação. Regime Jurídico dos Serviços de Telecomunicações, Internet, TV por radiodifusão e TV por assinatura. Disponível em: <http://meisterscorsim.com/blog/>

115 Há projetos de lei que tratam da aplicação do regime público aos serviços de acesso à internet, por banda larga (PL 431/2014), submetendo-os às obrigações de universalidade e continuidade. Outro projeto (PL 429/2014) cria subsídios para o serviço de banda larga, com recursos do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações.

O serviço de TV por assinatura é prestado sob o regime privado, na forma da autorização, nos termos da Lei n. 12.485/2011. Tecnicamente, o serviço de TV por assinatura é espécie de serviço de telecomunicações. Mas, devido às suas singularidades relacionadas aos canais de programação de TV, a regulação setorial da TV por assinatura é diferente do regime geral aplicável ao setor de telecomunicações.

A livre iniciativa no setor da comunicação é condicionada à definição da lei setorial. Os serviços de comunicações (telecomunicações, internet, radiodifusão e TV por assinatura) regulados têm seu regime desenhado na forma da lei. Daí o condicionamento da liberdade empresarial à regulação setorial.¹¹⁶

Outro tema relevante é a questão da legitimidade das associações empresariais no setor de telecomunicações.

Por exemplo, em parecer, o Ministério Público Federal, na ADI 5569/MS¹¹⁷ manifestou-se no sentido de que as autoras, Associação Nacional de Operadoras Celulares (ACEL) e Associação Brasileira de Concessionárias de Serviço de Telefônico Fixo Comutado (ABRAFIX), são associações que não têm legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade “pois apenas reúnem frações de categoria econômica”, não podendo ser classificadas como entidades representativas de classe.

Nesta ADI debate-se a constitucionalidade de lei do Estado do Mato Grosso do Sul sobre a fixação de dever para empresas prestadoras de serviços de internet móvel apresentar fatura mensal a consumidor com informações sobre velocidade de recebimento e envio de pacote de dados.

116 Na ADPF n. 46/DF, Min. Rel. Luiz Fux, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela recepção da Lei dos Serviços Postais (Correios), que assegura o monopólio do serviço postal à empresa Correios. Em voto vencido, o Min. Marco Aurélio julgou procedente a ação, para “declarar que não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1.988 os artigos da Lei n. 6.538/78 que disciplinaram o regime da prestação dos serviços postal como monopólio exclusivo da União (...)” por violar “os princípios da livre iniciativa, da liberdade no exercício de qualquer trabalho, da livre concorrência e do livre exercício de qualquer atividade econômica, respectivamente disciplinados na Carta Política de 1988 nos artigos 1º, inciso IV, 5º, inciso XIII, 170, cabeça, inciso IV e parágrafo único.”

117 ADI 5569/MS julgada procedente em maio/17. Detalhes estão no capítulo específico no livro.

a visão do autor deste livro, é fundamental o enquadramento do tema da interpretação constitucional do art. 103, inc. IX, a respeito da legitimidade de entidades para propor ADIs a partir de uma interpretação, fundamentada no princípio do amplo acesso à jurisdição. Assim, deve ser reconhecida a legitimidade processual das associações empresariais de telecomunicações; afinal a questão da representatividade deve ser vista, além do critério majoritário, também a partir do critério minoritário. Conseqüentemente, uma associação que representa fração da categoria econômica deve ser considerada legítima para propor ADI.

A seguir, alguns temas julgados pelo Supremo Tribunal Federal a respeito da internet.

Internet

Sobre a internet, ainda existem poucas decisões de mérito no Supremo Tribunal Federal, eis que os temas são novos diante das inovações tecnológicas.

Mais significativos são os julgamentos que envolvem o aplicativo WhatsApp, nas ADPFs 403 e ADI 5527. Aqui, na arguição de descumprimento a preceito fundamental foi apresentada sob o fundamento de que as decisões judiciais que suspendem o aplicativo de internet WhatsApp violam os preceitos fundamentais relacionados à livre iniciativa, bem com o direito à comunicação, no art. 5º, inc. IX. Na ADI 5527 debate-se o marco regulatório da internet e as normas sobre a suspensão de aplicativo de internet.

A relevância do tema relativo às aplicações de internet, no caso o WhatsApp, consiste na proteção ao direito à comunicação, por aplicativo de internet, nos termos da Constituição Federal. A questão aqui em destaque é a interpretação conforme o texto constitucional do Marco Civil da Internet, especialmente dos artigos que tratam da sanção da suspensão de aplicativos por violação à própria lei. Também, cabe registrar que o Marco Civil da Internet protege a liberdade dos negócios na plataforma internet, algo inerente à livre iniciativa e ao livre

comércio. Deste modo, as aplicações de internet são atividades econômicas privadas, submetidas aos princípios gerais da ordem econômica, estabelecidos na Constituição.

Há neste ponto algumas considerações relevantes sobre as plataformas da internet. No âmbito das aplicações de internet há empresas com atuação global. Estas empresas de tecnologia, baseadas na plataforma da internet, têm milhões de usuários (algumas até bilhões, como é o caso do Facebook), inclusive em território nacional.

Estas empresas globais de internet, para além do impacto social significativo sobre a população, têm intenso poder econômico. Ou seja, novas estruturas econômicas globais atuam no cenário nacional com a oferta de conteúdos, serviços e produtos para os consumidores brasileiros. Há intenso impacto da internet sobre a produção, a distribuição, o consumo, sobre os mercados e as liberdades civis, econômicas e políticas.¹¹⁸

Em outra perspectiva, a criação da plataforma da internet possibilitou a afirmação do poder de comunicação individual das pessoas. A rede mundial de computadores conecta os diferentes povos da humanidade. Daí a nova estruturação da sociedade em rede e da economia global, com intenso fluxo e troca, em tempo real, em qualquer espaço, de informação, capital e comunicação cultural.¹¹⁹ Houve o deslocamento do eixo tradicional do poder comunicativo, tradicionalmente concentrado nos governos ou nas empresas de mídia escrita e mídia eletrônica. As redes sociais configuram novo fenômeno de estruturação das comunicações dos mercados, das sociedades e dos Estados.

118 Sobre esta questão: BENKLER, Yoachai. *The wealth of networks, how social production transforms markets and freedom*. Yale University Press and New Haven and London, 2006.

119 Ver: CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Vol. I. São Paulo: Paz e Terra, 1999. O autor apresenta visão moderna da questão a partir de sua condição de sociólogo, com estudos da nova realidade social criadas pelas redes de comunicação.

O ambiente da internet, território global, é o palco moderno para o exercício das liberdades de expressão, de informação e comunicação. Com a internet, não há mais fronteiras territoriais. Não há barreiras à entrada de conteúdos estrangeiros. Daí a constituição da sociedade em rede, proporcionada pelas redes de comunicação, de âmbito global. Há a conexão entre o local e o global, mediada pela internet.¹²⁰ Trata-se de ambiente novo, com características singulares: imaterialidade, instantaneidade, fluidez, hipervelocidade, desterritorialização, entre outras.

Oportunidades, desafios e riscos são criados no ambiente da internet. Dentre eles, as ameaças terroristas por meio da rede, bem como práticas ilícitas criminais. Há o desafio de equilibrar a proteção à liberdade de expressão, liberdade de informação, o direito à privacidade, diante dos interesses inerentes à segurança pública, bem como da administração da justiça. Especialmente, os desafios quanto à efetivação da jurisdição nacional, diante de atos violadores a direitos de brasileiros, cometidos, através da internet, em território estrangeiro, mas com efeitos no território brasileiro.

Também, o desafio das políticas públicas em ampliar a universalização do acesso aos serviços de internet, por banda larga, fixa e móvel, bem como qualificar a prestação dos serviços ao público. O desafio digital é a promoção da inclusão do acesso à internet, por banda larga, em garantia à efetivação dos direitos inerentes à cidadania.

A internet, ao criar novo ambiente, possibilitou a concretização do poder da comunicação individual. Também, desperta questões sobre identidade pessoal no ambiente digital, com o potencial de conflituosidade entre grupos sociais

120 Neste ponto, importante lembrar: o pensador Marshall MacLuhan percebia os meios de tecnologia como extensões do homem. O telefone e o rádio como extensão da voz e do ouvido. A televisão como extensão da visão. Finalmente, o computador como extensão do cérebro. Outra expressão dele: a aldeia global. Ver: McLuhan por McLuhan. Entrevistas e conferências inéditas do profeta da globalização. Rio de Janeiro: Ediouro, 2005.

de diferentes *interesses*.¹²¹ A modernidade das novas tecnologias quebrou as hegemonias existentes nos meios de comunicação social. Daí o vigor das redes sociais, em competição com os tradicionais meios de comunicação.

No ambiente tradicional da comunicação, os meios de comunicação social clássicos (jornal, revista, televisão, cinema, etc.), previstos na Constituição de 1998, funcionam a partir da comunicação de massa, unilateral, sem canal de retorno do destinatário da comunicação.

No ambiente contemporâneo, os meios de comunicação, estruturados na plataforma da internet, são baseados na individualização, interatividade, bilateralidade, instantaneidade e armazenabilidade da comunicação. O tradicional receptor, ouvinte e espectador da informação e da comunicação é, agora, emissor, autor e transmissor da comunicação. Observe-se o fenômeno de sucesso do *Youtube*, plataforma mundial de distribuição de conteúdos audiovisuais.

A Constituição Federal faz a distinção entre o regime da Comunicação Social e o regime das telecomunicações. Assim, segundo a tradição jurídica, sempre houve a diferenciação entre a regulação dos serviços de comunicação social (televisão, rádio, jornais e revista), dos serviços de comunicação pessoal, como é o caso dos serviços de telecomunicações. Os serviços de comunicação pessoal, exercidos pelos serviços de telefonia fixa e móvel pessoal, são diferentes dos serviços de comunicação social. Há o âmbito normativo de proteção ao livre fluxo das comunicações privadas, representado pelos serviços de telefonia fixa e móvel e, serviços de acesso à internet.

Na Comunicação Social, a regulação do setor de TV por radiodifusão e TV por assinatura justifica-se em razão do impacto sobre o público destinatário das comunicações, o qual não tem liberdade de escolha quanto aos conteúdos audiovisuais programados.

121 Leitura que muito acrescenta ao tema: CASTELLS, Manuel. O poder da identidade. São Paulo: Paz e Terra, 1999. Entre outras abordagens, o autor analisa questões sobre identidade e significado na sociedade em rede, bem como redes globais de comunicação.

O Supremo Tribunal Federal inclusive apontou a distinção entre o regime da imprensa escrita e o regime dos serviços de TV e rádio por radiodifusão. Esta distinção é, por exemplo, apresentada na ADPF n. 130, que tratou da não recepção da Lei de Imprensa pela Constituição de 1988.

Além disto, cumpre distinguir o regime das comunicações individuais, por meio suporte das tecnologias de aplicativos, em relação ao regime da Comunicação Social. No âmbito da Comunicação Social, razões de interesse público justificam um regime de maior restrição à liberdade de comunicação, para proteção do público, vedada, evidente, a censura prévia. Mas, diversamente, no âmbito da comunicação individual de natureza privada (como é o caso do WhatsApp), evidente que há maior proteção à liberdade de comunicação. Assim, a excepcionalidade de um regime de restrições à liberdade de comunicação privada, algo sublinhado inclusive pelo Marco Civil da Internet. Daí porque o núcleo essencial da liberdade de comunicação, mediante o suporte técnico do aplicativo WhatsApp, não porque ser objeto de restrição por ordem judicial, ressalvadas hipótese de interceptação judicial previstas em lei.¹²²

Por outro lado, os modernos serviços de comunicação qualificados como over-the-top (OTT), tais como: WhatsApp, Netflix, Facebook, Google, encontram-se em outro nível de regulação diferente dos serviços de telecomunicação. São classificados como serviços de valor adicionado à rede de telecomunicações, submetidos ao regime da livre iniciativa.

Sobre o tema dos serviços over-the-top (OTT), não houve ainda perante o Supremo Tribunal Federal o questionamento da assimetria regulatória diante dos serviços de telecomunicações (exemplo: WhatsApp x empresas de telecomunicações) e do serviço de TV por assinatura (Netflix x empresas de TV por assinatura). Há a

¹²² Sobre estas questões, interessante obra: Machado, Jónatas E.M. e Brito, Rodrigues de. Iolanda. Curso de direito da comunicação social. Lisboa: Wolters Kluwer Portugal, 2013, p. 147.

assimetria regulatória entre os diferentes tipos de serviços de comunicação¹²³. O debate regulatório é sobre a extensão das regras aplicadas aos setores tradicionais (Lei geral de telecomunicações, Lei da TV por assinatura), aos novos serviços, baseados na plataforma da internet (WhatsApp, Netflix, etc.).¹²⁴ A equiparação das regras, por meio da legislação, pode ser objeto de questionamento quanto à respectiva constitucionalidade.

Houve a potencialização da judicialização dos conflitos no ambiente da internet, conflitos no âmbito dos direitos da personalidade (casos de *bulling*), crimes digitais (hackers), concorrencial¹²⁵, direitos autorais, entre outros temas relevantes. Daí

123 Serviços de telecomunicações: (i) Serviço móvel pessoal (SMP) - designa o serviço de voz (telefonia celular) e o serviço de conexão à internet (dados), por banda larga móvel; (ii) serviço de telefonia fixa comutada (STFC) - oferece aos usuários a transmissão de voz e outros sinais entre pontos fixos determinados; (iii) TV por assinatura: classificada como Serviço de Comunicação Audiovisual de Acesso Condicionado, conhecido como SeAC. É espécie de serviço de telecomunicações e destina-se a 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. Serviços de Comunicação Multimídia: (i) Serviço de conexão à internet – considerado serviço de valor adicionado à rede de telecomunicações e responsável por promover a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP; (ii) Aplicações de internet - conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de terminal conectado à internet. Serviços de televisão e rádio por radiodifusão – destinados à transmissão gratuita de programação ao público em geral via radiotransmissão.

124 Sobre o tema, ver: SCORSIM, Ericson M. Direito da Comunicação. Regime Jurídico dos Serviços de Telecomunicações, Internet, TV por radiodifusão e TV por assinatura. Curitiba, edição do Autor, 2016. Disponível no site da Amazon.

125 Para aprofundar um pouco a questão, por exemplo: a ação de obrigação de fazer proposta por empresa que hospeda sites, serviços de armazenamento de dados e serviços de emails contra empresa, também, provedora de serviços de emails. Ou seja, empresas que competem no mercado na oferta de serviços digitais (armazenamento de sites, dados, emails). Uma empresa efetuou o controle do conteúdo das mensagens eletrônicas destinadas aos usuários/consumidores da outra empresa. O bloqueio aos emails foi justificado sob a alegação de proteção do consumidor diante da publicidade em massa (spams). De outro lado, a outra empresa alegou a violação ao direito de acesso à informação e falta de consentimento do usuário/consumidor em relação ao bloqueio dos supostos spams. Em debate, os artigos legais do Marco Civil da Internet sobre livre concorrência e defesa do consumidor, neutralidade da rede, inviolabilidade e sigilo do fluxo das comunicações pela internet, salvo por ordem judicial. Ao final, o acórdão do TJ/SP acolheu a tese de que a empresa que disponibiliza email para seus usuários/consumidores não pode, sem autorização expressa dos mesmos, controlar conteúdo das mensagens privadas, sob pena de violação ao livre fluxo das comunicações. Também, a empresa que disponibiliza o serviço de publicidade por meio de envio de emails, não pode, sem autorização expressa dos usuários/consumidor executar tal tipo de serviço. Ver: processo n. 1000984-09.2015.8.26.0400, TJ/SPO, 2 Vara Cível da Comarca de Olímpia.

os desafios quanto à efetivação da jurisdição, na apuração de delitos bem como na punição, diante de casos relacionados ao ambiente da internet.

Há, portanto, novo do modelo de comunicação vigente na sociedade, caracterizado pela diversidade e pluralidade dos sujeitos e dos conteúdos. O direito não pode ignorar as mudanças causadas pelas novas tecnologias. A percepção correta destas transformações serve à evolução do direito.

O bloqueio, por ordem judicial, do aplicativo WhatsApp é simbólico. É um dos poucos casos a ser enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal em tema ligado à internet, juntamente com os temas tributários associados à internet.¹²⁶

Assim, o Supremo Tribunal Federal terá a oportunidade de se manifestar sobre o direito fundamental à comunicação, por meio do aplicativo de internet, de titularidade dos cidadãos e consumidores. Mas, para além das pessoas naturais, as pessoas jurídicas também sentiram o impacto do bloqueio do WhatsApp.

Em sua defesa, o WhatsApp, ao recusar o cumprimento da ordem judicial que ensejou o bloqueio do aplicativo, alega que, por adotar a tecnologia de criptografia, não tem acesso ao conteúdo das comunicações privadas dos usuários emissores e destinatários das mensagens eletrônicas. Segundo a empresa, não há condições técnicas para cumprir a ordem judicial de apresentação dos conteúdos das comunicações privadas, para fins de investigação policial e/ou em processo penal. Também, alega a existência de outras alternativas, para além do bloqueio judicial, para a produção de prova em investigação policial e/ou processual.

O Min. Edson Fachin, na ADPF 403, fixou as questões técnicas a serem debatidas na audiência pública sobre a criptografia do aplicativo de comunicações WhatsApp, especialmente sobre a possibilidade de desativação da criptografia, bem como

126 O bloqueio judicial do aplicativo teve significativo custo econômico no mercado. Há a estimativa de que o Brasil deixou de gerar US\$ 116 milhões (cento e dezesseis milhões de dólares) em produto interno bruto (PIB) no período dos cinco dias em que as medidas judiciais de bloqueio do WhatsApp estiveram em vigor, conforme notícia a imprensa.

sobre a capacidade técnica de interceptação individual de conteúdos de mensagens e conversas.¹²⁷

Neste caso, o Supremo Tribunal Federal terá a oportunidade de se manifestar sobre a constitucionalidade ou não de bloqueio judicial do aplicativo WhatsApp, decorrente de ordem judicial proferida no âmbito de investigação policial e em processo penal. Daí a necessidade de distinção entre o exercício legítimo do direito fundamental à comunicação, do uso do aplicativo para fins de prática ilícita no âmbito penal. O desafio é encontrar o ponto de equilíbrio entre a proteção do direito à comunicação, com a proteção ao sigilo das comunicações privadas, sem causar sacrifício ao núcleo essencial do mesmo, com as necessidades da administração da justiça.

Na ADPF 403, o objeto é saber se a medida judicial que determinou a suspensão do aplicativo WhatsApp foi constitucional ou não, a partir do fundamento de grave violação ao direito constitucional à comunicação, previsto no art. 5º, inc. IX, da Constituição Federal.¹²⁸

Na ADI 5527, o Supremo Tribunal Federal enfrenta a questão da suposta inconstitucionalidade dos incisos III e IV, do art. 12, do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2015), o qual trata da aplicação da sanção da suspensão das aplicações de internet. Há, inclusive, o pedido de interpretação conforme ao texto constitucional do referido dispositivo legal (art. 12, inc. III e IV), pela entidade autora da ação direta de inconstitucionalidade.

O tema das consequências do descumprimento da legislação brasileira, no caso principalmente o Marco Civil da Internet, por empresas estrangeiras que

127 A audiência pública aconteceu nos dias 2 e 5 junho de 2017. Foi um momento histórico que oportunizou qualificado debate para além das questões constitucionais, mas também tecnológicas a serem decididas na ADPF 403 e na ADI 527.

128 Na ADPF 403, registre-se o parecer n. 116.363/2016 do Ministério Público Federal, no sentido do não conhecimento da respectiva ADPF por falta de impugnação a integralidade do complexo normativo mencionado na ação.

oferecem aplicações de internet aos usuários brasileiros, será objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal. De acordo com o Marco Civil da Internet, as empresas estrangeiras de aplicações de internet submetem-se à legislação brasileira, no que tange aos procedimentos de coleta, armazenagem, guarda ou tratamento de dados de registros, dados pessoais ou dados de comunicações.

Sem dúvida alguma, as empresas estrangeiras, que ofertam aplicativos de internet, devem colaborar com a Justiça brasileira, no que se refere ao cumprimento da legislação nacional e à apresentação de dados pessoais dos usuários (tais como WhatsApp, Facebook entre outros), quando solicitados por ordem judicial, nas hipóteses previstas na legislação. Todavia, se demonstrado, com prova evidente, que a empresa estrangeira não dispõe do conteúdo das comunicações privadas, em razão da criptografia das comunicações, aí a solução jurídica deve ser outra em se tratando de responsabilidade empresarial em colaborar com a Justiça brasileira, em procedimentos de investigação e processos criminais.

O desafio para o Supremo Tribunal Federal é proteger o direito à comunicação dos usuários, bem como o sigilo das comunicações privadas. Mas, também delimitar os deveres das empresas de aplicativos de internet, em relação ao cumprimento da legislação para fins de produção de prova em investigações e processos judiciais). Certamente, o Supremo Tribunal Federal definirá com clareza e precisão o ambiente regulatório dos provedores de aplicação de internet, respeitando-se a garantia da liberdade do modelo de negócios da internet.

Na Repercussão Geral no RE 660861/MG (Tema 533)¹²⁹, o Supremo Tribunal Federal julga caso entre a empresa Google e professora do ensino médio exposta a ofensas pessoais na comunidade do Orkut (adquirido pelo Google). O Supremo Tribunal Federal analisa o conflito entre os direitos fundamentais entre liberdade

129 STF, Repercussão Geral – Tema 533 : ‘Dever de empresa hospedeira de sítio na internet fiscalizar o conteúdo publicado e de retirá-lo do ar quando considerado ofensivo, sem intervenção do Judiciário’.

de expressão e de informação diante do direito à privacidade, à intimidade, à honra à imagem.¹³⁰

Outro tema é a análise da constitucionalidade de projeto de lei de iniciativa de Câmara de Vereadores sobre programa “Banda larga gratuita”. Em debate, a competência do Poder Executivo para iniciar projetos de lei sobre este tema, no ARE 785227/SP.

E, em debate, a competência para julgar ações de responsabilidade por danos na internet diante de ofensas pessoais, na Repercussão Geral reconhecida no RE 601220/SP (Tema 208). Interessante, notar, que este julgamento decorre de caso de ação de indenização por danos proposta por estabelecimento de ensino contra pessoa que criticou, em blogs e sites, o conteúdo de apostilas de história e geografia distribuídas pela escola.

Discute-se, também, a questão do direito ao esquecimento, no âmbito civil, na internet. O único caso que está no Supremo Tribunal Federal é o ARE 953216/ES (aplicação do Tema 786 reconhecido no âmbito da Televisão por radiodifusão).¹³¹ Este caso trata de ação de indenização por danos proposta por policial militar contra a empresa Google. Em debate, os direitos de personalidade, princípio da dignidade humana e a liberdade de expressão e o direito à informação.

No âmbito da repercussão econômica, há o recente caso sobre a incidência do ICMS nas operações com a venda de mercadorias, no comércio eletrônico. Por cautelar, o Supremo Tribunal Federal, na ADI 5464/DF, suspendeu a eficácia do convênio do Confaz que estabelecia a cobrança do ICMS sobre microempresas e empresas de pequeno porte que realizam o comércio eletrônico entre os diversos estados da federação, sob o argumento que o tema está sob reserva de lei complementar.

130 Conforme Jonatas Machado e Iolanda Rodrigues de Brito: “As redes sociais vieram reforçar a vulnerabilidade do direito à honra, na medida em que as eventuais condutas lesivas alcançam um público quase ilimitado com um simples clique”. In: *Curso de direito da comunicação social*, obra citada, p. 117.

131 Tema 786; ‘Aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares’.

Serviços de TV e Rádio por Radiodifusão

Quanto aos serviços de TV e rádio por radiodifusão, o Supremo Tribunal Federal decidiu na ADI 561 pela recepção, pela Constituição Federal de 1988, da Lei dos Serviços de TV e Rádio por radiodifusão (Lei n. 4.117/1962), aplicável ao setor privado. A relevância desta decisão consiste na aplicação, até o presente momento, da referida Lei n. 4.117/1962 ao setor da radiodifusão comercial.

Também, o Supremo Tribunal Federal na ADI 3944, Min. Relator Ayres Britto, julgou, por maioria, constitucional o Decreto Federal da Presidência da República que trata da adoção do padrão digital de TV por radiodifusão: TV digital (Decreto n. 5.820, de 29 de junho de 2006).

Neste contexto, a decisão validou o regime de serviço público aplicado à radiodifusão, especificamente às concessionárias do serviço de TV por radiodifusão. O Supremo Tribunal Federal entendeu desnecessária a edição de lei para tratar do tema da mudança do padrão tecnológico da transmissão dos canais de TV por radiodifusão, na forma digital.¹³² Entendeu, também, pela possibilidade da outorga da autorização de uso de frequências do espectro adicionais durante a fase de transição do padrão analógico para o digital.¹³³

No decorrer do presente livro, são abordadas as questões principais que dizem respeito ao regime especialíssimo da concessão dos serviços de radiodifusão,

132 Há o Decreto n. 8.139/2013 que trata da extinção de radiodifusão sonora em ondas médias de caráter local, bem como sua adaptação aos serviços de radiodifusão sonora em frequência modulada.

133 O desligamento do sinal de transmissão de televisão analógico está previsto para ocorrer gradativamente até 2018. Daí, a partir desta data, apenas haverá a transmissão do sinal de televisão digital. Em razão disto, houve polêmica entre as redes de TV por radiodifusão e as empresas de TV por assinatura, quanto à cobrança de remuneração pelo licenciamento do conteúdo da programação da TV aberta. Com o fim do sinal analógico, se não houver acordo, as empresas de TV por assinatura deixaram de transmitir a programação de TV analógica, isto porque a Lei da Comunicação Audiovisual de Acesso Condicionado não obriga as empresas de TV por assinatura a transmitir o sinal digital, exceptuada a hipótese de acordo comercial entre as partes.

diferente do regime tradicional da concessão dos serviços públicos em geral.¹³⁴

Outra questão relevante para o setor da radiodifusão, analisada no RE 1010606/RJ (Tema 786)¹³⁵, é a configuração do direito ao esquecimento do nome e imagem da pessoa vítima de delito ocorrido há décadas, diante da liberdade de radiodifusão de veicular este tipo de programa de televisão. O caso trata de recurso extraordinário contra decisão de Tribunal local que julgou improcedente pedido de indenização por dano material contra emissora de televisão, por utilização não autorizada da imagem de falecida irmã dos autores em programa televisivo. Ou seja, o Supremo Tribunal Federal decidirá sobre a existência de limites à liberdade de radiodifusão neste tipo de caso, com fundamento nos princípios da dignidade humana, imagem, honra e vida privada, com a definição dos contornos do direito ao esquecimento. Ou, se, por outro lado, há plena liberdade da emissora de televisão em veicular este tipo de programa.¹³⁶

Outro tema debatido pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 309, Rel. Min. Marco Aurélio, é sobre a questão da constitucionalidade de portaria do Ministério das Comunicações que tratou do cronograma de implantação dos recursos de audiodescrição na programação das emissoras de televisão.¹³⁷ Este ato administrativo do Poder Executivo estabelece a política pública de acessibilidade aos serviços de radiodifusão pelas pessoas com deficiência visual e intelectual.

A audiodescrição representaria a narração, em língua portuguesa, integrada ao som original da obra audiovisual, a descrição de sons e elementos visuais e quaisquer informações adicionais que sejam relevantes para possibilitar melhor compreensão do programa de televisão por pessoas com deficiência visual e

134 Consequentemente, há restrições à incidência da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, bem como à Lei Geral das Concessões de Serviços Públicos ao setor da radiodifusão.

135 STF, Repercussão Geral – Tema 786: Aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares.

136 O STF designou audiência pública para debater o direito ao esquecimento no âmbito civil.

137 Ver: Portaria n. 188, de 24 de março de 2010, do Ministério das Comunicações.

intelectual. Neste aspecto, a arguição de violação a preceito fundamental foi apresentada pela associação dos radiodifusores, sob o fundamento de que o acórdão do Tribunal Regional Federal violava princípio da separação de poderes, bem como a segurança jurídica.

Em votação unânime, o Supremo Tribunal Federal, na ADPF n. 309, Rel. Min. Marco Aurélio, deferiu cautelar para o fim de suspender os efeitos de acórdão de Tribunal Regional Federal, que determinava a implantação imediata do cronograma de audiodescrição.¹³⁸ O acórdão do Tribunal Regional Federal assegurava a implantação imediata dos recursos de acessibilidade dos direitos dos deficientes visuais aos serviços de TV por radiodifusão, a partir dos direitos fundamentais, bem como da cláusula da proibição do retrocesso em relação às políticas públicas de acessibilidade aos direitos sociais e da proibição da discriminação entre os telespectadores.¹³⁹

Em voto do Min. Fux, na ADPF 309, fez-se referência à teoria da capacidade institucional, para concluir no sentido da incapacidade do Poder Judiciário em interferir em questão complexa e técnica, sob a competência do Poder Executivo. Assim, houve a deferência à deliberação do Poder Executivo sobre o tema, no sentido de estender o prazo para implantação dos recursos de audiodescrição nos serviços de televisão por radiodifusão.¹⁴⁰

Este tema na ADPF 309 é relevante, pois envolve, de um lado, o controle jurisdicional das políticas públicas sobre acessibilidade nos serviços de TV por

138 TRF/1^o Região, Apelação Cível na Ação Civil Pública n. 2009.34.00.004764-8-DF, Relator: Desembargador Federal Souza Prudente.

139 Em 2015, foi aprovada a lei que trata do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015). Esta lei estabelece que os serviços de radiodifusão de sons e imagens (televisão) devem permitir o uso de recursos de subtítuloção por meio de legenda oculta, janela com intérprete de Libras e audiodescrição (art. 67, incs. I a III).

140 Sobre o tema, deferência e prudência do Supremo Tribunal Federal, com a autorestrição estrutural em razão da capacidade jurídico-constitucional de outros poderes, ver: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014

radiodifusão, estabelecidas pelo Poder Executivo. Também, o tema trata da eficácia dos direitos fundamentais à informação, à comunicação e à cultura de pessoas com deficiência visual e/ou cognitiva em relação aos serviços de TV por radiodifusão.¹⁴¹

Sobre o setor das rádios comerciais, em destaque a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal no sentido da obrigatoriedade da retransmissão do programa oficial *Voz do Brasil*, dos três poderes da República (Executivo, Legislativo e Judiciário), pelas emissoras de rádio do setor privado. Usualmente, é invocado nas decisões sobre o programa *Voz do Brasil* o precedente da ADI 461.

Ocorre que se, devidamente analisada a decisão, não há na ADI 461 o debate de mérito sobre a constitucionalidade do art. 38, letra e, da Lei n. 4.117/1962. Daí porque, com o devido respeito, para fins de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, ainda para fortalecer o debate mais vigoroso, sob diversos aspectos constitucionais, sobre a possível inconstitucionalidade da obrigação legal da transmissão obrigatória do programa estatal *Voz do Brasil* (ou, *Voz de Brasília?*), cabe a revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Na visão do autor, a transmissão obrigatória do programa *Voz do Brasil* configura abuso do poder legislativo em relação ao setor comercial de radiodifusão sonora. A medida legislativa representa sacrifício desproporcional à liberdade de radiodifusão de titularidade das empresas de radiodifusão sonora. Trata-se de medida legislativa de expropriação à liberdade de radiodifusão sonora do setor comercial.

O direito à informação do público, sobre informações de interesse público dos três poderes da República (Executivo, Legislativo e Judiciário), não justifica o ônus excessivo sobre o setor de radiodifusão comercial. Conseqüentemente, o

¹⁴¹ Mas, até o presente momento, o Supremo Tribunal Federal não analisou o mérito da questão sob o ângulo dos direitos fundamentais, algo considerado no acórdão do Tribunal Regional Federal.

excesso da medida legislativa, ao impor a transmissão obrigatória do programa de rádio Voz do Brasil, afronta ao princípio da proporcionalidade. Também a qualificação do serviço de radiodifusão sonora como serviço público não justifica a expropriação do tempo de programação, bem como a liberdade de radiodifusão da emissora de rádio comercial.

Também, com o devido respeito, a interpretação aplicada ao caso pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não considera a força normativa do princípio da complementaridade dos sistemas de radiodifusão privado, público e estatal, estabelecido no art. 224 da Constituição. Conseqüentemente, defende-se, aqui, a tese de que se existe o sistema de radiodifusão do setor estatal, então estes canais de comunicação estatal devem estar a serviço de divulgação das mensagens dos três poderes da República. Assim, é descabível o ônus da transmissão obrigatória do programa oficial Voz do Brasil pelas emissoras de rádios do setor privado.

A jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal é no sentido de se referir aos serviços de TV e rádio por radiodifusão como espécie de serviço público.¹⁴² Sobre o tema, ver: ADPF n. 130, ADI 3944, ADIS n. 4679, 47427, 4756 e 4923.

Mas, diferentemente, aqui se propõe nova visão sobre a interpretação constitucional do marco regulatório dos serviços de TV e rádio por radiodifusão do setor comercial. Apresenta-se a tese de qualificação dos serviços de radiodifusão de sons e imagens e radiodifusão como espécie de atividade econômica em sentido estrito, algo semelhante ao que acontece nos serviços de TV por assinatura. Assim, não mais deve ser classificado o serviço de televisão e rádio por radiodifusão como serviço público.

142 Para visão crítica da qualificação da radiodifusão do setor privado como serviço público, ver: SCORSIM. Ericson M. TV Digital e Comunicação Social. Aspectos regulatórios - TVs pública, estatal e privada. Belo Horizonte. Editora Fórum, 2008.

Esta tese decorre de uma nova interpretação constitucional a respeito do princípio da complementaridade dos sistemas de radiodifusão privado, público e estatal.¹⁴³ O legislador tem competência para organizar os sistemas de radiodifusão, mas não possui autorização constitucional para classificar todas as espécies de radiodifusão como serviço público. Caso contrário, haverá abuso do poder legislativo na classificação em bloco de todas as atividades econômicas ligadas à radiodifusão como espécies de serviço público.

Ademais, acredita-se que esta tese sobre o setor comercial da radiodifusão seja reforçada com a criação dos serviços de radiodifusão pública, nos termos da Lei n. 11.652/2008, que criou a Empresa Brasil de Comunicação. Daí a necessidade, por força do princípio constitucional da complementaridade, do art. 223, da Constituição, da diferenciação, entre os setores da radiodifusão comercial, pública e estatal.

No setor da radiodifusão pública, o Supremo Tribunal Federal discute na ADI 3944 a constitucionalidade da criação da Empresa Brasil de Comunicação (EBC), pela Medida Provisória n. 398/2007, posteriormente convertida na Lei n. 11.652/2008.¹⁴⁴ A Lei n. 11.652/2008 define o regime da radiodifusão pública, diferente do regime aplicável à radiodifusão do setor comercial.

Ainda no âmbito da radiodifusão pública, foi veiculada a questão, no Mandado de Segurança 34205, sobre a legalidade do ato do Presidente da República que exonerou o Diretor-Presidente da Empresa Brasileira de Comunicação – EBC, antes do prazo final do mandato fixo de quatro anos para o qual havia sido

143 Sobre o tema, ver: SCORSIM. Ericson M. TV Digital e Comunicação Social. Aspectos regulatórios - TVs pública, estatal e privada. Belo Horizonte. Editora Fórum, 2008.

144 Na forma da Lei n. 13.417/2017, que altera a Lei n. 11.652/2008, há nova regra no sentido de que os membros da Diretoria Executiva serão nomeados e exonerados pelo Presidente da República (art. 19, §1º), sendo que a indicação dos membros para a composição da Diretoria Executiva deve atender as regras do art. 17 da Lei n. 13.303/2016.

nomeado, o tema refere-se à existência ou não estabilidade para dirigente de empresa estatal, sob a forma do direito privado.¹⁴⁵

No setor da radiodifusão educativa, a estabilidade no emprego dos servidores da Fundação Padre Anchieta, gestora da TV Cultura, será objeto de análise no Agravo em Recurso Extraordinário 659039/SP, com Repercussão Geral já reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal - Tema 545: 'Extensão da estabilidade excepcional do art. 19 do ADCT a empregados de fundação privada'. A radiodifusão educativa está submetida a regime jurídico especial. É necessária adequada interpretação constitucional deste caso.¹⁴⁶

Outros temas constitucionais debatidos no Supremo Tribunal Federal tratam da classificação indicativa da programação de televisão e da divulgação de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo a criança ou adolescente a que se atribua ato infracional (ADI 2404/DF e ADI 869/DF); inexistência de omissão do Congresso Nacional na regulamentação da publicidade de bebidas de baixo teor alcoólico (ADO 22/DF); suspensão da eficácia de restrições contidas no art. 45, incs. II e III, da Lei das Eleições (Lei n. 9.504/1997), às emissoras de

145 O STF, em decisão liminar, proferida pelo Ministro Relator Dias Toffoli no dia 02 de junho de 2016 e publicada no dia 06 de junho do mesmo ano, garantiu o retorno de Ricardo Pereira de Melo ao cargo de diretor-presidente da Empresa Brasileira de Comunicação S/A – EBC, sob a fundamentação no precedente do julgamento da ADI 1.949/RS, onde a Corte deliberou “pela inconstitucionalidade de dispositivo de lei estadual que condicionava a destituição de dirigentes de agência reguladora estadual exclusivamente ao crivo do Poder Legislativo local”. De modo que, da leitura da Lei n. 11.652/2008, “há nítido intuito legislativo de assegurar autonomia à gestão da Diretoria Executiva da EBC, inclusive ao seu Diretor-Presidente. Em análise precária, portanto, me parece que seria esvaziar o cerne normativo dos dispositivos interpretá-los – tal qual propõe a autoridade impetrada – no sentido da existência de mandato apenas na expressão, mas não em seu conteúdo.” (Supremo Tribunal Federal – MS 34.205 MC-DF, Min. Rel. Dias Toffoli, Decisão monocrática, DJe n. 114 de 06.06.2016). O Mandado de Segurança foi julgado prejudicado, diante da modificação da Lei n. 11.652/2008, pela Lei n. 13.417/2017 que extinguiu o mandato de Diretor-Presidente da EBC, transformando-o em cargo de livre nomeação e exoneração.

146 Existem outras questões relacionadas às TVs e rádios educativas, como, por exemplo, a recepção ou não pela Constituição do Decreto-lei 236/1967, no aspecto da inexigibilidade da licitação em relação à outorga dos serviços de radiodifusão educativa, mas que não chegaram ainda ao Supremo Tribunal Federal. A título ilustrativo, ver Apelação/Reexame Necessário n. 0014205.81.2010.4.03.6105, SP, Relator Juiz Convocado Ciro Brandini, TRF/3. Região.

TV e rádio (ADI 4451/DF), principalmente à liberdade de informação jornalística; a constitucionalidade da obrigação legal de transmissão do programa Voz do Brasil pelas emissoras de rádio comercial ao recepcionar a Lei 4.117/1962 (ADI 561-MC/DF); a inconstitucionalidade, em medida liminar, da Lei n. 16.751/2015, do Estado de Santa Catarina, que proíbe a propaganda de medicamentos e similares nos meios de comunicação sonoros, audiovisuais e escritos daquele Estado da federação (ADI 5424/SC e ADI 5432/SC);¹⁴⁷ a constitucionalidade da vedação ao proselitismo político e religioso nas rádios comunitárias presente no parágrafo 1º do art. 4º, da Lei n. 9.612/1998 (ADI 2566/DF); e a discussão sobre a possível inconstitucionalidade de lei municipal sobre rádios comunitárias (ADPF 335/MG).¹⁴⁸

Registre-se, por oportuno, que os serviços de radiodifusão comunitária diferenciam-se dos demais serviços de radiodifusão comercial, na medida da vedação à finalidade lucrativa.

Há lei específica para a radiodifusão comunitária (rádios comunitárias), na forma da Lei 9.612/1998. Estes serviços de radiodifusão comunitária representam a concretização do princípio constitucional da complementaridade dos sistemas de radiodifusão privado, público e estatal. Assim, a radiodifusão comunitária é categoria representativa do sistema de radiodifusão público, no sentido de público-estatal.¹⁴⁹

Ainda em julgamento no Supremo Tribunal Federal, a discussão sobre a propriedade e a participação societária de Deputados e Senadores nas empresas

147 Medida fundamentada na ADI 2815, Min. Rel. Sepúlveda Pertence, DJ 07.11.2003, que também julgou a inconstitucionalidade de lei catarinense que proibia propaganda comercial de natureza erótica e pornográfica.

148 A título de curiosidade sobre tributação, a Constituição Federal prevê, expressamente, a não incidência do ICMS sobre os serviços de comunicação nas modalidades de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita, em seu art. 155, inc. X, letra d. Mas, não há até o momento, nenhum debate formal a respeito deste tema no Supremo Tribunal Federal.

149 Sobre o tema, ver: SCORSIM, Ericson M. *TV Digital e Comunicação Social: aspectos regulatórios - TVs pública, estatal e privada*. Belo Horizonte; Editora Fórum, 2008.

de TV e rádio por radiodifusão, na ADPF 246/DF. Em debate, o sentido e alcance do art. 54, incs. I, letra, e II, letra a, da Constituição Federal sobre a proibição para Deputados e Senadores, firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público ou concessionária de serviço público, excetuada a hipótese de contrato com cláusulas uniformes.

Serviço de Comunicação Audiovisual de Acesso Condicionado - TV por assinatura

Em 2011, houve a aprovação da nova lei sobre a TV por assinatura (Lei n. 12.485/2011), que regulamenta os serviços de comunicação audiovisual de acesso condicionado. Esta lei regula as atividades de produção, empacotamento, programação e distribuição dos canais de TV por assinatura. A lei adota novo marco regulatório setorial da TV por assinatura, especialmente aprova o regime privado e a forma da autorização administrativa do ato de outorga dos serviços de comunicação audiovisual de acesso condicionado. Além disto, a lei cria a obrigação para as prestadoras do serviço de TV por assinatura de distribuir dos canais de televisão aberta, bem como os canais de TV estatais, como a TV Justiça, TV Senado, TV Câmara, entre outros.

No âmbito da TV por assinatura,¹⁵⁰ o Min. Relator Luiz Fux, ao apreciar as ADI's 4679, 4747, 4756 e 4923, votou pela constitucionalidade da Lei da Comunicação de Acesso Condicionado (Lei n. 12.485/2011), especialmente quanto às regras que tratam do limite à propriedade cruzada das empresas de radiodifusão e empresas de telecomunicações; a outorga dos serviços de acesso condicionado por autorização administrativa da Anatel; as cotas de conteúdo brasileiro na

150 Do ponto de vista técnico, embora a TV por assinatura (serviço de comunicação audiovisual de acesso condicionado, na forma da Lei n. 12.485/2011), seja espécie de serviço de telecomunicações, o tema é tratado em capítulo próprio, devido à especificidade de sua legislação, diferente do regime geral de telecomunicações.

programação de TV por assinatura¹⁵¹; a não aplicação da licitação na outorga dos serviços de acesso condicionado; o não pagamento de indenização pela mudança do regime jurídico da concessão para autorização administrativa; e a competência da Ancine para adotar o regime de credenciamento nos serviços de empacotamento e programação de televisão.

Antes de se iniciar o julgamento das referidas ADI's, o Min. Relator Fux promoveu a realização de audiências públicas com especialistas e representantes da sociedade civil e do mercado, para coletar informações técnicas a respeito do modelo regulatório adotado pelo legislador em relação aos serviços de TV por assinatura. A audiência pública representa mecanismo que assegura, de certo modo, o direito de participação da sociedade civil nas deliberações do Supremo Tribunal Federal. E mais, significa a capacidade institucional do Supremo Tribunal Federal em ouvir a sociedade em temas relevantes em julgamento.

A única inconstitucionalidade declarada no voto do Min. Luiz Fux, o art. 25 da Lei da Comunicação Audiovisual de Acesso condicionado, trata da oferta de canais de programação que contenham publicidade de serviços direcionada ao público brasileiro, com veiculação contratada no exterior, sendo obrigatoriamente por meio de agência de publicidade nacional.

Em relação ao regime de cotas de conteúdo brasileiro nos canais de TV por assinatura, declarado constitucional em voto do Min. Relator Fux, observe-se que se trata de política pública regulatória que representa ação afirmativa promovida pela União, em favor das empresas produtoras brasileiras de programas de

151 O regime de cotas de conteúdo brasileiro no horário nobre da TV por assinatura representa medida de fomento à iniciativa da produção audiovisual brasileira, em termos de melhora de sua competitividade diante da indústria de entretenimento audiovisual internacional. Em consequência desta regra, houve a criação de diversos novos formatos e programação nos canais de TV por assinatura, por produtoras independentes.

televisão.¹⁵² Há autorização constitucional, no entender do Relator, desta discriminação positiva em relação à produção audiovisual brasileira.

O Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da competência da Ancine para fixar o horário nobre do canal de programação da TV por assinatura, para fins de veiculação das cotas de conteúdo brasileiro.

Também, no julgamento da constitucionalidade da Lei da TV por assinatura foi invocado o direito internacional, a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (art. 6º)¹⁵³, no tópico pertinente à análise

152 Sobre a questão de cotas em termos de igualdade racial, e os reflexos da norma nas emissoras de televisão e agências de publicidade, ver artigos 43 a 46 da Lei n. 12.288/2010 – Estatuto da Igualdade Racial: Art. 43. A produção veiculada pelos órgãos de comunicação valorizará a herança cultural e a participação da população negra na história do País.

Art. 44. Na produção de filmes e programas destinados à veiculação pelas emissoras de televisão e em salas cinematográficas, deverá ser adotada a prática de conferir oportunidades de emprego para atores, figurantes e técnicos negros, sendo vedada toda e qualquer discriminação de natureza política, ideológica, étnica ou artística.

Parágrafo único. A exigência disposta no caput não se aplica aos filmes e programas que abordem especificidades de grupos étnicos determinados.

Art. 45. Aplica-se à produção de peças publicitárias destinadas à veiculação pelas emissoras de televisão e em salas cinematográficas o disposto no art. 44.

Art. 46. Os órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica ou fundacional, as empresas públicas e as sociedades de economia mista federal deverão incluir cláusulas de participação de artistas negros nos contratos de realização de filmes, programas ou quaisquer outras peças de caráter publicitário.

153 Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais:

Art 6º: DIREITOS DAS PARTES NO ÂMBITO NACIONAL

1. No marco de suas políticas e medidas culturais, tais como definidas no artigo 4.6, e levando em consideração as circunstâncias e necessidades que lhe são particulares, cada Parte poderá adotar medidas destinadas a proteger e promover a diversidade das expressões culturais em seu território.

2. Tais medidas poderão incluir:

(a) medidas regulatórias que visem à proteção e promoção da diversidade das expressões culturais; (b) medidas que, de maneira apropriada, criem oportunidades às atividades, bens e serviços culturais nacionais – entre o conjunto das atividades, bens e serviços culturais disponíveis no seu território –, para a sua criação, produção, difusão, distribuição e fruição, incluindo disposições relacionadas à língua utilizada nessas atividades, bens e serviços; (c) medidas destinadas a fornecer às indústrias culturais nacionais independentes e às atividades no setor informal acesso efetivo aos meios de produção, difusão e distribuição das atividades, bens e serviços culturais; (d) medidas voltadas para a concessão de apoio financeiro público; (e) medidas com o propósito de encorajar organizações de fins não lucrativos, e também instituições públicas e privadas, artistas e outros profissionais de cultura, a desenvolver e pro-

da constitucionalidade do regime de cotas de conteúdo brasileiro nos canais de programação.

Imprensa

Sobre a imprensa, o Supremo Tribunal Federal analisou a ADPF n. 130 que trata da revogação da Lei da Imprensa (Lei n. 5.250/1967) diante da Constituição de 1988. Em consequência desta decisão, não há atualmente lei para disciplinar o setor de imprensa. Entendeu-se, por maioria de votos do Supremo Tribunal Federal, que a plena liberdade de informação jornalística, prevista na Constituição, é incompatível com lei reguladora do setor.

O debate central no julgamento residiu em torno da interpretação do art. 220, § 1º, da Constituição. Neste aspecto, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130 foi apresentada por partido político, sob o fundamento de que a lei de imprensa (direito anterior à CF) viola o preceito fundamental representado pela plena liberdade de informação jornalística. A título de referência histórica, como fundamento do cabimento da ADPF n. 130, a alegação sobre a existência de controvérsias judiciais a respeito da aplicação de preceitos fundamentais violados pela Lei de Imprensa.

À época do julgamento da ADPF n. 130, havia a preocupação em relação às práticas de censura estatal em relação à imprensa, originárias do regime militar. Daí a motivação para afirmar a plena liberdade de informação jornalística, inclusive com a declaração forte no sentido de que a Constituição proíbe a edição de lei reguladora do setor de imprensa, no que se refere ao núcleo central da liberdade de imprensa.

mover o livre intercâmbio e circulação de ideias e expressões culturais, bem como de atividades, bens e serviços culturais, e a estimular tanto a criatividade quanto o espírito empreendedor em suas atividades; (f) medidas com vistas a estabelecer e apoiar, de forma adequada, as instituições pertinentes de serviço público; (g) medidas para encorajar e apoiar os artistas e todos aqueles envolvidos na criação de expressões culturais; (h) medidas objetivando promover a diversidade da mídia, inclusive mediante serviços públicos de radiodifusão.

Assim, a conclusão, a partir da interpretação constitucional, no sentido da interdição parcial de legislar sobre este núcleo essencial da liberdade de informação jornalística. Mas, existem “matérias reflexamente de imprensa” passíveis de conformação legislativa, indicadas pela própria Constituição, tais como: direito de resposta, proteção ao sigilo da fonte, responsabilidade penal por calúnia, injúria e difamação, diversões e espetáculos públicos, entre outros.

Ao que parece, a conclusão majoritária do Supremo Tribunal Federal neste caso da ADPF n. 130 é no sentido da opção pela desregulação, ainda que parcial, do setor de imprensa, com a revogação da Lei de Imprensa. No entanto, ressalva-se a incidência da Constituição, do Código Civil e Código Penal sobre o setor de imprensa. Em consequência desta decisão, o incentivo à autorregulação da imprensa, nos termos da visão majoritária do Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, ainda na ADPF n. 130, diversamente da conclusão majoritária, registre-se o voto do Min. Gilmar Mendes, segundo o qual a Constituição de 1988 permite a edição reguladora da imprensa. Também em voto dissidente, o Min. Celso de Mello, segundo o qual “é importante, observar, no entanto, (...) que a Constituição da República, embora garantindo o exercício da liberdade de informação jornalística, legitima a intervenção normativa do Poder Legislativo, permitindo-lhe – observados determinados parâmetros referidos no §1º do art. 220 da Lei Fundamental – a emanção de regras concernentes à proteção dos direitos à integridade moral e à preservação da intimidade, da vida privada e da imagem das pessoas”.¹⁵⁴

Sobre o pluralismo na comunicação social, na ADPF n. 130, o Min. Relator Ayres Britto destacou: “O § 5º do art. 220 apresenta-se como norma constitucional de concretização de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento

¹⁵⁴ Sobre o tema da dissidência de opinião no âmbito de Tribunal, Benjamin Cardozo, ex-juiz da Suprema Corte Americana, registra: “A voz da maioria pode ser a da força triunfante, satisfeita com os aplausos do momento e pouco se importando com o amanhã. O dissidente fala voltado para o futuro, e sua voz assenta-se num código que será transmitido através dos anos”.

das sociedades autenticamente democráticas; isto é, o pluralismo como a virtude democrática da respeitosa convivência dos contrários”.

O pluralismo democrático é o valor fonte da sociedade, bem como da organização dos meios de comunicação social.

Na ADPF n. 130, afirmou-se a prevalência do primeiro bloco da plena liberdade de informação jornalística diante dos direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada. Mas, em momento posterior, há incidência do segundo bloco de direitos fundamentais, para fins de direito de resposta, bem como fixar as responsabilidades penal, civil e administrativa consequentes do exercício da liberdade de imprensa. Daí a incidência dos direitos de personalidade, ainda que a posteriori, para inibir abusos por parte da imprensa.¹⁵⁵

O Supremo Tribunal Federal, na ADPF n. 130, criou as bases para a afirmação da liberdade de imprensa, com a proibição à censura sobre os veículos de comunicação social. Definiu as diferenças básicas entre o regime da concessão de televisão por radiodifusão e o regime da imprensa. A visão majoritária do Supremo Tribunal Federal é no sentido da desnecessidade de lei para regular a imprensa. Há votos dissidentes no sentido de que a Constituição autoriza a edição de lei para imprensa. Neste sentido votos dos Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello.

Em decorrência da decisão na ADPF n. 130, inúmeras reclamações aforadas por empresas jornalísticas foram utilizadas no propósito de defender a liberdade de imprensa, expressão do pensamento e direito à informação, diante de decisões judiciais que, sob o fundamento da proteção aos direitos de personalidade, impediam a divulgação de publicações na imprensa clássica ou nas mídias digitais.

Via de regra, o Supremo Tribunal Federal defere medidas cautelares no propósito de proteger a liberdade de imprensa, com a suspensão dos efeitos de decisões

155 Sobre o tema, ver: MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. Estudos de direito constitucional. 4^o, edição, revista e ampliada. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 654-658.

judiciais que, a pretexto de defender os direitos de personalidade, impediam publicações na mídia. Neste aspecto, as reclamações perante o Supremo Tribunal Federal foram apresentadas para fins de preservação de sua autoridade no julgamento das questões constitucionais relacionadas à plena liberdade de informação jornalística, sob o fundamento do precedente da ADPF 130.

Da compreensão da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal sobre o setor de imprensa, a conclusão é no sentido de que a opção adotada é pelo regime de reparação de danos aos direitos fundamentais de personalidade, em momento posterior.

Na visão do Supremo Tribunal Federal, não há regime de prevenção aos riscos de lesão ou de danos aos direitos fundamentais de personalidade, causados sob o pretexto do exercício da liberdade de expressão ou informação. A proteção aos direitos fundamentais de personalidade é reconhecida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Mas, o regime de responsabilidade ocorre em momento posterior às publicações qualificadas como ofensivas aos bens pessoais, tais como: honra, imagem, privacidade, etc. Primeiro momento, há a prevalência da liberdade de informação jornalística. Segundo momento, a proteção aos direitos de personalidade, com eventual reconhecimento do direito à reparação por danos materiais ou morais.

Outra conclusão da leitura da ADPF n. 130 e das subsequentes reclamações é a declaração solene no sentido de que deve haver proporcionalidade entre liberdade de imprensa e responsabilidade civil por danos morais e materiais. Mas, segundo o Supremo Tribunal Federal: “... a excessividade indenizatória é, em si, mesma, poderoso fator de inibição da liberdade de imprensa, em violação ao princípio constitucional da proporcionalidade”.¹⁵⁶

156 Aqui, é importante lembrar da garantia da proporcionalidade entre a reparação do dano material e moral ao direito fundamental à intimidade, vida privada, honra e imagem, previsto no art. 5º, inc. X, da Constituição.

Também, outro caso relevante é o julgamento pela inconstitucionalidade da exigência legal do diploma de jornalista no RE n. 511961/SP diante da liberdade de exercício profissional, prevista na Constituição. Mas, destaque-se a dissidência da opinião majoritária representada pelo voto do Min. Marco Aurélio, segundo o qual é válida a exigência legal de diploma de jornalista diante da Constituição.

Os direitos fundamentais à liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação também foram objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal.

Na ADI 4815, Rel. Min. Cármen Lúcia, o Supremo Tribunal Federal declarou inexigível a autorização prévia para a publicação de biografias literárias ou audiovisuais, reputando inconstitucional toda e qualquer forma de censura de caráter artístico, político ou ideológico. Houve a interpretação do Código Civil, especialmente os arts. 20 e 21, a partir da Constituição.¹⁵⁷

Destaque-se, antes do julgamento, a realização de audiências públicas sobre o tema para fins de esclarecimento do Supremo Tribunal Federal dos diversos pontos de vista. Para além do direito brasileiro, a Min. Relatora Cármen Lúcia fundamentou-se em diversos tratados internacionais, a saber: Convenção Interamericana de Direitos humanos (art. 13), Declaração Universal dos Direitos Humanos na ONU (art. 19) e Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da ONU (art. 19).

Enfim, da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é possível perceber a evolução do Direito da Comunicação, mediante o exercício da jurisdição constitucional.

Para além do aspecto da análise pura da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, busca-se neste livro traçar uma visão retrospectiva, perspectiva e

157 Na perspectiva da repercussão econômica, com este precedente na ADI 4815, abre-se grande oportunidade para o mercado de livros, filmes e seriados, na medida da liberação da publicação de biografias sem o consentimento do biografado.

expectativa dos julgamentos. Percebe-se o progresso da legislação setorial, ainda que haja a demora na aprovação das leis, em temas significativos em relação aos serviços de comunicações.¹⁵⁸

Na sequência, a apresentação dos casos decididos pelo Supremo Tribunal Federal relacionados à prestação dos serviços de telecomunicações, bem como à interpretação constitucional adotada em relação à regulação setorial.

158 Exemplo, a recente Lei Federal n. 13.146/2015 sobre o Estatuto de Proteção as Pessoas com Deficiência que, de modo inovador, assegura a concretização prática do direito à informação e à comunicação, nos serviços de telefonia, televisão e internet, mediante a obrigação das prestadoras de serviços, adotarem dispositivos tecnológicos favoráveis à ampla acessibilidade.



TELECOMUNICAÇÕES

Capítulo 1 - Telecomunicações

Regulação Setorial das Telecomunicações

No Supremo Tribunal Federal há diversas decisões que fixam teses que impactam o setor de telecomunicações. Há *leading cases* que aguardam julgamento. Outras questões com repercussão geral, já com o mérito decidido. Nas próximas páginas do livro são apresentadas aproximadamente quarenta medidas que passaram pela análise preliminar ou final do Supremo Tribunal Federal.

São alguns exemplos das questões constitucionais ou não trazidas nos itens seguintes: i) decisão cautelar sobre a constitucionalidade da Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9.472/1997), na ADI n. 1.668/DF, Min. Rel. Marco Aurélio, especialmente sobre os regimes jurídicos aplicáveis aos serviços de telecomunicações, bem como a competência normativa da Anatel; ii) privatização dos serviços de telecomunicações (ADI 1863); iii) em discussão o Projeto de Lei 79/16 que altera a Lei Geral de Telecomunicações; iv) debate sobre o FUST – Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (ADO 37); v) obrigações legais às empresas de telecomunicações de prestar informações e dados dos usuários dos serviços (ADI 5059), de permitir acesso aos dados cadastrais de pessoas investigadas (ADI 5063), ou de vítimas ou suspeitos na esfera criminal (ADI 5642); vi) uso da rede pública de telecomunicações para prestação do serviço de valor adicionado (ADI 1491); vii) serviço móvel celular e mudança de regime jurídico, dentre outras.

Também, várias outras decisões sobre a inconstitucionalidade das leis estaduais em temas relacionados aos serviços de telecomunicações. Diversos Estados-membros, no exercício da competência legislativa concorrente (art. 24 da Constituição federal), editaram leis em proteção aos direitos do consumidor. Também alguns Municípios.

O Supremo Tribunal Federal, assim, firmou jurisprudência no sentido da competência privativa da União para legislar sobre serviços de telecomunicações. Na visão do Supremo Tribunal Federal é necessária a regulação setorial uniforme sobre os serviços de telecomunicações em todo território nacional, daí a proibição, de regra, da edição de leis estaduais e municipais sobre este tema.

Neste viés da competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações, o Supremo Tribunal Federal decidiu em várias oportunidades sobre a (in) constitucionalidade de leis estaduais e municipais nas seguintes matérias: i) comercialização e revenda de celulares usados (ADI 3846/PE); ii) lei sobre validade de crédito de celular pré-pago (ADI 4715/DF); iii) instalação de antenas de celulares (ADI 2902/SP, ADI 3501/DF e ADI 5356/MS); iv) sobre o controle de aparelhos celulares em estabelecimentos penais e centros de socioeducação (ADI 5327/PR, ADI 3835/MS, ADI 4861/SC e ADI 5356/MS); v) apresentação de informações de usuários dos serviços de telefonia fixa e móvel (ADI 4401/MG); vi) dever de informar sobre contratos de serviços de telecomunicações aos consumidores por meio de carta registrada (ADI 5568/PB); vii) obrigação de estabelecimentos comerciais que vendem chips e aparelhos celulares a disponibilizar para consumidor mapa demonstrativo de qualidade do sinal por município (ADI 5570/PE); viii) cobrança de taxa de segundo ponto de acesso aos serviços de telecomunicações e internet (ADI 4083/DF), entre outras.

A tributação no setor das telecomunicações é abordada no livro. São exemplos: i) cobrança pelo Município de taxa de licenciamento de estação rádio-base de telecomunicações (Tema 919); ii) classificação do serviço de telecomunicações como indústria básica (Decreto 640/62); iii) não incidência do ICMS sobre habilitação de aparelhos celulares; iv) cobrança de ICMS sobre tarifa de assinatura básica mensal nos serviços de telecomunicações (Tema 827); v) compensação de ICMS recolhido sobre prestações de serviço de comunicação em relação às quais houve inadimplência absoluta do usuário (Tema 705); vi) alíquota de ICMS sobre

o fornecimento de energia elétrica e serviços de telecomunicações em patamar superior (Tema 745); vii) ICMS, comércio eletrônico e suspensão Convênio CONFAZ.

Há também questões processuais que refletem no segmento das comunicações: i) competência da Justiça Estadual para julgar ação judicial entre consumidor e empresa de telecomunicações, no caso de ausência de interesse jurídico da Anatel, em demanda que versa sobre cobrança de pulsos além da franquia (Tema 17); ii) Competência da Justiça Estadual nas demandas entre consumidores e as empresas de telecomunicações (Tema 35) e tarifas na telefonia fixa; iii) análise da legitimidade das associações empresariais para propor ações diretas de inconstitucionalidade, etc.

A seguir, a apresentação, com mais detalhes, das matérias e temas analisados pelo Supremo Tribunal Federal que envolvem o setor de telecomunicações, alguns deles com Repercussão Geral, já decididas no mérito, outros casos em que não foi reconhecida repercussão geral.¹⁵⁹

1 LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL.

ADI 1668/DF – LEI GERAL TELECOMUNICAÇÕES – LEI N. 9.472/1997 - COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO – FIXAÇÃO DO REGIME DE EXPLORAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES POR DECRETO – COEXISTÊNCIA DOS REGIMES PÚBLICOS E PRIVADOS - CONCESSÃO E AUTORIZAÇÃO

¹⁵⁹ Registra-se, aqui, outra vez, por importante, que a expressão tema é utilizada neste livro para além da compreensão Tema como aquele com repercussão geral reconhecida e numerado pelo Supremo Tribunal Federal. Reflete uma compreensão mais ampla para alcançar as diversas questões constitucionais e/ou matérias já analisadas ou em análise no Supremo Tribunal Federal.

A decisão final do Supremo Tribunal Federal, a ser tomada aqui em sede de controle concentrado de constitucionalidade, é significativa, pois envolve o marco regulatório setorial aplicável aos prestadores dos serviços de telecomunicações, a Lei n. 9.472/1997, então denominada Lei Geral de Telecomunicações.

Até o momento da conclusão deste livro, o pedido havia sido analisado em sede cautelar. Parcialmente admitida a ADI e deferida em parte a cautelar. Aguarda-se julgamento final. Consta da ementa da ADI 1668/DF:

“COMUNICAÇÕES – LEI GERAL N. 9.472/97 – CONTROLE CONCENTRADO. Admissibilidade parcial da ação direta de inconstitucionalidade e deferimento em parte da liminar ante fundamentos retratados nos votos que compõem o acórdão”.

O Supremo Tribunal Federal, nesta **ADI 1668/DF**¹⁶⁰, Relator originário o Ministro Marco Aurélio,¹⁶¹ em cautelar, analisou a constitucionalidade da Lei Geral de Telecomunicações, especialmente os artigos que preveem a competência do Poder Executivo, por meio de decreto, alterar, impor ou suprimir a modalidade de serviço no regime público, bem como da coexistência do regime público com o regime privado.

160 Fundamentação Constitucional: Arts. 2º; 5º, incs. LIV, XXXV, LV; 21, inc. XI; 22, inc. XXVII; 24; 37, inc. XXI; 37, incs. XIX e XXI; 48, inc. XII; 84, inc. II; 87, parágrafo único; 175. Dispositivo Legal Questionado: Arts. 8º, § 1º e § 2º; 9º; 18, incs. I, II III, IV e parágrafo único, 19, incs. IV, X, XV; 22, inc. II; 54, parágrafo único; 55, incs. I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX; 56, parágrafo único; 57, 58, parágrafo único; 59; 65, incs. I, II e III, § 1º e § 2º; 66; 69, parágrafo único; 89, inc. I, II e III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X; 91, § 1º, § 2º, § 3º; 119 e 210 da Lei Federal nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Requerente: Procurador-Geral da República. Data Julgamento Plenário: Em 20.08.1998, o Tribunal, por votação unânime, não conheceu da ação direta quanto aos arts. 8º e 9º, da Lei nº 9.472, de 16/07/1997. Por isso, houve admissibilidade parcial da ação direta de inconstitucionalidade e deferimento em parte da liminar. Ou seja, por maioria de votos, deferiu-se a suspensão, até a decisão final da ação, da execução e aplicabilidade do artigo 19, inciso XV, da Lei n. 9.472/1997. Destaca-se a dissidência de votos sobre a coexistência dos regimes privado e público nos serviços de telecomunicações, bem como sobre a competência normativa da Anatel.

161 Em 20.08.2004, o Relator originário foi substituído pelo Min. Carlos Velloso. Em 20.03.2006, o Min. Velloso, aposentado compulsoriamente, foi substituído pelo Min. Ricardo Lewandowski na Relatoria. Em 16.06.2015, o Relator Lewandowski, foi substituído pelo Ministro Edson Fachin, em conformidade com o art. 38 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Também, a referida decisão alinhou a adoção do regime de autorização administrativa para a prestação dos serviços de telecomunicações. Aliás, em razão desta regra que permite a aplicação concomitante dos regimes público e privado aos serviços de telecomunicações, no caso dos serviços de telefonia fixa, há empresas de telecomunicações submetidas à concessão e outras ao regime de autorização.¹⁶²

Existem diversas outras questões na ADI 1.668, mas o objetivo aqui não é abordar todas elas. Neste momento, apresenta-se os aspectos considerados mais relevantes na perspectiva da organização e regulação dos serviços de telecomunicações.

O pedido cautelar foi indeferido quanto ao pedido de suspensão do dispositivo que prevê novo modelo regulatório aplicável aos serviços de telecomunicações, concomitante, de concessão de serviço público e autorização.¹⁶³

Oportuno trazer aqui o voto-vista proferido pelo Ministro Nelson Jobim, na apreciação da medida liminar na ADI. O voto aborda a constitucionalidade da coexistência dos regimes público e privado na prestação dos serviços de telecomunicações, bem como a competência da Anatel para definir o âmbito de prestação dos serviços de telecomunicações:

“... não vejo inconstitucionalidade alguma no fato de cada modalidade de serviço estar destinada à prestação exclusivamente do regime público, do regime privado, ou, concomitantemente, a ambos os regimes, sem qualquer exclusão. A Agência poderá definir, e, em alguns casos concretos, há o interesse público no sentido de que um serviço possa ser, ao mesmo tempo, privado – forma pela qual poderá ser financiado – e aberto ao público.”

162 Para maior aprofundamento sobre o tema, consultar: SCORSIM, Ericson M. Direito da Comunicação - Regime Jurídico: Telecomunicações, Internet, TV por radiodifusão e TV por Assinatura. Curitiba: Edição do Autor. 2016.

163 Sobre o tema, consultar: SCORSIM, Ericson M. TV Digital e Comunicação Social: aspectos regulatórios - TVs pública, estatal e privada. Editora Fórum, 2008. p. 266-269.

(...)

“Isso é o sentido da norma, ou seja, a Agência definirá, por meio de “prestação, forma, meio de transmissão, tecnologia empregada ou de outros atributos”, o âmbito do serviço; se este é possível prestar-se ao serviço público ou no âmbito privado (...). É uma questão meramente técnica. Não se está criando modalidade nova ou definindo-se juridicamente, mas tecnicamente, tendo em vista o âmbito da prestação (...).”

Para além dos fundamentos do voto do Min. Relator, para melhor compreensão da questão sobre a constitucionalidade da Lei Geral de Telecomunicações, destaque-se a distinção entre o regime público e privado aplicável ao setor de telecomunicações é identificada pela carga de obrigações.

No regime público, há as obrigações de universalização e continuidade dos serviços de telecomunicações. A empresa concessionária do serviço público de telefonia fixa está vinculada ao atendimento destas obrigações de universalização e continuidade dos respectivos serviços para os usuários. No regime público, há a questão da reversão dos bens, afetados à prestação do serviço público, após o fim do contrato de concessão da empresa de telecomunicações com o poder concedente, no caso a União.¹⁶⁴

Diferentemente, no regime privado não há estas obrigações de universalidade e continuidade, havendo plena liberdade empresarial da prestadora do serviço de telecomunicações. Na prática, há a aplicação dos regimes público e privado para as prestadoras do serviço de telefonia fixa. Diversamente, o serviço móvel pessoal está submetido ao regime privado, nos termos da própria Lei Geral de Telecomunicações.¹⁶⁵

¹⁶⁴ Sobre o tema, ver: SCORSIM. Ericson M. Regime Jurídico dos Serviços de Telecomunicações, Internet, TV por radiodifusão e TV por assinatura. Curitiba: Edições do autor. Disponível na Amazon.

¹⁶⁵ Destaque-se que o projeto de lei n. 79/2016, que altera a Lei Geral de Telecomunicações, permite à Anatel mudar o regime de outorga da concessão para a autorização. No momento, o projeto de lei está suspenso por determinação do STF, no mandado de segurança n. 34.562/DF. Possivelmente, quando

Por outro lado, quanto à instituição da agência reguladora do setor de telecomunicações (Anatel), nos termos da Lei Geral de Telecomunicações, não houve propriamente impugnação.

Apenas na ADI 1668/DF houve a impugnação quanto à atribuição da competência normativa da Anatel para editar normas em relação à prestação de serviços de telecomunicações no regime público e regime privado. Aponta-se na referida ADI a inadmissibilidade de delegação legislativa à agência reguladora. Mas, destacou o Min. Marco Aurélio que a questão deveria ser solucionada mediante a interpretação conforme a Constituição da Lei Geral de Telecomunicações de modo que: “a atuação da Agência há de fazer-se de acordo com as normas de âmbito legal e regulamentar de regência”.

Neste caso, decidindo a cautelar, o Supremo Tribunal Federal esclareceu a competência normativa da Anatel, dentro dos limites do princípio da estrita legalidade.

A Anatel, com fundamento na Lei Geral de Telecomunicações, no exercício de sua competência normativa, edita atos normativos sobre a prestação dos serviços de telecomunicações, bem como tem o dever de fiscalizar a adequada prestação dos respectivos serviços de telefonia fixa e móvel pessoal.

Há a responsabilidade da Anatel quanto à regulação setorial eficiente dos serviços de telecomunicações, considerando-se a perspectiva dos agentes econômicos (incentivos à realização de investimentos em infraestrutura de redes de telecomunicações, qualidade dos serviços prestados aos consumidores), bem como a perspectiva dos consumidores dos respectivos serviços de comunicações. Também, compete à Anatel promover o equilíbrio dos diversos interesses empresariais e dos consumidores, diante da adequada regulação setorial.

aprovado o referido projeto de lei, haverá a impugnação quanto à sua constitucionalidade, em questões sobre a reversão de bens no caso do fim do contrato de concessão do serviço de telefonia fixa, a mudança do regime de outorga da concessão para autorização, a exigência de licitações, entre outras questões.

Outra questão relevante na ADI n. 1.668 refere-se à apreciação da constitucionalidade do art. 210 da Lei Geral de Telecomunicações. Esta regra legal dispõe que as concessões, permissões e autorizações de serviços de telecomunicações e de uso de radiofrequência e as respectivas licitações são exclusivamente disciplinadas pela Lei Geral de Telecomunicações, não sendo aplicável a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, nem a Lei de Concessões de Serviços Públicos. Neste aspecto, houve o indeferimento do pedido de cautelar para suspender os efeitos do art. 210 da Lei n. 9.472/1997. Mantida sua vigência.

Observe-se o teor do dispositivo legal: “Art. 210. As concessões, permissões e autorizações de serviço de telecomunicações e de uso de radiofrequência e as respectivas licitações regem-se exclusivamente por esta Lei, a elas não se aplicando as [Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nº 9.074, de 7 de julho de 1995, e suas alterações.](#)”

Em destaque, a especialidade da matéria telecomunicações, razão para o tratamento constitucional e legislativo diferente do regime geral adotado nas leis de concessões de serviços públicos e na lei das licitações e contratos administrativos. Daí a plena atenção à interpretação da legislação setorial de telecomunicações, pois o sentido e alcance de suas normas são diferentes do regime tradicional do direito administrativo.

Também, outro tema refere-se à suspensão da eficácia do art. 19, inc. XV, da Lei n. 9.472/1997 que autoriza a Anatel a realizar busca e apreensão no âmbito de suas atribuições. Neste aspecto, o Supremo Tribunal Federal deferiu a cautelar, para dar interpretação conforme o texto constitucional, no sentido da competência fiscalizatória da Anatel, adstrita ao princípio da legalidade.

Assim, a discricionariedade do legislador para, nos limites fixados pela Constituição, estabelecer o modelo regulatório dos serviços de telecomunicações,¹⁶⁶ inclusive

166 Com relação à Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9.472/97), destaque-se o ARE 791932/DF, Min. Rel. Teori Zavascki, no qual se questiona decisão do TRT que declarou a ilegitimidade da terceirização dos serviços de call center pelas empresas de telecomunicações, prevista no art. 94, inc. II, da Lei n.

dispor sobre o regime público e privado.¹⁶⁷

2 LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES. PRIVATIZAÇÃO. ART. 191. NÃO OFENSA AOS ARTIGOS 37, INC. XXI E 175 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES ESTATAIS PRIVATIZADAS. DELEGATÁRIAS DO PODER PÚBLICO. NÃO CONFIGURAÇÃO DA CONDIÇÃO DE CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO

**ADI 1863/DF – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
- PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 191 DA LEI FEDERAL N. 9.472/97 - DELEGAÇÃO E CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO
- ORGANIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES
- MODALIDADE DE LICITAÇÃO – LEILÃO - PROCESSO DE DESESTATIZAÇÃO – PRIVATIZAÇÃO - ALIENAÇÃO DO CONTROLE ACIONÁRIO - AUSÊNCIA DE PROCESSO LICITATÓRIO - ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 37, INCISO XXI, E 175, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL
- INOCORRÊNCIA**

9.472/97, face às disposições presentes nos artigos 1º, inc. IV, 5º, inc. II, e 170, da Constituição Federal. Recorrente: Contax S/A. Julgamento: Em 05.06.2014, o Tribunal, por maioria, reputou constitucional a questão. Até o fechamento da edição deste livro, não houve julgamento do mérito da causa.

167 O projeto de lei n. 79/2016 trata da modificação da Lei Geral de Telecomunicações, no sentido de possibilitar à Anatel a conversão do regime da concessão para autorização, principalmente no caso do serviço de telefonia fixa. Também, em debate está eventual fim da aplicação do regime público das concessões de telefonia fixa. A discussão gira em torno da competência para esta decisão: se a Anatel tem competência para adotar o fim da concessão do serviço de telefonia fixa, substituindo-a pelo regime de autorização ou, se esta decisão compete ao Congresso Nacional. A propósito, o Ministério das Comunicações abriu consulta pública para a revisão da lei geral de telecomunicações, com questões sobre os regimes público e privado, aplicados aos serviços de telecomunicações e aos serviços de acesso à internet. Apresentaram contribuições as operadoras de telefonia Oi e Claro, a Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM), O SinteBrasil e a SENACON. Para mais detalhes, consulte (<http://www.participa.br/revisao-domodelo>).

Na ADI n. 1.863/DF, Rel. Min. Eros Grau, impugnou-se a constitucionalidade do art. 191 da Lei Geral de Telecomunicações, sob o argumento da violação aos artigos 37, inc. XXI, 175, da Constituição.

A Lei Geral de Telecomunicações tratou do procedimento de desestatização das empresas estatais no setor de telecomunicações.¹⁶⁸ O art. 191 da Lei n. 9.472/1997 dispõe o seguinte:

“Art. 191. A desestatização caracteriza-se pela alienação onerosa de direitos que asseguram à União, direta ou indiretamente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade, podendo ser realizada mediante o emprego das seguintes modalidades operacionais:

I – alienação de ações;

II – cessão do direito de preferência à subscrição de ações em aumento de capital;

Parágrafo único. A desestatização não afetará as concessões, permissões e autorizações detidas pela empresa”.

O Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade. O acórdão consignou:

“As privatizações – desestatizações – foram implementadas mediante a realização de leilão, modalidade de licitação prevista no art. 22 da Lei n. 8.666/93 que a um só tempo transfere o controle acionário da empresa estatal e preserva a delegação de serviço público. O preceito impugnado não é inconstitucional.”

As empresas estatais privatizadas são delegatárias e não concessionárias de serviço público. O fato de não terem celebrado com a União contratos de concessão é questão a ser resolvida por outra via, que não a ação direta de

¹⁶⁸ Destaque-se que originariamente no contexto da promulgação da Constituição de 1988, as empresas de telecomunicações eram estatais. Mas, houve Emenda Constitucional n. 8/1995 de modo a autorizar a privatização dos serviços de telecomunicações, com a venda das empresas estatais de telecomunicações, na modalidade telefonia fixa.

inconstitucionalidade”. Como ponto em destaque, a inexistência de contrato de concessão, como fundamento para a improcedência da ADI.

O Supremo Tribunal Federal concluiu que o art. 191 da Lei Geral de Telecomunicações não viola os arts. 37, inc. XXI e 175 da Constituição.

3 PROJETO DE LEI N. 79/16 QUE ALTERA A LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES

MANDADO DE SEGURANÇA N. 34562/DF - PROJETO DE LEI - PROPOSTA DE MUDANÇA DA LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES - APROVADO EM COMISSÃO DO SENADO FEDERAL - RECURSO PARA SUBMISSÃO DA MATÉRIA AO PLENÁRIO DA CASA (CF, ART. 58, § 2º, I) - DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO.

No Mandado de Segurança 34.562, Rel. Min. Barroso, há controvérsia sobre o ato do Presidente do Senado de encaminhamento do projeto de lei n. 79/2016, que altera a Lei Geral de Telecomunicações, à sanção do Presidente da República, sem a análise de recursos de parlamentares que pedem a apreciação do referido projeto de lei pelo Plenário do Senado Federal.¹⁶⁹ Este projeto de lei n. 79/2016 foi objeto de Mandado de Segurança impetrado por Senadores da oposição ao atual governo, sob o fundamento da violação das regras do devido processo legislativo constitucional.

Os impetrantes do Mandado de Segurança argumentam que a matéria deveria ter sido submetida à votação em plenário do Senado Federal e não ter sido aprovada

¹⁶⁹ Projeto de Lei n. 79/2016. EMENTA: Altera as Leis nºs 9.472, de 16 de julho de 1997, para permitir a adaptação da modalidade de outorga de serviço de telecomunicações de concessão para autorização, e 9.998, de 17 de agosto de 2000; e dá outras providências.

somente por comissões legislativas. Defendem que a competência para discussão e deliberação da matéria é do Plenário do Senado Federal. Daí a suposta ofensa ao art. 58, §2º, da Constituição.¹⁷⁰

O Relator Ministro Relator Barroso, deferiu parcialmente a liminar e determinou a suspensão da tramitação do projeto de lei que altera a Lei Geral de Telecomunicações para apreciação pelo Plenário do Senado Federal. São fundamentos do voto do Min. Relator:

“O *periculum in mora*, por sua vez, afigura-se claro, na medida em que a sanção do projeto de lei antes da prolação de medida liminar impeditiva poderia suscitar alegações de prejudicialidade da ação. Ademais, a matéria objeto do projeto de lei é de destacada relevância, envolvendo alterações profundas no regime de concessão e autorização de serviços de telecomunicações, capazes de afetar profundamente interesses públicos e econômicos.

(...) Diante do exposto, defiro parcialmente a medida liminar requerida, para determinar que o Projeto de Lei da Câmara nº 79, de 2016, retorne ao Senado Federal para apreciação formal dos recursos interpostos pelos Senadores impetrantes e para que não seja novamente remetido à sanção presidencial até o julgamento final deste mandado de segurança ou ulterior decisão do Relator do feito após o recebimento da decisão da autoridade impetrada sobre os recursos interpostos.”

O tema é relevante, pois trata da competência constitucional do Plenário do Senado Federal para apreciar projetos de lei.

Também, quanto ao mérito, há relevância porque abrange a mudança do marco regulatório do setor de telecomunicações, com a substituição do regime de

170 CF: “Art. 58. (...)

§2º. Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe:

I - discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa”.

concessão do serviço de telecomunicações pelo regime de autorização, sob a anuência da Anatel, mas condicionado ao cumprimento dos requisitos legais. E, neste ponto, regulado pelo projeto de lei n. 79/2016, que altera a Lei Geral de Telecomunicações, há importantes questões a serem analisadas e que podem vir a ser judicializadas, a saber: i) a conversão do regime de concessão de telefonia fixa para o regime de autorização; ii) a questão dos bens reversíveis, após o fim do prazo da concessão de telefonia fixa; iii) a metodologia de cálculo dos bens reversíveis; iv) a questão dos investimentos em redes de internet por banda larga, como compensação pelo benefício econômico da conversão do regime da concessão para o da autorização.

Além disto, debate-se os limites constitucionais à atividade legislativa, reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal. Em questão, o Poder Judiciário delimitando as decisões do Poder Legislativo, a partir da Constituição Federal. Mas, também, o princípio da separação e harmonia entre os poderes da República.

4 FUNDO DE UNIVERSALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. FUST. INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. ADO 37

ADO 37/DF – APLICAÇÃO DOS RECURSOS DO FUNDO DE UNIVERSALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES - FUST – LEI 9.998/2000 – POLÍTICAS PÚBLICAS

Na ADO 37/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, debate-se a inconstitucionalidade por omissão da União e da Agência Nacional de Telecomunicações, em relação à aplicação dos recursos do Fundo de Universalização dos Serviços de

Telecomunicações - FUST, previstos na Lei n. 9.998/2000, em suas finalidades legais.¹⁷¹

Segundo a tese, a Anatel e o Ministério das Comunicações omitem-se quanto ao cumprimento das normas constitucionais que tratam dos direitos fundamentais à comunicação e à informação, previstos no art. 5º, inc. IV, IX e XIV, ao tratamento isonômico (art. 5º, caput) e à proteção do consumidor (art. 5º, XXXVII), todos da Constituição, ao não estabelecerem políticas públicas para aplicação dos recursos do FUST, em prol da universalização dos serviços de telecomunicações. Sustentam o cabimento da ADO contra omissão de caráter administrativo.

Alegam, ainda, que nos termos da regulação setorial a aplicação dos recursos do FUST limita-se apenas aos serviços de telefonia fixa, prestados no regime público. Mas, diante da mudança dos fatos, os serviços mais demandados pela população referem-se aos serviços móvel celular e internet, por banda larga fixa e móvel, ainda que prestados sob o regime privado. Daí o esgotamento da finalidade legal do FUST, vocacionado à universalização dos serviços de telefonia fixa, sob o regime público.¹⁷² Assim, o apelo ao legislador para a adequação da Lei Geral de Telecomunicações, para fins de inclusão no regime público os serviços de telefonia móvel e a internet por banda larga.

Pede, diante da caracterização da omissão dos poderes públicos, a declaração do estado de coisas inconstitucional violador de diversos direitos fundamentais à comunicação, à informação, ao tratamento isonômico, e a proteção dos direitos dos consumidores.¹⁷³

171 Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB, Requeridos: Presidente da República (União) e Agência Nacional de Telecomunicações. Até o momento da conclusão deste livro, não houve apreciação do pedido da liminar. Também, outro fundamento utilizado na ADO 37 é o acórdão n. 2148/2005 do Tribunal de Contas da União, o qual concluiu pela não aplicação dos recursos da Lei do Fust na universalização dos serviços de telecomunicações.

172 Cf. Lei Geral de Telecomunicações, art. 64, parágrafo único.

173 Segundo consta da ADO 37: “Ademais, a ausência de universalização dos serviços de telecomunicação leva à impossibilidade de acesso de determinadas parcelas da população a tais serviços, o que constitui discriminação entre os usuários e a consequente ofensa clara ao princípio constitucional da isonomia”.

Ao final, requer: i) a suspensão das cobranças da contribuição de intervenção no domínio econômico - CIDE para o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações - FUST; até o julgamento definitivo da ADO, haja vista que a ausência de referibilidade/retributividade inerente às CIDES não justifica a manutenção das cobranças sem a contrapartida do investimento nas finalidades; ii) impedir que os valores acumulados no FUST sejam aplicados às finalidades constitucionais e legais para as quais foi criado o FUNDO; iii) determinação ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações de novas políticas públicas para posterior implementação e repasse de valores do FUST pela Anatel. Subsidiariamente, caso se entenda pela necessidade de alteração da Lei Geral de Telecomunicações para a realização de novas políticas públicas para destinação dos recursos do FUST, a procedência do pedido de mérito para a declaração da inconstitucionalidade por omissão quanto ao cumprimento do dever constitucional de legislar, com a determinação aos Presidentes das Câmaras dos Deputados e Senado Federal, bem como à Presidência da República, de ajustamento do art. 64 da Lei Geral de Telecomunicações, para fins de inclusão da prestação no regime privado do serviço de telecomunicações no interesse público.

O caso apresentado na ADO 37 é relevante na medida que proporciona o controle da omissão quanto à política pública em relação à universalização dos serviços de telecomunicações, e aplicação dos recursos do FUST, para fins de acessibilidade dos usuários.

Em destaque, o debate sobre a inclusão dos serviços de telefonia celular e os serviços de internet, por banda larga, como espécies de serviços aptas a receber recursos públicos. Busca-se que o Supremo Tribunal Federal julgue procedente a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, para fins de declaração da omissão inconstitucional em relação às políticas públicas para efetivação dos direitos fundamentais à comunicação, à informação, ao tratamento isonômico e proteção aos consumidores.

5 REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES E DADOS DOS USUÁRIOS DOS SERVIÇOS ÀS EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. REQUISIÇÃO POR DELEGADO DE POLÍCIA. LEI FEDERAL 12.830/2013

ADI 5059 - LEI FEDERAL n. 12.830/2013 - ACESSO DE DADOS CADASTRAIS - USUÁRIO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES - INVESTIGAÇÃO CRIMINAL - PRERROGATIVAS DE DELEGADO POLÍCIA - INCONSTITUCIONALIDADE - DIREITOS FUNDAMENTAIS À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE

Na ADI 5059¹⁷⁴, Rel. Min. Luiz Fux, impugna-se a Lei Federal nº 12.830/2013 que trata das prerrogativas de delegado de polícia, quanto à requisição de dados e informações no âmbito de investigação criminal¹⁷⁵, em relação às empresas de telecomunicações. Como tese principal a ofensa ao direito fundamental à privacidade e à intimidade, nos termos do art. 5º, incs. e X¹⁷⁶ e XII¹⁷⁷, da Constituição Federal, causada pela Lei Federal n. 12.830/2013.

Segundo o artigo legal impugnado:

“Art. 1º. Esta lei dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia.

¹⁷⁴ ADI 5059, Requerente: Associação Nacional das Operadoras de Celulares - ACEL, Fundamentação Constitucional: art. 5º, inc. X, da CF. Até o momento da conclusão deste livro, não houve apreciação da liminar. Foi determinado o apensamento à ADI 5073.

¹⁷⁵ Nos termos da Lei 12.830/2013, em seu art. 1º, §2º: “Durante a investigação criminal, cabe ao delegado de polícia a requisição de perícia, informações e dados que interessem à apuração dos fatos”.

¹⁷⁶ CF, art. 5º: “X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

¹⁷⁷ CF, art. 5º: “XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas, salvo, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

(...)

§2º. Durante a investigação criminal, cabe ao delegado de polícia a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos”.

Sustenta-se a tese da necessidade de ordem judicial para a quebra do sigilo das comunicações. Daí a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal na medida que permite o acesso direto às informações de caráter pessoal, tais como a localização do usuário do serviço de telecomunicações.

Requer-se a interpretação conforme a Constituição do § 2º do artigo 2º da Lei Federal nº 12.830/2013 frente ao que estabelece o art. 5º, inc. X e XII, da CF, com a exclusão da possibilidade de quebra de sigilo, independentemente de autorização judicial, em relação aos seguintes dados: interceptação de voz, interceptação telemática, localização terminal ou IMEI do cidadão em tempo real por meio da Estação Rádio-Base, extrato da ERB, dados cadastrais do usuário de IP, dados cadastrais dos terminais fixos, extratos de chamadas telefônicas, extratos de mensagens de texto (SMS), serviços de agenda virtual ofertadas por empresas de telefonia.

No parecer, o MPF concluiu pela ilegitimidade ativa da Associação Nacional das Operadoras de Celulares, razão para o não conhecimento da ADI.

Duas questões constitucionais a serem enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal: i) a legitimidade da parte autora da ADI; ii) o sentido e o alcance da garantia aos direitos fundamentais à privacidade e ao sigilo das comunicações, ressalvada a hipótese de quebra de sigilo da comunicação por ordem judicial, em investigação ou processo penal.

Em especial, é essencial a delimitação do núcleo essencial do direito à privacidade, no âmbito dos serviços de telecomunicações, diante da hipótese de quebra do sigilo das comunicações, por requisição de autoridade policial.

6 OBRIGAÇÕES ÀS EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES. ACESSO AOS DADOS CADASTRAIS DE PESSOAS INVESTIGADAS. PRERROGATIVAS LEGAIS DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DE DELEGADO DE POLÍCIA AO ACESSO INDEPENDENTEMENTE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CRIMINALIZAÇÃO DA CONDUTA DE RECUSAR-SE OU OMITIR-SE À ENTREGA DAS INFORMAÇÕES REQUISITADAS. LEI FEDERAL 12.850/2013

ADI 5063 - LEI FEDERAL Nº 12.850/2013 - ACESSO A DADOS CADASTRAIS DE PESSOAS INVESTIGADAS EM INQUÉRITO OU PROCESSO PENAL - PRERROGATIVAS DE DELEGADOS DE POLÍCIA E MINISTÉRIO PÚBLICO - OBRIGAÇÃO DE DISPONIBILIZAR INFORMAÇÕES POR EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL - OFENSAS AOS DIREITOS

Na **ADI 5063**¹⁷⁸, Rel. Min. Gilmar Mendes, impugna-se a Lei Federal nº 12.850/2013 que trata das prerrogativas do Delegado de Polícia e do Ministério Público em acessar, independentemente de autorização judicial, dados cadastrais de pessoas investigadas, em banco de dados de empresas telefônicas e provedores de internet, entre outras.¹⁷⁹

Nos termos do texto legal:

“Art. 15. O delegado de polícia e o Ministério Público terão acesso, independentemente de autorização judicial, apenas aos dados cadastrais do

¹⁷⁸ ADI 5063/DF, Requerente: Associação Nacional das Operadores Celulares, Interessados: Presidente da República e Congresso Nacional. Fundamentação constitucional: Arts. 5º.

¹⁷⁹ Conforme a Lei 12.850/2013, que dispõe sobre organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal e os meios de obtenção de prova, “Art. 3º. Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção de prova: (...) IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais e comerciais; V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica”.

investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito”.

Referida Lei Federal nº 12.850/2013, em seu art. 17, dispõe que as empresas de telefonia fixa ou móvel devem manter, pelo prazo de cinco anos, à disposição das autoridades competentes, registros de identificação dos números dos terminais de origem e de destino das ligações telefônicas, interurbanas e locais. E, ainda, é tipificado como crime a conduta de recusa ou omissão de dados cadastrais, registros, documentos e informações requisitadas pelo juiz, Ministério Público ou Delegado de Polícia, no curso de investigação ou processo, com a pena de reclusão de 6 (seis) a 2 (dois) anos, e multa. Também, incorre na mesma pena que, de forma indevida, se apossa, propala, divulga ou faz uso dos dados cadastrais de que trata a lei.

Alega-se as seguintes ofensas ao texto constitucional: i) art. 129, in. VI, da CF, o qual demanda a edição de lei complementar que discipline as prerrogativas do Ministério Público; ii) direitos fundamentais à privacidade, intimidade, previstos no art. 5º, inc. X; iii) proibição de excesso e da violação à proporcionalidade. Requer-se, ainda, declaração da inconstitucionalidade material dos artigos 15 e 17 da referida lei, com a exclusão do fornecimento de dados cadastrais e extratos telefônicos dos direitos dos usuários dos serviços de telecomunicações, aos Delegados de Polícia e membros do Ministério Público, sem autorização judicial. Pede-se, também, seja declarada a inconstitucionalidade do dispositivo legal que prevê a criminalização da recusa ou omissão de fornecimento de dados cadastrais requisitados por delegados de polícia e membros do Ministério Público.¹⁸⁰

180 Segundo a Lei 12.850/2013: “Art. 21. Recusar ou omitir dados cadastrais, registros, documentos e informações requisitadas pelo juiz, Ministério Público ou delegado de polícia, no curso de investigação ou do processo: Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Parágrafo único. Na mesma pena incorre que, de forma indevida, se apossa, propala, divulga ou faz uso dos dados cadastrais de que trata esta Lei”.

Em parecer, o Ministério Público Federal manifesta-se, em preliminar, pela ilegitimidade da Associação Nacional das Operadoras Celulares (ACEL). No mérito, pela constitucionalidade da Lei nº 12.850/2013, com a improcedência do pedido.

Neste caso da ADI 5063, cumpre destacar que o artigo legal impugnado refere-se aos dados cadastrais de pessoa investigada, perante as empresas de telecomunicações. Assim, aqui, não há a questão constitucional relacionada ao acesso ao conteúdo propriamente das comunicações privadas, realizadas através dos serviços de telecomunicações (telefonia fixa e telefonia celular).¹⁸¹

Talvez, uma solução possível, na ponderação dos bens constitucionais em conflito, seja a distinção entre o regime de proteção ao sigilo das comunicações privadas (conteúdo propriamente dito das comunicações), em relação ao tratamento jurídico dos metadados (dados acessórios, tais como: número de telefone, número do IP, dados e/ou informações cadastrais, etc). Assim, é importante a distinção do nível de proteção constitucional em relação ao direito à privacidade, diferenciando-se o tratamento jurídico ao conteúdo propriamente dito das comunicações privadas, em relação ao tratamento dos metadados.¹⁸²

Em debate no Supremo Tribunal Federal, o conflito entre o direito à privacidade e à intimidade, de titularidade dos usuários dos serviços de telecomunicações, e as prerrogativas da Administração da Justiça, em prol da Segurança Pública,

181 Sobre o sigilo das comunicações, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de, ao fazer a interpretação constitucional do art. 5º, XII, distinguir a proteção ao fluxo das comunicações de dados em relação ao tratamento normativo dos dados armazenados, em dispositivos tais como: computadores e celulares. Daí porque terceiros, alheios à relação de comunicação, não podem violar o sigilo das comunicações, ressalvada a hipótese de ordem de interceptação das comunicações. Ver: ADI 1488/DF, Rel: Min. Néri da Silveira. Neste caso, debateu-se a respeito da constitucionalidade da Lei 9.296/1996, que trata das interceptações judiciais, para o fim de saber de a hipótese da proteção do sigilo das comunicações, o qual somente poderia ser quebrado por ordem judicial, alcançaria, para além da comunicação telefônica, a comunicação por sistemas de informática e telemática. O Supremo Tribunal indeferiu o pedido de cautelar. Ao final, houve a extinção da ADI, sem julgamento do mérito.

182 Debate semelhante ocorre na ADI 5527 e na ADPF 403, a propósito do aplicativo WhatsApp.

representadas pelas competências de investigação de delegados de polícia e membros do Ministério Público.

O tema é bastante sensível e envolve razões de proteção aos direitos fundamentais à privacidade e à intimidade, bem como dos limites à garantia do sigilo das comunicações, mas também razões de proteção ao interesse da Administração da Justiça.

De todo modo, é fundamental a consideração da questão sobre a inconstitucionalidade da referida lei federal à luz da Constituição, em especial dos princípios da estrita legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, segurança jurídica, devido processo legal, ampla defesa, devida motivação dos atos judiciais, entre outros.

Ou seja, a criação de obrigações legais para terceiros, no caso, as empresas de telecomunicações, com o sancionamento pelo descumprimento da lei, demanda clareza e precisão quanto ao sentido e ao alcance das regras legais, sob o risco de ferimento ao princípio da estrita legalidade e à segurança jurídica. A lei deve ser clara o suficiente de modo a permitir o seu fiel cumprimento pelos destinatários das regras jurídicas, no caso, as empresas de telecomunicações, algo inerente à garantia do devido processo legal.

É de extrema importância a definição do núcleo essencial do direito à privacidade, em relação aos serviços de telecomunicações. Na perspectiva técnica, via de regra, a comunicação envolve as atividades de emissão, transmissão e recepção. Ou seja, abrange emissores, receptores e conteúdos comunicados.

Nos termos da Lei Geral de Telecomunicações, garante-se o direito do usuário dos serviços de telecomunicações à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucionais e legalmente previstas. E, no Marco Civil da Internet, a garantia da inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial na forma da lei, bem como

a inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial.¹⁸³

Daí a necessidade de proteção do sigilo das comunicações privadas, para preservar a identidade dos usuários dos serviços de telecomunicações, de acesso à internet e aplicações de internet, os conteúdos comunicados, dados cadastrais, excetuadas as hipóteses admitidas pela Constituição e na forma da lei.

7 REQUISIÇÃO DE DADOS E INFORMAÇÕES CADASTRAIS DA VÍTIMA OU DE SUSPEITOS ÀS EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES. PRERROGATIVAS LEGAIS DE DELEGADOS DE POLÍCIA E MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. LEI FEDERAL 13.344/2016

ADI 5642 - LEI FEDERAL n. 13.344/2016 - PRERROGATIVA LEGAL - DELEGADOS DE POLÍCIA E MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO - REQUISIÇÃO DE DADOS E INFORMAÇÕES - EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES - PREVENÇÃO E REPRESSION AO TRÁFICO INTERNO E INTERNACIONAL DE PESSOAS - ALEGAÇÃO DE OFENSAS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À PRIVACIDADE E SIGILO DAS COMUNICAÇÕES

¹⁸³ E, no Marco Civil da Internet há seguinte regra: “Art. 23. Cabe ao juiz tomar as providências necessárias à garantia do sigilo das informações recebidas e à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do usuário, podendo determinar segredo de justiça, inclusive quanto aos pedidos de guarda de registro”. Ou seja, conclui-se da interpretação da regra legal pela transferência do sigilo das informações dos usuários dos serviços de acesso à internet, bem como aplicações, sob a guarda das autoridades responsáveis.

Na ADI 5642¹⁸⁴, Rel. Min. Edson Fachin, há a impugnação da Lei Federal nº 13.344/2016 que altera o Código de Processo Penal, para fins de atribuir a prerrogativa para Delegados de Polícia e membros do Ministério Público de requisitar dados e informações cadastrais de vítimas e suspeitos de crimes de tráfico de pessoas, para cumprimento imediato em relação às empresas de telecomunicações e, assim, possibilitar a localização de vítimas ou suspeitos do delito.¹⁸⁵

Segundo o texto da Lei 13.344/2016:

“Art. 13-B. Se necessário à prevenção e à repressão dos crimes relacionados ao tráfico de pessoas, o membro do Ministério Público ou o delegado de polícia poderão requisitar, mediante autorização judicial, às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados - como sinais, informações e outros - que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso.

§1º. Para os efeitos deste artigo, sinal significa posicionamento da estação de cobertura, setorização e intensidade de radiofrequência.

§2º. Na hipótese de que trata o caput, o sinal:

I - não permitirá acesso ao conteúdo da comunicação de qualquer natureza, que dependerá de autorização judicial conforme disposto em lei;

II - deverá ser fornecido pela prestadora de telefonia móvel celular por período não superior a 30 (trinta) dias, renovável por uma única vez, por igual período;

184 ADI 5642/DF, Requerente: Associação Nacional das Operadores de Celulares - ACEL, Interessado: Presidente da República e Congresso Nacional. Fundamentação constitucional: art. 5º, X e XII, da CF. Até o momento da conclusão deste livro, não houve a apreciação do pedido de liminar.

185 A propósito do tema, a Lei Geral de Telecomunicações, em alteração dada na forma da Lei nº 12.841/2013 dispõe que é facultado às prestadoras de serviço de telecomunicações em regime privado o aluguel de suas redes para implantação de sistema de localização de pessoas desaparecidas (art. 130-A).

III - para períodos superiores àquele de que trata o inciso II, será necessária a apresentação de ordem judicial.

(...)

§4º. Não havendo manifestação judicial no prazo de 12 (doze) horas, a autoridade competente requisitará às empresas de prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados - como sinais, informações e outros - que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso, com imediata comunicação ao juiz”.

A tese defendida é a de que a Lei Federal n. 13.344/2016 ofende os direitos fundamentais à privacidade e ao sigilo das comunicações (art. 5º, inc. X e XII), bem como ao princípio da separação de poderes, ambos garantidos na Constituição.

Requer-se a interpretação da Lei federal n. 13.344/2016 conforme a Constituição Federal para: excluir a possibilidade de quebra de sigilo, independentemente de prévia ponderação judicial, dos seguintes dados: i) interceptação de voz, interceptação telemática, localização de terminal ou IMEI de cidadão em tempo real por meio da estação rádio-base; ii) dados cadastrais de usuários de IP (dia, data, hora e fuso horário de acesso à internet); iii) extratos de chamadas telefônicas, extratos de mensagens de texto (SMS ou MMS); iv) serviços de agenda virtual, dado cadastral de email, extratos de conexão de internet). E, também, requer-se o pedido de interpretação conforme a Constituição a respeito da regra da Lei n. 13.344/2016 de obrigação de fornecimento imediato de informações pelas empresas de telecomunicações, para fins de fixação do prazo de 72 (setenta e duas) horas.

Também, alega-se que violações aos direitos à privacidade e ao sigilo das comunicações podem produzir provas ilícitas e, conseqüentemente, nulidades

processuais. Ou seja, se obtida ilegalmente prova, então a autoridade judicial deve determinar a sua nulidade, com fundamento no art. 5º, inc. LVI, da Constituição.¹⁸⁶

Nesta linha, o Supremo Tribunal Federal definirá os conteúdos de comunicação privados, protegidos no âmbito normativo da garantia do sigilo das comunicações, estabelecido no art. 5º, inc. XII, da Constituição, bem como os limites às restrições ao direito fundamental à privacidade, seja de pessoas naturais ou pessoas jurídicas, e o controle jurisdicional sobre as requisições de informações e dados por autoridades competentes.

Neste contexto, as empresas de telecomunicações são responsáveis pela proteção à privacidade dos usuários de seus respectivos serviços, daí a necessidade de precisão e clareza quanto às obrigações legais, algo exigido pelo princípio da estrita legalidade, segurança jurídica e devido processo legal.¹⁸⁷

186 A Constituição Federal dispõe: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (art. 5º, inc. LVI). A propósito, o Código de Processo Penal, alterado na forma da Lei n. 11.690/2008, dispõe o seguinte: “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentradadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. Assim, se violado a garantia do sigilo da comunicação, então necessariamente deve ser decretada a nulidade da prova.

187 A título ilustrativo, a Lei n. 13.344/2016 propõe: “Art. 15. Serão adotadas campanhas nacionais de enfrentamento ao tráfico de pessoas, a serem divulgadas em veículos de comunicação, visando à conscientização da sociedade sobre todas as as modalidades de tráfico”.

8 SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES - SERVIÇO MÓVEL CELULAR E SERVIÇOS POR SATÉLITES - LEI N. 9.295/1996 - USO DA REDE PÚBLICA DE TELECOMUNICAÇÕES PARA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO

ADI 1491/DF – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ARTS. 4º, 5º, 8º, § 2º, 10 E 13 DA LEI 9.295/1996 – TELECOMUNICAÇÕES - SERVIÇO MÓVEL CELULAR - ALEGADA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 2º, 5º, 21, XI, 37, XX E XXI, 66, § 2º, 170, IV E V, E 175 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - NÃO OCORRÊNCIA.

A Lei nº 9.295, de 19 de novembro de 1996, tratou dos serviços de telecomunicações, nas modalidades serviço móvel celular, serviço limitado e serviço de transporte de sinais de telecomunicações por satélite, bem como a prestação do serviço de valor adicionado mediante uso da rede pública de telecomunicações.

Esta Lei nº 9.295/1996 dispôs, em seu art. 4º, sobre a transformação em concessões de serviço móvel celular das permissões do serviço de radiocomunicação móvel terrestre público-restrito, outorgadas anteriormente à vigência desta mesma lei, com condições similares aos demais contratos de concessão de serviço móvel celular.

Neste aspecto, a ADI n. 1491 impugnou o art. 4º, da Lei 9.295/1996, sob o fundamento de sua inconstitucionalidade diante do art. 175, da Constituição Federal.

Também, houve a impugnação do art. 8º, §1º, que trata do direito à exploração do serviço de transporte de sinais de telecomunicações por satélites, por concessão, pelo prazo de até quinze anos. Neste aspecto, a ADI n. 1491 impugnou

a lei sob o fundamento do princípio licitatório para a outorga dos serviços de telecomunicações por satélite.¹⁸⁸

O terceiro ponto abordado na ADI 1491 é a utilização da rede pública de telecomunicações, para fins de prestação do serviço de valor adicionado à rede de telecomunicações.

Destaque-se que a referida Lei n.º. 9.295/1996, que trata especificamente do serviço móvel celular e serviço de satélites foi, posteriormente, revogada pela Lei Geral de Telecomunicações, aprovada em 16 de julho de 1997.¹⁸⁹

O julgamento da ADI n. 1491 foi iniciado em 1997. Depois, foi interrompido em razão de sucessivos pedidos de vista. Finalmente, foi retomado em 2014. Na ocasião, a Min. Carmém Lúcia registrou o seguinte:

“Também aqui outra particularidade, para a qual não deixa de chamar atenção; é que o único ponto que ficou é este parágrafo 2º do artigo 8º. Mas quando se iniciou o julgamento, o *caput* e o parágrafo §1º já tinham sido revogados. Então, na verdade, é uma norma autônoma e, por isso, temos que julgar. É uma matéria séria. Mas é um parágrafo que não tem dispositivo para acompanhá-lo, portanto, ele vai ser um parágrafo 2º, que subsistindo - e tem que subsistir ...”.

A seguir, a análise na ADI 1491¹⁹⁰, individualizada por cada tema referente à Lei n.º.

188 O tema da regulação dos serviços de comunicação por satélite é relevante, nesta ADI 1491, ao definir o regime jurídico aplicável. Oportuno lembrar que o projeto de lei n. 79/2016, que altera a Lei Geral de Telecomunicações, pretende modificar o regime jurídico de exploração de satélites. Também, na ADPF n. 450 impugna-se o ato da Telebras de chamamento público para comercialização de capacidade satelital, para fins de defesa e comunicações estratégicas, sob o argumento da ofensa ao princípio da legalidade (art. 37), bem como ao art. 173, da Constituição. Estas duas questões são abordadas em capítulo próprio neste livro.

189 Conforme Lei Geral de Telecomunicações:
“Art. 215. Ficam revogados: (...) os arts. 1, 2, 3, 7, 9, 10, 12 e 14, bem como o *caput* e os §§ 1 e 4 do art. 8, da Lei n. 9.295, de 19 de julho de 2006.

190 Fundamentação Constitucional: Arts. 2º; 5º; 21, inc. XI; 37, incs. XX e XXI; 66, §2º; 170, incs. IV e V; 175. Dispositivo Legal Questionado: Art. 4º e parágrafo único; 5º, § 2º; 8º; 10 e parágrafo único; parágrafo único do art. 13, e, por decorrência da interdependência de dispositivos, a própria Lei n.º 9.295

9.295/1996, especialmente em relação à mudança do regime jurídico do serviço móvel celular e a necessidade ou não de realização de licitações, prorrogação das concessões para exploração dos serviços de telecomunicações por satélite sem licitação, a classificação do serviço de valor adicionado à rede de telecomunicações.¹⁹¹

8.1 SERVIÇO MÓVEL CELULAR. MUDANÇA DE REGIME JURÍDICO DE PERMISSÃO PARA CONCESSÃO. PRINCÍPIO DA LICITAÇÃO. SERVIÇO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 175 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Na ADI 1491/DF alega-se que a Lei n. 9.295/1996, em seu art. 4º, parágrafo único¹⁹², ao impor ao Poder Executivo a obrigação de transformar as permissões

de 19 de julho de 1996. Requerentes: Partido Democrático Trabalhista – PDT e Partido dos Trabalhadores – PT. Julgamento Plenário: Em 02.04.1997, o Tribunal indeferiu a medida liminar de suspensão quanto ao parágrafo único do art. 13 da Lei nº 9295 /96. Votou o Presidente. Unânime. Em 26.06.1998, o Tribunal, por votação unânime, indeferiu o pedido de medida cautelar quanto ao art. 5º e ao parágrafo único do art. 013 da Lei nº 9295, de 19/07/96. O Ministro Nelson Jobim, por ainda não pertencer ao Tribunal, não participou do julgamento concernente ao parágrafo único do art. 13 da Lei nº 9295/96. Por votação majoritária, o Tribunal indeferiu o pedido de suspensão cautelar de eficácia relativamente ao art.10 e seu parágrafo único, vencido o Ministro Marco Aurélio, que o deferia. Prosseguindo no julgamento, e apreciando o pedido de suspensão cautelar do art. 4º e seu parágrafo único da Lei nº 9295 /96, foi ele indeferido pelos Ministros Carlos Velloso (Relator), Maurício Corrêa, Nelson Jobim, Ilmar Galvão e Octavio Gallotti, e deferido pelos Ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira, Moreira Alves e Celso de Mello (Presidente). Registrado o empate nesse ponto, os autos serão encaminhados ao Ministro Sydney Sanches, para proferir o seu voto na matéria. Depois do voto do Ministro Carlos Velloso (Relator), que deferia o pedido de suspensão cautelar de eficácia do §2º do art. 8º da Lei nº 9295/96, o julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista formulado pelo Ministro Nelson Jobim. Em 30.10.2014, prosseguindo no julgamento quanto ao § 2º do art. 8º da Lei nº 9.295/96, colhido o voto da Ministra Cármen Lúcia, sucessora do Ministro Nelson Jobim, que havia pedido vista, o Tribunal, por maioria, indeferiu o pedido de medida cautelar, vencidos os Ministros Carlos Velloso (Relator) e Marco Aurélio. O novo Relator é o Min. Edson Fachin. O acórdão foi publicado no DJ 213 de 30.10.2014.

191 Destaque-se que na ADPF n. 450 trata do tema da exploração de satélites. Ver notas anteriores.

192 A Lei n. 9.295/1996 dispõe o seguinte:

Art. 4º - O Poder Executivo transformará em concessões de Serviço Móvel Celular as permissões do Serviço de Radiocomunicação Móvel Terrestre Público-Restrito outorgadas anteriormente à vigência desta Lei, em condições similares as dos demais contratos de concessão de Serviço Móvel Celular, respeitados os respectivos prazos remanescentes.

Parágrafo Único - As entidade que, de acordo com o disposto neste artigo, se tornem concessionárias do Serviço Móvel Celular deverão constituir, isoladamente ou em associação, no prazo de até vinte e quatro meses, a contar da vigência desta Lei, empresas que as sucederão na exploração do Serviço.

do serviço de radiocomunicação móvel terrestre público-restrito em concessão do serviço móvel celular incorre em inconstitucionalidade, na medida em que viola o art. 175, o qual impõe a realização de licitação, antes da celebração do contrato de concessão ou da realização de permissão.

Sobre este tema, o Supremo Tribunal Federal, na ADI 1491, o voto Min. Carlos Velloso, pronuncia-se no seguinte sentido, na medida cautelar:

“As informações deixaram claro, ademais, que o Serviço Móvel Celular, classificado como público-restrito, achava-se à margem de limitação constitucional inscrita no inciso XX do art. 21 da Constituição de 1988, sem a EC n. 8, de 1995”.

(...)

Mais: especialmente em face do que prescreve o art. 6º do Código Brasileiro de Telecomunicações, e tendo presente a reserva de estatalidade fixada pelo art. 21, XI, da Carta Federal, que, para esse específico efeito, serviço público de telecomunicações não abrange senão aquele que é destinado ao uso das pessoas em geral, excluídos, portanto, de sua disciplina restritiva, os serviços limitados, cuja natureza periférica os remete ao tratamento jurídico mais aberto, consagrado pelo art. 21, inciso XII, a, da Carta da República”.

(...)

Do que foi aduzido e deduzido, podem ser tiradas as seguintes conclusões: a) as titulares de permissão, para exploração do serviço de radiocomunicação móvel terrestre público-restrito, que veio a se transformar em serviço móvel celular, são as subsidiárias e associadas da Telebrás, e bem assim duas autarquias municipais”.

(...)

Assim, posta a questão, indaga-se, seria possível, neste ação direta de inconstitucionalidade, examinar a ocorrência de ilegalidade na outorga das permissões acima mencionadas? É claro que não. Como também não seria possível,

nesta ação direta de inconstitucionalidade, bem registram as informações, estabelecer o cotejo entre a Lei n. 9.295/96, objeto desta ação direta, e a legislação infraconstitucional que fundamentou os atos de permissão, para, a partir desse cotejo, examinar a constitucionalidade da primeira lei”.

Um dos pontos interessantes apresentados pelo Min. Relator Carlos Velloso em seu voto refere-se à noção de serviço público de telecomunicações. O Min. Relator reconhece expressamente que a reserva de estatalidade em relação ao setor de telecomunicações é delimitada pela própria Constituição, não sendo absoluta. Ao contrário, a reserva de estatalidade dos serviços de telecomunicações é relativizada, aliás, algo confirmado tempos depois pela Emenda Constitucional n. 8/1995 que modificou o texto originário do art. 21, inc. XII. Em síntese, nem todas as espécies de serviços de telecomunicações são serviços públicos, alguns podem ser classificados como atividades econômicas em sentido estrito, sob regulação setorial.

No voto do Min. Carlos Velloso há referência à ADI 561/DF, Rel. Min. Celso de Mello, que decidiu que a Lei n. 4.177/1962 foi recepcionada pela Constituição de 1988, especialmente no que se refere ao conceito técnico-jurídico de telecomunicações.

Além disto, em seu voto, o Min. Carlos Velloso, após fazer referência à doutrina de direito administrativo sobre as figuras da concessão e permissão, concluiu pela equiparação constitucional dos institutos. Em suas palavras: “Posta assim a questão, não tenho como relevante, para o fim de autorizar o deferimento da cautelar, a arguição de inconstitucionalidade do art. 4º e seu parágrafo único, da Lei 9.295/1996.

Mas, em voto que abriu a dissidência, o Min. Marco Aurélio sustentou a inconstitucionalidade do art. 4º, parágrafo único, da Lei n. 9.295/1996, que transformava a permissão em concessão do serviço de telefonia celular, por ofender o art. 21, inc. XII, bem como art. 175, da Constituição, o qual exigia a

licitação para a outorga da concessão de serviços públicos. Este ponto de vista foi acompanhado pelos Ministros Sepúlveda Pertence, Neri da Silveira, Moreira Alves e Celso de Mello.

O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, na ADI n. 1491/DF indeferiu a cautelar requerida, com a declaração da constitucionalidade do dispositivo do art. 4º, parágrafo único, da Lei n. 9.295/1996. Posteriormente, em 16 de julho de 1997, a Lei n. 9.472/1997 revogou o art. 4º, parágrafo único da Lei n. 9.295/1996.

Em síntese, o Supremo Tribunal Federal, na ADI 1491, indeferiu a cautelar, concluindo pela constitucionalidade da mudança pelo legislador do regime jurídico dos serviços móvel celular, alterando-se a permissão para concessão. No entendimento do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, esta mudança na lei não viola o art. 175 da Constituição, nem o art. 21, inc. XII.

Note-se que, atualmente, as figuras da concessão¹⁹³, permissão¹⁹⁴ e autorização¹⁹⁵ tem âmbito de incidência delimitado no direito regulatório das comunicações, na forma da própria Lei Geral de Telecomunicações, diferente do sentido tradicional adotado pelo direito administrativo.

8.2 SERVIÇOS POR SATÉLITE. PRORROGAÇÃO DAS CONCESSÕES SEM LICITAÇÃO

ADI 1491/DF – INCONSTITUCIONALIDADE DO § 2º DO ART. 8º DA LEI 9.295/1996 - PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE CONCESSÃO SEM LICITAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SATÉLITES - OFENSA AO ART. 175 DA CONSTITUIÇÃO – NÃO CONFIGURADA

193 Cf. art. 83, parágrafo único, da Lei n. 9.472/1997.

194 Cf. art. 118, parágrafo único, da Lei n. 9.472/1997.

195 Cf. art. 163, parágrafo único, da Lei n. 9.472/1997.

O Supremo Tribunal Federal indeferiu pedido de cautelar que afirma a inconstitucionalidade do regime legal aplicável aos serviços de satélites, na questão da prorrogação da sua prestação, sem licitação.¹⁹⁶

Nesta **ADI 1491/DF**, Relator atual o Min. Edson Fachin, e Relator originário o Min. Carlos Velloso, decidiu-se sobre a constitucionalidade do § 2º do art. 8º da Lei n. 9.295/1996, que trata dos serviços de satélites, o qual prevê:

“Art. 8. O Serviço de Transporte de Sinais de Telecomunicações por Satélites, quando envolver satélites que ocupem posições orbitais notificadas pelo Brasil, será explorado, mediante concessão, pelo prazo de até quinze anos, renovável por iguais períodos, observado o disposto no art. 11 desta Lei.

§1º. A concessão assegurará o direito à ocupação, por satélites do concessionário, de posições orbitais notificados pelo Brasil e à consignação das radiofrequências associadas, devendo as estações de controle dos satélites localizar-se em território brasileiro.

§2. As entidades que, na data de vigência desta lei, estejam explorando o serviço de transporte de sinais de telecomunicações por satélite, mediante o uso de satélites que ocupem posições orbitais notificadas pelo Brasil, têm assegurado o direito à concessão desta exploração.

Tal dispositivo da Lei n. 9.295/1996 possibilita a outorga automática da concessão, sem prévio processo de licitação.

Na época, em voto que se tornou divergente, o Min. Relator Carlos Velloso, na data de 20 de fevereiro de 1997, sustentou:

“Sustenta-se que a lei, no ponto indicado, estaria, com violação ao art. 175 da C.F, assegurando uma concessão de serviço público sem a necessária licitação, além

196 Esta decisão histórica do STF na ADI 1491 é relevante na medida do posicionamento sobre a mudança de regime jurídico dos satélites, bem como de sua singularidade diante da regulação aplicada aos demais serviços de telecomunicações. A propósito, o projeto de lei n. 79/2016 define novo regime jurídico aplicável aos serviços por satélites.

de violar os princípios da livre concorrência e da defesa do consumidor, inscritos nos incisos IV e V do art. 170 da Lei Maior.

(...)

Ora, a concessão, conforme vimos, é sempre precedida de licitação (C.F., art. 175). Todavia, o § 2º do citado art. 8º, assegura às entidades que menciona, o direito à concessão, dispensando a licitação. Penso que, no ponto, é relevante a arguição de inconstitucionalidade, pelo que defiro o pedido de suspensão cautelar do § 2º do art. 8º da Lei 9.295/96.”

O Supremo Tribunal Federal, por maioria, indeferiu a cautelar, em relação à afirmada inconstitucionalidade do § 2º do art. 8º da Lei n. 9.295/1996.

Destaque-se o voto da Ministra Cármen Lúcia, na data de 08 de maio de 2014:

“Quanto à alegada afronta ao art. 175 da Constituição da República, este Supremo Tribunal assentou em precedentes, nos quais questionada a concessão de serviços de transporte de passageiros, a necessidade de prévia licitação como condição de validade da concessão e permissão pela entidade pública competente, para a prestação indireta de serviço público pelo particular: v.g. Recurso Extraordinário n. 264.621 (Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda turma, DJ 8.4.2005,): agravo regimental no agravo de instrumento n. 774.915 (de minha relatoria, primeira turma, Dje 24.9.2010), agravo regimental na suspensão de tutela antecipada n. 73 (rel. Min. Ellen Gracie Tribunal Pleno, Dje 2.5.2008); e Recurso Extraordinário n. 140.989 (rel. Min. Octávio Galloti, Primeira Turmam, DJ 27.8.1993),

(...)

Na causa em exame, plausível juridicamente a configuração de condição que afastou a exigência posta no caput do art. 175 da Constituição da República.

O diploma normativo impugnado nesta ação direta de inconstitucionalidade foi editado após o advento da Emenda Constitucional n. 8, de 1995, que permitiu a

abertura do setor de telecomunicações à iniciativa privada, no que se convencionou chamar de processo de desestatização do setor de telecomunicações.

Nesse contexto, o dispositivo examinado (§2º do art. 8) foi inserido no projeto de lei, do qual resultou a Lei n. 9.295/96, por emenda parlamentar aditiva ...”.

Sobre a mudança legal no regime jurídico da prestação do serviço de satélites, por fim, conclui a Min. Cármen Lúcia:

“A revogação do caput do seu art. 8º (o qual – repito – possibilitou “a concessão do serviço de transporte de sinais de telecomunicações por satélite com o reconhecimento de seu caráter autônomo) exige maiores informações sobre a natureza desse serviço específico segundo a legislação vigente, em especial porque a Anatel informa em seu site que a exploração de satélite não é serviço de telecomunicações, o que afastaria a necessidade de concessão para a sua prestação (www.anatel.gov.br).

Assim, pelas alterações legislativas posteriores à propositura desta ação direta de inconstitucionalidade e o transcurso de tão longo período de vigência do dispositivo questionado e, ainda, o mesmo não divergir do entendimento firmado nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 1.582 e 1.863, parece-me de todo conveniente, juridicamente, a manutenção dos efeitos do § 2º do art. 8º da Lei n. 9.295/96.”¹⁹⁷

197 Esclarecendo-se: na ADI 1582/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, o objeto de julgamento é a inconstitucionalidade da Lei 9.074/1995 (art. 27, inc. I), o que trata da hipótese da utilização da modalidade licitatória denominada leilão para a outorga de novas concessões ou a prorrogação de concessões de serviços públicos prestados por pessoas jurídicas sob o controle direto o indireto da União, exceto quanto aos serviços públicos de telecomunicações. Alegou-se a inconstitucionalidade por ofensa ao artigo 175 da Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal, na data 17 de fevereiro de 2002, por votação unânime, julgou improcedente a ação, pois o conceito e as modalidades da licitação estão na Lei 8.666/93, artigos 3º e 22, certo que o leilão é modalidade de licitação (Lei 8.666/93, art. 22).

Por sua vez, na ADI 1863/DF, Rel. Min. Eros Grau, analisou a constitucionalidade do art. 191 da Lei Geral de Telecomunicações. Alegou-se a violação ao art. 175 da Constituição, bem como ao art. 37, inc. XXI. Este dispositivo legal trata da hipótese da desestatização no setor de telecomunicações, mediante a alienação de ações e de titularidade da União sobre empresas de telecomunicações. Aqui, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a ADI, com a declaração de constitucionalidade do art. 191 da Lei n. 9.472/1997.

Atualmente, o serviço de comunicação por satélite não é classificado pela Anatel como espécie de serviço de telecomunicações, daí o não enquadramento no regime da concessão. Trata-se de serviço submetido ao regime privado, na forma da autorização administrativa. Entretanto, para obtenção do direito de uso de frequências é necessário participar do procedimento licitatório.

De acordo com a Lei Geral de Telecomunicações (LGT), o provimento de capacidade espacial não é serviço de telecomunicações. Após a Anatel conferir o Direito de Exploração de Satélite, as exploradoras de satélites somente podem prover a capacidade espacial a entidades que detenham concessão, permissão ou autorização para exploração de serviços de telecomunicações ou às Forças Armadas. Como já referido, o projeto de lei n. 79/2016 propõe novo regime jurídico para a exploração de satélites, inclusive trata da questão das frequências.

Em síntese, o Supremo Tribunal Federal, na ADI 1491, ao indeferir a cautelar, acenou para a constitucionalidade da mudança do regime jurídico do direito à exploração dos serviços de satélite, na forma do art. 8º, da Lei 9.295/1996.¹⁹⁸

8.3 SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO À REDE DE TELECOMUNICAÇÕES. NATUREZA JURÍDICA.

ADI 1491/DF – SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO À REDE DE TELECOMUNICAÇÕES – CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO - NÃO CLASSIFICAÇÃO COMO SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES - NÃO CLASSIFICAÇÃO COMO SERVIÇO PÚBLICO - AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA LICITAÇÃO -

O tema referente ao serviço de valor adicionado à rede de telecomunicações interessa na perspectiva de sua repercussão sobre os serviços de acesso à internet.

¹⁹⁸ Ver também neste livro: APPF n. 450 contra o ato da Telebras de chamamento público para exploração do serviço de satélite de defesa e comunicação estratégica.

O serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, ao armazenamento, à apresentação, à movimentação ou recuperação de informações. O serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição. O provedor do serviço de conexão à internet, nos termos da lei federal, é um usuário dos serviços de telecomunicações. Daí porque o provedor de conexão tem o direito de acessar às redes de telecomunicações, compartilhar estas redes e fazer conexões entre as redes.

Na ADI 1491, alega-se que o art. 10, parágrafo único, da Lei n. 9.295/1996, que trata do serviço de valor adicionado à rede de telecomunicações, viola o conceito de serviço público por determinação constitucional e afasta a exigência de licitação prévia à realização da concessão ou permissão de serviços públicos.

A cautelar requerida foi indeferida, e, de consequência, mantida a vigência do dispositivo sobre a conversão das permissões do Serviço de Radiocomunicação Móvel Terrestre Público Restrito (SRMTPR), outorgadas anteriormente à vigência da Lei n. 9.295/96, em concessões de Serviço Móvel Celular (SMC), respeitados os respectivos prazos remanescentes.

O acórdão que examinou o pedido da cautelar abordou a classificação do Serviço de Valor Adicionado – SVA, previsto no art. 10, da Lei n. 9.295/1996, o qual, não se identifica como serviço de telecomunicações.

Nesta ADI, alega-se que o art. 10, parágrafo único da Lei n. 9.295/1996 viola o conceito de serviço público por determinação constitucional e afasta a exigência de licitação prévia à realização da concessão ou permissão de serviços públicos.

Nos termos da decisão do Supremo Tribunal Federal, na Ementa da ADI 1491/DF:

“O Serviço de Valor Adicionado – SVA, previsto no art. 10 da Lei n. 9.295/1996, não se identifica, em termos ontológicos, com o serviço de telecomunicações. O SVA é, na verdade, mera adição de valor a serviço de telecomunicações já existente, uma vez que a disposição legislativa ora sob exame propicia a possibilidade de competitividade e, assim, a prestação de melhores serviços à coletividade.”

Este fundamento legal é relevante na medida em que a própria Lei Geral de Telecomunicações adota o conceito de serviço de valor adicionado à rede de telecomunicações. A decisão do Supremo Tribunal Federal, que indeferiu a cautelar, confirma, portanto, a distinção legal entre o regime dos serviços de telecomunicações tradicionais (telefonia) e os serviços de valor adicionado.¹⁹⁹

A relevância da decisão reside no fato de que os atuais serviços de conexão à internet são classificados como serviços de valor adicionado à rede de telecomunicações, daí a importância histórica desta decisão do Supremo Tribunal Federal para a compreensão deste tema.

Atualmente, um dos principais serviços de valor adicionado à rede de telecomunicações é o serviço de comunicação multimídia classificado como serviço de acesso à internet. Daí a relevância desta categoria de serviço no âmbito do Direito da Comunicação. Além disso, os serviços de valor adicionado podem configurar serviços Over-The-Top (OTT), como é o caso do Netflix, WhatsApp, Instagram, Google, Facebook, Uber, entre outros. Os serviços de valor adicionado podem ser provedores de conteúdo ou provedores de serviços online. Destaque-se que a Anatel não tem competência para regular os serviços de valor adicionado à rede de telecomunicações. Trata-se de serviço da livre iniciativa submetido aos princípios gerais das atividades econômicas.

199 Esta decisão do STF sobre a classificação do serviço de valor adicionado (exclusão do conceito de serviço de telecomunicações) tem reflexos no âmbito da tributação destes mesmos serviços.

Debate sobre a inconstitucionalidade de leis sobre telecomunicações. Competência legislativa privativa da união.

O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de leis estaduais e distritais que versam sobre matérias relacionadas aos serviços de telecomunicações.

Importante esclarecer que a Constituição Federal tem capítulo específico sobre as competências federativas, no âmbito das telecomunicações. De um lado, a competência privativa da União para explorar e legislar sobre serviços de telecomunicações, prevista respectivamente nos arts. 21, inc. XI, e 22, inc. IV. De outro lado, a competência dos estados-membros da federação para legislar, de modo concorrente, sobre defesa do consumidor, nos termos do art. 24, inc. VIII da Constituição Federal.

O que se observa, porém, é que nas últimas décadas, os Estados-membros passaram a editar leis sobre temas que envolvem relações de consumo e os serviços de telecomunicações, nas modalidades telefonia fixa, móvel e TV por assinatura. O fundamento para a atuação legislativa dos estados-membros no caso dos direitos dos consumidores nos serviços de telecomunicações decorre da competência concorrente para legislar sobre produção e consumo, prevista no art. 24, inc. V, da Constituição.

A seguir, a análise de *julgamentos* sobre a (in)constitucionalidade de leis estaduais e do Distrito federal, para legislar sobre temas relacionados aos serviços de telecomunicações. Na maioria, decisões em ações diretas de inconstitucionalidade.

9 OBRIGAÇÃO LEGAL DO FORNECEDOR DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. INFORMAÇÃO AO CONSUMIDOR SOBRE QUITAÇÃO DE DÉBITOS ANTERIORES NO INSTRUMENTO DE COBRANÇA.

ADI 4533/MG – ARTIGOS 1º E 2ª DA LEI 18.403/2009, DO ESTADO DE MINAS GERAIS - OBRIGAÇÃO DE O FORNECEDOR INFORMAR, NO INSTRUMENTO DE COBRANÇA ENVIADO AO CONSUMIDOR, A QUITAÇÃO DE DÉBITOS ANTERIORES - COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE TELECOMUNICAÇÕES - OFENSA AOS ARTIGOS 21, XI, 22, IV, e 175, PARÁGRAFO ÚNICO, I e II, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

O tema em análise no Supremo Tribunal Federal é a inconstitucionalidade da lei do Estado de Minas Gerais que obriga empresas fornecedoras de serviços de telecomunicações a informar ao consumidor, no instrumento de cobrança, a quitação de débitos anteriores, inclusive as empresas de telecomunicações.²⁰⁰

Na **ADI 4533/MG**²⁰¹, então Rel. Min. Ricardo Lewandowski, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, deferiu cautelar para o fim de suspender os efeitos da lei estadual tão somente em relação às empresas prestadoras dos serviços de telecomunicações delegados pela União. Ficou consignado no acórdão que deferiu a cautelar:

200 Sobre o tema, note-se a existência da Lei Federal n. 12.007/2009, que dispõe sobre declaração anual de quitação de débitos, a ser apresentada aos consumidores por prestadoras de serviços públicos e privados de quaisquer atividades econômicas.

201 Fundamentação constitucional: arts. 21, XI, 22, IV, e 175, parágrafo único I e II. Dispositivos Legais Questionados: arts. 1º e art. 2º da Lei 18.403, de 28/9/2009, do Estado de Minas Gerais. Requerente: TELCOMP - Associação Brasileira das Prestadoras de Serviços de Telecomunicações Competitivas. Julgamento Plenário pelo deferimento da cautelar, em 25/08/2011. Até a data da conclusão deste livro, autos aguardam julgamento final.

“(...) o dispositivo impugnado, ao estabelecer obrigações a fornecedores em geral, relativas ao instrumento de cobrança enviado ao consumidor, abarcando, em princípio, as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações, interfere na relação contratual estabelecida entre essas concessionárias e a União, constituindo verdadeira invasão da competência privativa do ente federal para legislar sobre os referidos serviços e os efeitos decorrentes de sua prestação”.

Importante destacar, apesar de existirem inúmeros *precedentes* no Supremo Tribunal Federal fixando a tese da competência privativa da União para legislar sobre a matéria, consignados no acórdão que deferiu a cautelar, houve divergência e debates na Sessão Plenária.

Divergiram do voto condutor os Ministros Marco Aurélio e Ayres Britto. O Exmo. Min. Marco Aurélio pronunciou-se pela competência concorrente, nos termos do art. 24, V da Constituição. Expressou que: “a defesa do consumidor pode ser implementada por norma estadual”.

No voto, o Exmo. Min. Ayres Britto propôs uma interpretação ampliada da competência legislativa dos estados federados:

“legislar sobre telecomunicação, portanto, não tem nada a ver quanto às relações jurídicas entre o efetivo prestador do serviço público e os respectivos usuários ou consumidores, porque, senão - Ministro Marco Aurélio, como Vossa Excelência bem, a meu sentir, captou-, o que sobra para os estados, municípios e Distrito Federal de proteção ao consumidor? Responsabilidade por dano ao consumidor - competência concorrente que está às expensas no artigo 24.

É preciso dar uma interpretação ao texto constitucional ‘legislar sobre telecomunicações’ de modo a não açambarcar ou até eliminar, pura e simplesmente, a competência dos outros entes federados para legislar sobre relações de consumo, produção, proteção ao consumidor e responsabilidade por dano ao consumidor. Mas, reconheço - e o Min. Lewandowski disse muito bem -, não é assim que tem decidido o Tribunal”.

No seu voto, o Min. Gilmar Mendes destaca:

“ ... há a possibilidade de se criar um tipo de ilha, com repercussão para um sistema que é de proteção homogênea e universal ou nacional. Quer dizer, há possibilidade de que esse serviço se torne mais oneroso até para o consumidor, em razão dessas diferenças.

Muitas vezes, isso nós já tivemos oportunidade de examinar, a norma é até recomendável e, às vezes, as normas estaduais são até incorporadas pelo órgão de regulação, mas é necessário que haja uma disciplina.

(...)

A regulação é federal. É isso o que estou dizendo. Muitas vezes os impulsos, constantes da legislação estadual, são, do ponto de vista substancial, altamente recomendáveis, mas a sua adoção isolada provoca uma assimetria, uma distorção, uma incongruência no sistema”.

Ficou reafirmado o entendimento, mesmo que em sede cautelar, pela competência privativa da União para legislar sobre serviços de telecomunicações. Como fundamento principal da decisão do Supremo Tribunal Federal a necessidade de regulação setorial de natureza federal uniforme sobre todo território nacional, em relação ao setor de telecomunicações. Daí a inconstitucionalidade de lei estadual sobre o tema da obrigação pelas empresas de telecomunicações de informar a respeito da quitação de débitos anteriores.

Na decisão cautelar, foi vencida a tese no sentido da competência dos Estados-membros para legislar sobre a proteção do consumidor, ainda que crie direitos para os usuários dos serviços de telecomunicações. Até a conclusão do livro não havia sido concluído o julgamento.

Este caso estrutura de forma clara o conflito de competências legislativas entre a União o Estado-membro para legislar em tema relacionado aos serviços de

telecomunicações. Na visão majoritária do Supremo Tribunal Federal deve prevalecer a regulação federal sobre a questão de informar ou não ao consumidor dos serviços de telecomunicações a quitação dos débitos anteriores no instrumento de cobrança, não sendo cabível qualquer espécie de regulação estadual.²⁰²

10 PROIBIÇÃO DA COBRANÇA DE TARIFA BÁSICA NOS CONTRATOS DE SERVIÇOS DE TELEFONIA FIXA E TV A CABO.

PROIBIÇÃO DE COBRANÇA DE ASSINATURA BÁSICA NOS SERVIÇOS DE TV A CABO E TELEFONIA – INCONSTITUCIONALIDADE LEI DISTRITAL - COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR E PRESTAR OS SERVIÇOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICAÇÕES - AFASTAMENTO DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE DO ESTADO-MEMBRO PARA LEGISLAR SOBRE CONSUMO (CF, ART. 24, V E VII).

A matéria sobre cobrança pela assinatura básica nos serviços de TV a cabo e telefonia foi objeto de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

Na **ADI 3343/DF**,²⁰³ Relator o Min. Ayres Britto, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a lei distrital é inconstitucional ao proibir a cobrança de assinatura

202 Cabe lembrar aqui que no âmbito da TV por assinatura há também debates sobre a competência legislativa, a exemplo da Lei n. 17.663, de 27 de agosto de 2013, do Estado do Paraná, que estabelece medidas para que as empresas prestadoras de serviços de TV por assinatura, situadas no Estado do Paraná, mantenham escritórios regionais nas microrregiões para atendimento pessoal. Este tema é objeto de regulação setorial no Regulamento dos Direitos dos Consumidores dos Serviços de Telecomunicações pela Anatel. Daí o conflito entre a norma da Anatel e a lei estadual do Paraná. Porém, este caso, ao que consta, não foi objeto de ADI perante o STF.

203 Fundamentação Constitucional: Arts. 2º; 22, inc. IV; 175. Dispositivo Legal Questionado: Arts. 1º, parágrafo único; 2º, incs. I, II; 3º e 4º da Lei Distrital n. 3.449, de 30 de setembro de 2004. Requerente: Governador Distrito Federal. Amicus Curiae: ABRAFIX – Associação Brasileira de Prestadoras de Serviços Telefônico Comutado. Julgamento Final Plenário: Em 01.09.2011, o Tribunal, por maioria, julgou procedente a ação direta, contra o voto do Senhor Ministro Ayres Britto (Relator). Publicado no DJ 221 de 22.11.2011.

básica nos serviços de TV a cabo e telefonia. O fundamento principal do acórdão é a competência privativa da União para legislar sobre o tema. Está no acórdão:

“O sistema federativo instituído pela Constituição Federal de 1988 torna inequívoco que cabe à União a competência legislativa e administrativa para a disciplina e a prestação dos serviços públicos de telecomunicações e energia elétrica (CF, arts. 21, XI e XII, ‘b’, e 22, IV).

(...)

Inexiste, *in casu*, suposto respaldo para o diploma impugnado na competência concorrente dos Estados-membros para dispor sobre direito do consumidor (CF, art. 24, V e VII), cuja interpretação não pode conduzir à frustração da teleologia da referida regra expressa contida no art. 175, parágrafo único, III, da CF, descabendo, ademais, a aproximação entre as figuras do consumidor e do usuário de serviços públicos, já que o regime jurídico deste último, além de informado pela lógica da solidariedade social (CF, art. 3º, I), encontra sede específica na cláusula “direitos dos usuários” prevista no art. 175, parágrafo único, II, da Constituição.”

Divergindo da maioria, em voto vencido, o Min. Ayres Britto acolheu a tese no sentido da incompatibilidade do instituto da cobrança de preço de assinatura básica nos serviços de telefonia e TV a cabo com a Constituição Federal:

“(...) Incompatibilidade verificada na definição constitucional das tarifas a serem cobradas dos consumidores-usuários. É que a nossa Carta de 1988, ao prever, em seu art. 175, que a Lei Geral de Concessões e Permissões disporá sobre política tarifária, impossibilitou às empresas concessionárias e permissionárias a cobrança de qualquer preço que não tivesse a natureza jurídica de tarifa.

(...) à União não é dado firmar contratos que terminem por subtrair dos Estados e do Distrito Federal a competência para normatizar sobre relações de consumo e prevenção de danos ao consumidor. Se, no caso, a União fez “cortesia com chapéu alheio”, favorecendo empresas concessionárias com cláusula contratual

indevida sobre remuneração, então que ela, União, trate de sair por conta própria da armadilha em que se meteu.

O que não pode é, pela via tortuosa de um contrato celebrado entre ela e as empresas concessionárias desnaturar o instituto jurídico da tarifa, enquanto preço-público (inconfundível com taxa, sabido que esta é incompatível com a exigência de pagamento por um serviço público apenas disponibilizado, consoante o disposto no inciso II do artigo constitucional de nº 145). Menos ainda pode a União sonegar aos Estados membros e ao Distrito Federal o poder de normatizar, concorrentemente, sobre relações de consumo e prevenção de danos aos usuários consumidores, situados nos respectivos territórios (deles, Estados membros e Distrito Federal).”

De fato, alguns dos serviços de telefonia fixa estão submetidos ao regime público, baseado na concessão de serviço público. Há entre o poder concedente (a União) e a empresa concessionária de telefonia fixa um contrato de concessão, com obrigações entre as partes, especialmente os deveres de universalidade e continuidade. Este contrato de concessão é regido pela garantia do equilíbrio econômico-financeiro. Daí porque qualquer ato legislativo que afetar este contrato no aspecto de diminuição da expectativa de receitas pode ser impugnado.

Na linha de anteriores *precedentes*, o Supremo Tribunal Federal concluiu que a legislação distrital é inconstitucional porque invade a competência privativa da União para legislar sobre serviços de telecomunicações.

Também, na ADI 2615/SC, Rel. Min. Eros Grau, houve a declaração da inconstitucionalidade da Lei n. 11.908/2001 do Estado de Santa Catarina que possibilita às empresas de telefonia fixa a cobrança de assinatura básica residencial desde que permita ao consumidor o desconto no uso dos serviços de telefonia. Na ementa do acórdão:

“É inconstitucional norma local que fixa as condições de cobrança do valor de assinatura básica, pois compete à União legislar sobre telecomunicações, bem como explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão seu serviços”.

Reafirmada a competência privativa da União para legislar sobre os serviços de telecomunicações. Mas, nesta ADI 2615/SC, o Min. Carlos Ayres Britto divergiu a maioria ao entender no sentido da competência legislativa concorrentes dos estados-membros para legislar sobre danos aos consumidores-usuários. Eis o seu voto:

“Percebe-se, pois, que a lei estadual adversada não implica senão legítima atuação normativa de prevenção de danos aos consumidores-usuários do Estado de Santa Catarina, tal como expressamente admitido nos incisos V e VIII, do art. 24 da Constituição. Modo conciliado de repartir a competência da União para conformar, legislativamente, a atividade técnica em si mesma de telefonia com o poder que assiste ao Estado-membro de proteger os consumidores alocados em seu território”.

E, nesta mesma ADI 2615/SC, estabeleceu-se entre os Ministros Carlos Ayres Britto e Cármen Lúcia um interessante diálogo da distinção entre os usuários e/ou consumidores dos serviços de telecomunicações. Para a Min. Cármen Lúcia deve prevalecer a competência legislativa da União para tratar dos serviços de telecomunicações, aí incluídos os direitos dos usuários destes serviços, na forma do art. 175 da Constituição. Eis o voto da Ministra:

“Acho que as relações que se tratam a partir das telecomunicações ficam na competência da União e seria uma forma de descaracterização dessas competências se se atribuem a outros órgãos, a latere, e às vezes até de maneira subliminar e nem tanto sobre relações que não são exatamente de consumo, no sentido do Código de Defesa do Consumidor, mas do usuário, que é a expressão que a Constituição se vale, especificamente no artigo 175, para travar uma

relação específica de que aquele que usa antes dito, o utente, hoje usuário do serviço de telecomunicações, ou do serviço público em geral, guarda um estatuto constitucional ou infraconstitucional diferenciado, exatamente em razão das competências para se cuidar dele. Em segundo lugar, acho que, a se dizer assim, tudo poder ser direito do consumidor e, portanto, não haveria mais praticamente nenhuma competência que seria exclusiva da União, umas das características do sistema de repartição de competências que a Constituição brasileira adotou”.

E, no pronunciamento do Min. Carlos Ayres Britto:

“ ... E digo que o artigo 175, ao versar sobre serviços públicos, esse artigo 175 não excluiu a proteção do consumidor. É um plus protecional”.

(...)

Ministra, especificamente, eu digo no meu voto que a lei nacional sobre concessão de serviço público fala dos consumidores. Mostra que a palavra usuário, na verdade, é usuário-consumidor. É uma palavra composta. E a lei que cuida dos consumidores, o Código de Defesa do Consumidor, de serviço público.

(...)

A figura do consumidor é imbricada com a do usuário. A figura do usuário é imbricada com a do consumidor.”

Note-se a decisão na ADI 2615/SC foi proferida no contexto dos serviços de telefonia fixa. Nesta hipótese, tratava-se de serviço de telecomunicações qualificado como serviço público. Daí a pertinência do debate sobre a distinção entre usuário do serviço público ou consumidor de serviço público. Diversamente, nos serviços de telecomunicações sob o regime privado da autorização não há que se falar em usuário de serviço público. Nos demais casos de serviços de telefonia móvel, TV por assinatura, pode-se utilizar a expressão usuário-consumidor dos respectivos serviços, eis que incidente o regime da regulação

setorial, conjuntamente com o Código de Defesa do Consumidor. Neste aspecto, a essencialidade do estabelecimento do diálogo das fontes: entre a legislação setorial de telecomunicações e o Código de Defesa do Consumidor.

Também, em outro caso, na ADI 3847/SC, Rel. Min Gilmar Mendes, impugnou-se a Lei n. 13.921/2007 do Estado de Santa Catarina que veda a cobrança pelas prestadoras dos serviços de telefonia fixa e móvel da tarifas de assinatura básica. Por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da referida lei estadual por violar a competência legislativa privativa da União.

E, na ADI 4369/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, impugnou-se a Lei n. 13.854/2009 do Estado de São Paulo que proíbe a cobrança de assinatura mensal das concessionárias dos serviços de telefonia fixa. A declaração da inconstitucionalidade foi adotada sob o fundamento da competência privativa da União para legislar sobre serviços de telecomunicações.

Igualmente, na ADI 4477/BA, Rel. Min. Rosa Weber, houve a impugnação da Lei n. 12.034/2010 do Estado da Bahia que proíbe a cobrança de tarifa de assinatura básica mensal pelas prestadoras dos serviços de telefonia fixa e móvel. Aqui, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade formal da Lei n. 12.034/2010 do Estado da Bahia, sob o fundamento da competência privativa da União para legislar sobre serviços de telecomunicações.²⁰⁴

O acórdão de procedência desta ADI 4477/BA, julgamento no dia 18 de maio de 2017, concluiu que as “regras componentes da **política tarifária** são parte integrante do regime de prestação do serviço público”. E que nesta medida “a norma estadual impugnada interfere no conteúdo dos contratos administrativos firmados no âmbito federal para prestação do serviço público”.

Um último aspecto a considerar aqui, a propósito da cobrança da assinatura básica e não das regras de competência legislativa. O Supremo Tribunal Federal,

204 Requerente: ABRAFIX - Associação Brasileira de Concessionárias de Serviço Telefônico Fixo Comutado. Fundamentação Constitucional: Art. 21, XI, Art. 22, IV, Art. 175.

ao resolver questão de ordem no RE 567454/BA, suscitada pelo Ministro Cezar Peluso, adotou o regime da inexistência de repercussão geral aos processos que envolvam a questão de tarifa básica de telefonia fixa, em decorrência de seu caráter infraconstitucional. Vencido o Ministro Marco Aurélio. Decisão Plenário, 18.6.2009. Neste ponto, importante destacar a Súmula 356 do STJ que fixou a tese no âmbito infraconstitucional: “é legítima a cobrança de tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia fixa”.

No Acórdão, publicado no DJ 162 de 28.08.2009, ficou assentado, por maioria, que o caso não se tratava do “contrato de concessão entre a agência reguladora e a concessionária de serviço público. A controvérsia não vincula senão o consumidor e a concessionária de serviço de telefonia. De mais a mais, a agência reguladora a ANATEL não manifestou, expressamente, interesse na solução da controvérsia. Pelo que não há falar de interesse, jurídico ou econômico, da ANATEL.”

Ainda, a questão da “cobrança da assinatura básica é unicamente de direito e não apresenta complexidade apta a afastar o seu processamento pelo Juizado Especial.” O referido Tema 35, neste mesmo RE 567454/BA, fixou a tese da ‘competência para processar e julgar ação em que se discute a legalidade da cobrança da tarifa básica de assinatura do serviço de telefonia fixa’. Este Tema 35, já decidido no mérito, vem tratado em capítulo próprio no presente livro.

11 FRANQUIA DE MINUTOS MENSAIS EM SERVIÇOS DE TELEFONIA FIXA

LEI Nº 5.934 DE 29 DE MARÇO DE 2011, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, NO MÊS SUBSEQUENTE, DOS MINUTOS DA FRANQUIA NÃO UTILIZADOS NO MÊS ANTERIOR – COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA DISPOR SOBRE TELECOMUNICAÇÕES - INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL

O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de lei estadual sobre o aproveitamento dos minutos de franquias não utilizados no mês para os meses subsequentes nos serviços de telefonia.

O pedido deduzido na **ADI 4649/RJ**,²⁰⁵ Relator o Min. Dias Toffoli, por unanimidade de votos e nos termos do voto do Relator, foi julgado procedente. Reconheceu-se que é inconstitucional a Lei nº 5.934, de 29 de março de 2011, do Estado do Rio de Janeiro.

Segundo o voto do Min. Relator, prevalece a competência federal para legislar sobre o tema:

“Optou o legislador constituinte por atribuir à União essa competência legislativa, a fim de que a matéria recebesse tratamento uniforme em todo o território nacional.

(...)

Outrossim, vale lembrar as considerações do Eminentíssimo Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento da medida cautelar da ADI n. 3322/DF, no qual aduziu estar a questão relativa aos direitos dos usuários dos serviços públicos entre aquelas que não comportam qualquer suplementação legislativa, por parte dos demais entes federados, cabendo a regulamentação de tal matéria tão somente ao Poder Público titular do serviço público.”

Importante considerar que o fundamento sobre se tratar de ‘*serviço público*’ é pertinente em relação ao regime da telefonia fixa. Nesta espécie de serviço de telecomunicações, a União é o poder concedente em relação à empresa concessionária do serviço de telefonia fixa. Porém, conforme a atual regulação

205 Fundamentação Constitucional: Arts. 21; 22, inc. IV; 175, parágrafo único e incs. I e II. Dispositivo Legal Questionado: Art. 1º, caput e § 1º, da Lei nº 5934, de 29 de março de 2011, do Estado do Rio de Janeiro. Requerente: TELCOMP – Associação Brasileira das Prestadoras de Serviços de Telecomunicações Competitivas. Julgamento Final Plenário: Em 08.08.2016. Publicado no DJE n. 169, de 12.08.2016.

setorial, em relação aos demais serviços de comunicação, tais como TV por assinatura e acesso à internet, não se trata de ‘concessão de serviço público’. Estas são atividades econômicas privadas, submetidas ao regime privado da autorização administrativa. Daí fundamental que jurisprudência do Supremo Tribunal Federal faça a distinção, acertadamente, em relação à espécie de serviço de comunicação regulado.

Em síntese, também aqui a inconstitucionalidade da lei sobre aproveitamento dos minutos de franquia nos contratos de telefonia foi declarada sob o fundamento da competência privativa da União para legislar sobre os serviços de telecomunicações, na linha da majoritária jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

12 CONTADOR DE PULSO NOS SERVIÇOS DE TELEFONIA FIXA

ADI 3533/DF – LEI Nº 3.596 DO DISTRITO FEDERAL - IMPOSIÇÃO, ÀS EMPRESAS DE TELEFONIA FIXA QUE OPERAM NO DISTRITO FEDERAL, DE INSTALAÇÃO DE CONTADORES DE PULSO EM CADA PONTO DE CONSUMO – INCONSTITUCIONALIDADE - VIOLAÇÃO DO ARTIGO 22, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES

Na **ADI 3533/DF**,²⁰⁶ Relator o Min. Eros Grau, o Supremo Tribunal Federal analisou a constitucionalidade da lei distrital que criou obrigação para as

206 Fundamentação Constitucional: Arts. 1º; 21, inc. XI; 22, inc. IV. Dispositivo Legal Questionado: Arts. 1º, parágrafo único; 2º; 3º; 4º; 5º e 6º da Lei Distrital nº 3.596, de 27 de abril de 2005. Requerente: Governador Distrito Federal. Julgamento Final Plenário: em 02.08.2006. O STF, por maioria, julgou procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 3.596, de 27 de abril de 2005, do Distrito Federal, nos termos do voto do Relator, vencidos os Senhores Ministros Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Marco Aurélio, que a julgavam improcedente. Acórdão publicado no DJ 06.10.2006.

concessionárias do serviço de telefonia fixa referentes à instalação de contadores de pulso em cada ponto de consumo. Concluiu pela inconstitucionalidade da Lei, nos seguintes termos:

“A Lei distrital n. 3.596 é inconstitucional, visto que dispõe sobre matéria de competência da União, criando obrigação não prevista nos respectivos contratos de concessão do serviço público, a serem cumpridas pelas concessionárias de telefonia fixa - artigo 22, inciso IV - da Constituição do Brasil.”

A questão constitucional trazida nesta ação direta de inconstitucionalidade também envolve a prestação do serviço de telefonia fixa, objeto de regulação setorial da competência da União.

Já neste julgamento, em 2006, o Supremo Tribunal Federal reafirmou a competência privativa da União para legislar sobre serviços de telecomunicações, e, também, a impossibilidade de o legislador distrital criar obrigação não prevista no contrato de concessão do serviço de telefonia fixa.

13 COMERCIALIZAÇÃO E REVENDA DE CELULARES USADOS

**ADI 3846/PE – LEI ESTADUAL Nº 12.983/2005 DE PERNAMBUCO
VERSUS CF 5º, X; 21, XI; E, 22, I E IV - AFRONTA À CONSTITUIÇÃO
POR INSTITUIR CONTROLE DE COMERCIALIZAÇÃO E DE
HABILITAÇÃO DE APARELHOS USADOS DE TELEFONIA MÓVEL
– INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL**

Na **ADI 3846/PE**,²⁰⁷ Relator o Min. Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal analisou a constitucionalidade de lei estadual de Pernambuco com regras sobre o controle de comercialização e reabilitação de aparelhos usados de telefonia móvel. Segundo o voto do Min. Relator:

“cabendo à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, compete-lhe privativamente legislar sobre o regime das concessionárias, questões relativas a contrato, direitos dos usuários, política tarifária e a obrigação de manter serviço adequado. Este Supremo Tribunal Federal tem firme entendimento no sentido da impossibilidade de interferência do Estado-membro nas relações jurídico-contratuais entre poder concedente federal e as empresas concessionárias, especificamente no que tange a alterações das condições estipuladas em contrato de concessão de serviços públicos, sob regime federal, mediante edição de leis estaduais.”

O Supremo Tribunal Federal decidiu, unicamente, que inconstitucionais os artigos da lei estadual de Pernambuco que criavam obrigação às empresas prestadoras de serviços de telefonia móvel de adotarem diversas condutas visando prevenir e auxiliar a repressão de delitos relacionados a aparelhos celulares.²⁰⁸

Tais regras da lei, porque não previstas no contrato por elas firmado com o poder concedente federal, invadiram matéria referente ao direito das telecomunicações, sobre a qual a União detém competência privativa para legislar.

207 Fundamentação Constitucional: Art. 22, inc. IV. Dispositivo Legal Questionado: Lei Estadual nº 12983, de 30 de dezembro de 2005, que institui controle sobre a comercialização e reabilitação de aparelho usado de telefonia móvel celular. Requerente: Associação Nacional das Operadoras Celulares - ACEL. Julgamento Plenário: Em 25.11.2010, o Tribunal, por maioria, rejeitou a preliminar, contra o voto do Senhor Ministro Ayres Britto. No mérito, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou parcialmente procedente a ação direta. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausentes, neste julgamento, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Dias Toffoli. Publicado no DJ 48 de 15.03.2011.

208 Neste caso, houve a declaração de inconstitucionalidade parcial da referida lei estadual. Foram declarados inconstitucionais os seguintes dispositivos da Lei estadual n. 12.983/2005 de Pernambuco: 1º, § 1º, inc. I, alínea “b”; 2º; 3º; 4º e 5º. Reconhecida a constitucionalidade dos artigos 1º, § 1º, incs. I, alínea “a”, inc. II, alíneas “a” e “b”, §2º, e 6º da Estadual nº12.983/2005 de Pernambuco.

No mais, o Supremo Tribunal Federal decidiu no sentido da constitucionalidade da lei estadual nos aspectos que visam à implementação de banco de dados para auxiliar os agentes administrativos na prevenção e na investigação de infrações penais, por meio de integração das delegacias estaduais e da ajuda voluntária da população, usuários ou não do serviço público de telefonia móvel.

Importante observar que este caso trata do serviço de telefonia móvel. Também, a União detém competência constitucional para fixar a regulação setorial do serviço de telefonia móvel. Mas, diferentemente dos outros casos que envolvem o serviço de telefonia fixa, não há contrato de *‘concessão de serviço público’*.

Daí porque este fundamento pertinente ao art. 175 da Constituição Federal não se encaixa adequadamente. Isto porque no serviço de telefonia móvel o regime é de autorização e não de concessão de serviço público. Com todo respeito, em que pese este equívoco na fundamentação do voto na ADI 3846, não altera a conclusão final do julgamento no sentido da inconstitucionalidade parcial da lei estadual, por invadir a competência privativa da União para legislar sobre serviços de telecomunicações.

O Supremo Tribunal Federal, neste caso, declarou a inconstitucionalidade parcial da lei estadual de Pernambuco sobre a comercialização de aparelhos usados de celulares, na parte que invade a competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações.²⁰⁹

209 Para além da questão formal sobre a competência legislativa, em destaque a relevância do tema do controle da comercialização e da habilitação de celulares usados, sob a perspectiva dos riscos à segurança pública, na medida em que os aparelhos podem ser usados para fins de cometimento de ilícitos penais.

14 PRAZO DE VALIDADE DE CRÉDITO DE CELULAR PRÉ-PAGO

ADI 4715/DF – SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES – TELEFONIA CELULAR - PRAZO DE VALIDADE DO CRÉDITO - INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL – COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE TELECOMUNICAÇÕES - MATÉRIA REGULADA PELA ANATEL

O tema aqui debatido é a inconstitucionalidade de lei que regulamenta o prazo de validade do crédito em relação ao serviço de telefonia celular pré-pago.²¹⁰

Na **ADI 4715/DF**,²¹¹ Relator o Min. Marco Aurélio, o Supremo Tribunal Federal, em medida cautelar, suspendeu a eficácia da Lei nº 4.084/2011 do Estado do Mato Grosso do Sul que proíbe a imposição de prazo máximo para utilização de créditos pré-pagos para telefones celulares. A tese reafirmada, liminarmente, pelo Supremo Tribunal Federal é no sentido de que é privativa da União a competência para legislar sobre o serviço de telecomunicações.

Assim, nos termos do voto do Min. Relator:

210 A propósito do tema da validade do crédito nos serviços de telefonia celular, há a reclamação n. 16.265/PA, Rel. Min. Marco Aurélio, proposta pela Anatel contra acórdão do Tribunal Regional da Primeira Região, o qual reconheceu a invalidade da fixação de prazos de validade dos créditos adquiridos em planos pré-pago, por ofensa ao princípio da isonomia, da não discriminação e da proibição do retrocesso. Na fundamentação da Reclamação, a Anatel alega que o acórdão reclamado desconsiderou o art. 16 da Lei n. 7.347/1985, o qual estabelece limite territorial para a eficácia das decisões de mérito proferidas em ação civil pública. Daí a invocação da violação à cláusula de reserva do plenário, nos termos da Súmula Vinculante n. 10, do Supremo Tribunal Federal. Mas, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a reclamação.

211 Fundamentação Constitucional: Arts. 21, inc. XI; 22, inc. IV; 175. Dispositivo Legal Questionado: Lei nº 4084, de 12 de setembro de 2011, do Estado do Mato Grosso do Sul, que veda a imposição de limite de tempo para a utilização de créditos ativados de telefones celulares pré-pagos. Requerente: Associação Nacional das Operadoras Celulares - ACEL. Julgamento Plenário: Em 07.02.2013, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, concedeu a liminar para suspender a eficácia da Lei nº 4084, de 12 de setembro de 2011, do Estado de Mato Grosso do Sul.

“O caso versa conflito entre regras de competência legislativa constitucionalmente previstas, porquanto, de início, não há contrariedade entre os atos normativos mencionados e a Carta Federal. Consoante a doutrina, no exercício simultâneo de competências legislativas privativas e concorrentes por entes federativos distintos, devem prevalecer as primeiras. Assim ocorre em razão da teleologia subjacente a cada técnica de repartição de competências.

(...)

Ao pretender favorecer o consumidor e vedar a limitação de validade dos créditos, o Estado de Mato Grosso do Sul tolheu o exercício da competência da União para disciplinar o serviço público de telecomunicações, assim prevista no artigo 22, inciso IV, da Carta Federal, incorrendo em clara inconstitucionalidade. Observem ainda que a jurisprudência do Supremo tem sido firme na defesa de tais atribuições da União, presentes as recorrentes tentativas de estados e municípios de regular elementos da prestação do serviço de telecomunicações, sempre sob o pretexto de defesa do consumidor.”

No voto, o Min. Relator destacou que o fundamento da defesa do consumidor não autoriza a invasão da competência legislativa privativa da União para legislar sobre serviços de telecomunicações. Ou seja, no caso, há a prevalência da regra da competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações, com a vedação da edição de lei estadual que fixa prazo de validade de crédito de celular pré-pago.

Outro aspecto que aqui é relevante e está no acórdão, é o de que “a matéria recebeu tratamento diverso da Agência Federal responsável por essa atividade”, estabelecendo prazo de validade dos créditos. De fato, a regulação setorial da Anatel trata deste tema à medida que prevê que os créditos pré-pagos podem ficar sujeitos a prazo de validade, conforme critérios descritos no art. 67 e seguintes da Resolução n. 632/2014.

Mas, deve ser feita uma distinção fundamental. Trata-se do serviço de telefonia celular objeto de regulação setorial de competência da União. Mas, o serviço de telefonia celular não é objeto do regime de concessão de serviço público. Daí, com todo respeito, a inadequação da fundamentação do voto, ao utilizar a expressão serviço público de telecomunicações. Porém, esta questão não altera a conclusão final do julgamento do Supremo Tribunal Federal no sentido da inconstitucionalidade da lei. Sobre o tema, cumpre destacar que nem todos os serviços de telecomunicações são espécies de serviços públicos. Não é razoável a qualificação em bloco pelo legislador de todas as espécies de serviços de telecomunicações na classificação de serviço público.²¹²

15 INSTALAÇÃO DE ANTENAS DE CELULARES

LEI DO ESTADO DE SÃO PAULO SOBRE A INSTALAÇÃO DE ANTENAS TRANSMISSORAS DA TELEFONIA CELULAR – COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE TELECOMUNICAÇÕES - INCONSTITUCIONALIDADE

Na **ADI 2902/SP**,²¹³ originalmente de relatoria do Min. Carlos Velloso, atualmente sob relatoria do Min. Edson Fachin, o Supremo Tribunal Federal analisa a (in)constitucionalidade da lei do Estado de São Paulo sobre instalação

212 Sobre o regime de telecomunicações, ver: SCORSIM. Ericson M. TV digital e comunicação social - Aspectos regulatórios, obra citada.

213 Fundamentação Constitucional: Arts.1º, caput; 18, caput; 21, inc. XI; 22, inc. VI; 24, inc. I, § 1º e § 3º; 25, § 1º; 30, incs. I e VIII; 182, caput. Dispositivo Legal Questionado: Arts. 3º, 4º e 5º da Lei Estadual nº 10.995, de 21 de dezembro de 2001. Requerente: TELCOMP – Associação Brasileira das Prestadoras de Serviços de Telecomunicações Competitivas. Amicus Curiae: Associação Nacional das Operadoras Celulares – ACEL. Superada a questão processual sobre a legitimidade da Associação autora, os autos aguardam julgamento de mérito.

de antenas transmissoras de telefonia celular.²¹⁴ Em questão, a competência privativa da União para legislar sobre os serviços de telecomunicações.

Importante destacar que nesta ADI suscitou-se a questão da ilegitimidade da Associação Autora para propor ação direta de inconstitucionalidade. Porém, o Ministro relator reconsiderou a decisão que havia negado seguimento à medida para assentar que “o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 3.153-AgR/DF, Relator para o acórdão o Ministro Sepúlveda Pertence, reformulou o seu entendimento a respeito do tema, conferindo legitimidade, para a ação direta de inconstitucionalidade, à associação constituída de associações”. Destaca-se que a legitimidade das associações empresariais de telecomunicações para propor ADIs, é tratada em tópico específico neste livro.

Sobre o tema principal, registre-se o intenso debate quanto à regulação da instalação das antenas celulares, entre leis municipais e, neste caso, a lei estadual, diante da competência privativa da União para legislar sobre serviços de telecomunicações.

Recentemente, frente a este conflito federativo de competências, a União editou a lei sobre a infraestrutura de redes de telecomunicações, com regras sobre o licenciamento, instalação e compartilhamento obrigatório de capacidade excedente de rede. É a Lei Federal nº 13.116/2015, conhecida como Lei Geral das Antenas.²¹⁵ Esta mesma lei também altera parcialmente as Leis nºs 9.472, de 16 de julho de 1997, 11.934, de 5 de maio de 2009, e 10.257, de 10 de julho de 2001.

214 Segundo a Lei n. 10.995/2001 do Estado de São Paulo: “Art. 1º. As concessionárias responsáveis pelas instalações de antenas transmissoras de telefonia celular no Estado de São Paulo ficam sujeitas às condições estabelecidas nesta lei”. Esta lei estadual foi declarada inconstitucional pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em ação direta de inconstitucionalidade.

215 Sobre o tema, ver: SCORSIM, Ericson M. Direito da Comunicação. Regime Jurídico dos Serviços de Telecomunicações, Internet, TV por radiodifusão e TV por assinatura. Curitiba: Edição do Autor, 2016. Disponível na Amazon.

Daí porque esta nova Lei Federal nº 13.116/2015 provavelmente repercutirá no julgamento do mérito desta ADI 2902/SP, ainda não julgada.²¹⁶

De outro lado, cabe registrar aqui recente decisão proferida no RE 989025 AgR/MG, em questão referente ao licenciamento e instalação de torres de telefonia – estação de rádio base, na qual o Supremo Tribunal Federal declarou que a competência para legislar é do Município. Veja-se a ementa, que clarifica o tema debatido:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LICENCIAMENTO E INSTALAÇÃO DE TORRES DE TELEFONIA. ESTAÇÃO DE RÁDIO BASE. COMPETÊNCIA MUNICIPAL. PRECEDENTES. 1. O Supremo Tribunal Federal entende que a competência para legislar sobre instalação de torres de telefonia é municipal. Precedentes. 2. Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, fica majorado em 25% o valor da verba honorária fixada anteriormente, observados os limites legais do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC/2015. 3. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015. (RE 989025 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 24/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-078 DIVULG 18-04-2017 PUBLIC 19-04-2017).

216 Em relação à obtenção de licença administrativa para a instalação de estação de radiobase, merece destaque o RE 726519-RS, sendo Relator o Min. Teori Zavaski, proposto por concessionária de serviços de telefonia (Tim Celular) contra o Município de Xangri-lá/RS. O mérito do referido recurso não foi analisado porque o STF entendeu pelo não conhecimento. Em decisão no agravo regimental, com a seguinte ementa: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRELIMINAR DE REPERCUSSÃO GERAL. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. ÔNUS DO RECORRENTE. DEMANDA EM QUE LITIGAM CONCESSIONÁRIA DE TELEFONIA E MUNICÍPIO. INTERVENÇÃO DE AUTARQUIA FEDERAL COM BASE NO ART. 5º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 9.469/97. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. SÚMULA 279/STF. PRECEDENTES EM CASOS IDÊNTICOS.

16 SUBSTITUIÇÃO DA REDE ELÉTRICA AÉREA POR REDES SUBTERRÂNEAS. REFLEXOS NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES

INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL N. 111/2011, DECRETO MUNICIPAL N. 34.442/2011 E RESOLUÇÃO N. 8/2011 DA SECRETARIA MUNICIPAL DE CONSERVAÇÃO – DETERMINAÇÃO DE ENTERRAMENTO DE TODOS OS CABOS E DEMAIS ESTRUTURAS DA REDE ELÉTRICA ATÉ ENTÃO APARENTES, NO PRAZO DE CINCO ANOS - CRIAÇÃO DE OBRIGAÇÕES NÃO EXISTENTES NO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA - CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL – INTERFERÊNCIA DA LEI MUNICIPAL SOBRE A CONCESSÃO

No âmbito das telecomunicações, em pauta também no Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade de lei do Município do Rio de Janeiro que determina a substituição da rede de cabos da energia elétrica por rede subterrânea.

A matéria trazida neste recurso extraordinário 764029/RJ, embora se refira ao impacto de lei municipal sobre infraestrutura de rede de energia elétrica, tem reflexos sobre o setor de telecomunicações. Isto porque, a rede de cabos e postes utilizados pela prestação do serviço de distribuição de energia elétrica aos consumidores, também é compartilhada pela rede de telecomunicações. Usualmente, os postes, de propriedade das empresas de distribuição de energia elétrica, são utilizados para a fixação de cabos das empresas de telecomunicações, para fins de prestação dos serviços de telefonia fixa, acesso à internet por banda larga fixa, bem como TV por assinatura. Há acordos empresariais entre as empresas de distribuição de energia elétrica e as empresas de telecomunicações,

internet e TV por assinatura para o aluguel das infraestruturas de rede, bem como o respectivo compartilhamento da rede. Há a regulação intersetorial do tema, mediante atos normativos da Anatel e Aneel.

Assim, na perspectiva processual, há aqui dois *instrumentos* jurídicos. De um lado, a questão de mérito no ARE 764029/RJ sobre a constitucionalidade do art. 326 da Lei Complementar Municipal n. 111/2011 e do Decreto municipal n. 34.442/2011 do Rio de Janeiro, que criam obrigação da substituição da rede elétrica aérea por rede subterrânea. O propósito da legislação municipal é a mudança do padrão de rede, ao invés de cabos instalados em postes, o enterramento da fiação.²¹⁷ De outro lado, foi proposta cautelar 3420/RJ com o objetivo de atribuir efeito suspensivo ao agravo em recurso extraordinário, a fim de evitar efeitos concretos da lei municipal do Rio de Janeiro que cria esta obrigação de substituição da rede elétrica por rede subterrânea.

Na Ação Cautelar **AC 3420/RJ**²¹⁸, em análise prévia, ficou decidido que a lei municipal interfere no equilíbrio econômico e financeiro do contrato de concessão, daí porque atribuído efeito suspensivo ao agravo em recurso extraordinário. Eis os termos da decisão monocrática da Ministra Relatora Cármen Lúcia:

“Neste exame inicial e preliminar, tem-se que, ao estabelecer que as concessionárias de serviços públicos de eletricidade, telefonia e televisão a cabo, deveria implantar sua fiação no subsolo urbano, eliminando a fiação aérea na Cidade, o legislador municipal interferiu na relação jurídico-contratual estabelecidas entre a União e

217 Registra-se, exemplificando-se, que o Município de Curitiba possui lei municipal que também prevê a mudança da fiação aérea pela fiação subterrânea: a Lei nº 14.593, de 16 de Janeiro de 2015, que altera a lei que ‘dispõe sobre as normas que regulam a aprovação de projetos, o licenciamento de obras e atividades, a execução, manutenção e conservação de obras no Município’.

218 Fundamentação Constitucional: Arts. 21, inc. XII, alínea b, 22, inc. IV, 30, inc. I e VIII, 37, inc. XXI, e 175. Dispositivo Legal Questionado: Art. 326 da Lei Complementar municipal n. 111/2011, o Decreto municipal n. 34.442/2011 e a Resolução n. 8/2011 da Secretaria Municipal de Conservação – Seconser-va. Requerente: Light Serviços de Eletricidade S/A. Julgamento: Em 05.08.2013, decisão monocrática deferindo a liminar para atribuir efeito suspensivo ao Agravo no Recurso Extraordinário n. 764.029. Publicada a decisão no DJ 169 de 29.08.2013. Aguarda-se decisão de mérito.

a empresa concessionária. Apenas a União pode estabelecer as formas de atuação das suas concessionárias e, portanto, definir os termos do contrato com ela firmado. Portanto, para efeito de liminar, tem-se como plausível que o legislador municipal tenha interferido nas condições estabelecidas entre a União Federal e a concessionária de serviço público, alterando o equilíbrio econômico e financeiro do contrato administrativo, em contrariedade ao art. 37, inc. XXI, da Constituição da República, o que impõe exame aprofundado e prioritário da matéria.”

Portanto, debate-se no Supremo Tribunal Federal o tema da competência legislativa para regular o setor da infraestrutura urbana, se da União, com base no fundamento na competência privativa das telecomunicações, ou se compete aos municípios legislar sobre infraestrutura urbana, com fundamento da competência legislativa sobre interesse local.²¹⁹

17 DISPOSITIVOS DE CONTROLE DE APARELHOS CELULARES EM ESTABELECIMENTOS PENAIS E NOS CENTROS DE SOCIOEDUCAÇÃO

ADI 5327/PR, ADI 3835/MS, ADI 4861/SC, ADI 5356/MS e ADI 5253/BA – INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS ESTADUAIS – OBRIGAÇÃO ÀS PRESTADORAS DO SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES PARA INSTALAR EQUIPAMENTOS QUE IDENTIFIQUEM E BLOQUEIEM SINAL DE TELEFONIA MÓVEL EM ESTABELECIMENTOS PENAIS – COMPETÊNCIA DOS ESTADOS MEMBROS PARA LEGISLAR SOBRE SEGURANÇA PÚBLICA VERSUS COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE TELECOMUNICAÇÕES - PREVALÊNCIA DA COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE TELECOMUNICAÇÕES

²¹⁹ Até o fechamento da edição deste livro, o ARE 764029/RJ não teve seu mérito julgado.

A questão da (in)constitucionalidade de leis estaduais que obrigam as empresas prestadoras do serviço móvel celular (telefonia e internet) a instalar tecnologia de *controle* em estabelecimentos penais e socioeducativos foi recentemente decidida pelo Supremo Tribunal Federal.

Na **ADI 5327/PR**,²²⁰ Relator o Ministro Dias Toffoli, o Supremo Tribunal Federal, em decisão não unânime, declarou a inconstitucionalidade da Lei Estadual do Paraná nº 18.293/2014 que impõe obrigação às prestadoras do serviço de móvel pessoal a instalar equipamentos tecnológicos para identificar e bloquear sinal de telecomunicações nos estabelecimentos penais e centros de socioeducação no Estado do Paraná. A tese fixada é de que a competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações impede a edição de lei estadual que institua obrigação às prestadoras de serviços de telecomunicações a adotar dispositivos de bloqueio dentro dos estabelecimentos penais.²²¹

Importante registrar que, em decisão monocrática, antes da conversão da apreciação do referendo cautelar em julgamento do mérito pelo Tribunal Pleno, fundamentando-se em tese já antes debatida no Supremo Tribunal Federal, o Relator Min. Dias Toffoli destacou:

“De fato, os serviços de telecomunicações devem ser disciplinados de maneira uniforme em todo o país, tendo em vista, sobretudo, a própria natureza do serviço prestado. Por esta razão, a Constituição Federal conferiu privativamente à União, e não aos Estados, a edição de normas sobre o tema. Outrossim, a lei estadual

220 Fundamentação Constitucional: Arts. 5º, inc. XXXVI; 21, inc. XI; 144; 170, incs. II e III; 175. Dispositivo Legal Questionado: Lei nº 18293, de 04 de novembro de 2014, do Estado do Paraná. Requerente: Associação Nacional das Operadoras Celulares – ACEL. Julgamento: Em 18.06.2015, decisão monocrática concedendo a medida cautelar pleiteada, ad referendum do Plenário, para suspender, com efeito ex nunc, a eficácia da Lei estadual n.º 18.293, de 6 de novembro de 2014, do Estado do Paraná. Decisão publicada no DJ 119 de 19.06.2015. Em agosto/2016, decidindo o mérito da ADI, o STF julgou procedente o pedido e declarou a inconstitucionalidade da Lei Estadual (conforme acompanhamento processual no site do STF). Registra-se que o Pleno converteu a apreciação do referendo cautelar em julgamento de mérito.

221 CF, art. 22, inc. IV.

atacada cria, para as concessionárias de serviço de telefonia móvel, obrigação não prevista nos respectivos contratos de concessão celebrados entre tais empresas e a União, circunstância que evidencia, ainda mais, a interferência indevida do Estado em assunto de interesse do ente federal.”

Nesse sentido também foi o parecer do Procurador-Geral da República, pela declaração de inconstitucionalidade da referida lei paranaense que exige a implantação de dispositivos de controle de aparelhos celulares em estabelecimentos penais e socioeducativos.

Observa-se que, na **ADI 5356/MS**,²²² em tema similar, porém relacionado à Lei do Estado de Mato Grosso do Sul, o Relator Min. Edson Fachin indeferiu, *ad referendum* do Plenário, o pedido de suspensão liminar da Lei Estadual nº 4.650/2015 que exige a instalação de equipamentos tecnológicos para bloquear sinal de telecomunicações e/ou radiocomunicação em estabelecimentos penais ou centros de socioeducação. Em decisão monocrática, o Min. Edson Fachin destaca:

“Todavia, muito embora seja a União competente para legislar sobre telecomunicações, seria simplesmente inconstitucional que o efeito da legislação pudesse aniquilar totalmente a competência dos Estados para tratar de temas que, não obstante ligados a elementos oriundos das telecomunicações, não atinjam o núcleo duro desta matéria, como na hipótese de legislação sobre segurança pública, direito penitenciário e consumo”.

222 Fundamentação Constitucional: Arts. 5º, inc. X e XXXVI; 21, inc. XI; art. 22, inc. IV e XXIV; art. 24, inc. I, V; art. 34, inc. VII; art. 103, IX; 144; 170, incs. II, III, V; 175. Dispositivo Legal Questionado: Lei nº 4.650/2015, do Estado do Mato Grosso do Sul. Requerente: Associação Nacional das Operadoras Celulares – ACEL. Julgamento: Em 18.11.2015, decisão monocrática indeferindo a medida cautelar pleiteada, *ad referendum* do Plenário, para suspender, com efeito ex nunc, a eficácia da Lei Estadual nº 4.650/2015, do Estado do Mato Grosso do Sul. Decisão publicada no DJ 234 de 20.11.2015. Em agosto/2016, o Tribunal, por maioria, julgou procedente o pedido formulado para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 4.650/2015, do Estado do Mato Grosso do Sul, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Roberto Barroso e Rosa Weber.

No voto, o Ministro Edson Fachin pontua que a questão deve ser analisada sob o prisma da segurança pública, do direito penitenciário e da legislação sobre consumo, a fim de que seja reconhecida a competência concorrente:

“Ao contrário, a presente controvérsia deve ser vista sob a ótica da segurança pública (art. 144), e do direito penitenciário (art. 24, I), matérias de competência dos Estados, bem como à luz da legislação sobre consumo (art. 24, V) no tocante à exigência de fornecimento com segurança do serviço prestado pelas operadoras de telefonia móvel”.

Outro aspecto que mereceu atenção na decisão monocrática é a existência de ‘vácuos normativos’ a autorizar o exercício da competência concorrente:

“É possível que Estados-membros e Municípios, no exercício da competência concorrente, legislem com o fito de expungirem vácuos normativos para atender a interesses que lhe são peculiares, haja vista que à União cabe editar apenas normas gerais na espécie”.

Na linha desta fundamentação, a conclusão do Min. Fachin em acolher a tese da competência concorrente (arts. 24, I e V, e 144, da CF), atribuída à União, aos Estados e Distrito Federal para legislar sobre direito penitenciário, segurança pública e consumo. Este é um ponto de vista de compartilhamento das competências entre as unidades federativas, em prol de valores maiores para sociedade, alinhado a uma visão do federalismo cooperativo.

Nas ADIs 3835/MS, Relator o Ministro Marco Aurélio, 4861/SC, Relator o Ministro Gilmar Mendes, e 5253/BA, Relator o Ministro Dias Toffoli, também foi declarada a inconstitucionalidade de leis estaduais que obrigaram as prestadoras dos serviços de telecomunicações a bloquear os sinais de telefonia móvel.

Logo, as cinco Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI's 5327/PR, 5356/MS, 3835/MS, 5253/BA e 4861/SC) aqui referidas foram julgadas pelo Supremo Tribunal Federal no dia 03 de agosto de 2016.

No mérito, por maioria, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade das referidas leis dos Estados do Paraná, Bahia, Santa Catarina e Mato Grosso do Sul. Foram vencidos, entretanto, os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber.

Nos termos do acórdão majoritário, seguidos dos votos dos Ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio e Gilmar Mendes, o fundamento predominante na jurisprudência do Supremo Tribunal de que compete à União legislar privativamente sobre telecomunicações, é suficiente para declarar a inconstitucionalidade de leis estaduais que impõem a obrigação de restrição à transmissão do sinal de telefonia celular pela prestadora de serviço de telecomunicações.

Nesse sentido, em seu voto, o Min. Gilmar Mendes lembrou:

O “Supremo Tribunal Federal tem firme entendimento no sentido da impossibilidade de interferência do Estado-membro nas relações jurídicas entre a União e as prestadoras dos serviços de telecomunicações.”

Diferentemente, o voto dissidente do Min. Edson Fachin seguiu o caminho de maior descentralização da competência legislativa, justamente em busca do federalismo cooperativo, em detrimento do federalismo de integração em favor da União.

O voto do Min. Roberto Barroso foi no sentido de que a questão trata dos temas de segurança pública e matéria penitenciária, cujas competências, do art. 23, da Constituição, são compartilhadas pela União e pelos Estados-membros.

Ou seja, dependendo do enquadramento constitucional do tema (escolha do fundamento jurídico), a conclusão sobre o conflito é diferente. Os votos dissidentes da maioria dos Ministros representam uma alternativa talvez para o futuro, em termos de interpretação constitucional do tema.²²³

223 Para além da questão formal, a relevância do tema, em seu mérito, encontra-se associado aos riscos graves à segurança pública, decorrente da falta de controle da utilização de aparelhos celulares dentro dos estabelecimentos prisionais. A princípio, os estados-membros têm a responsabilidade sobre o con-

Também, os votos dissidentes apontam outra visão possível sobre a federação brasileira, com a preservação de maior autonomia dos Estados-membros, diante da centralização de poderes em mãos da União, com a melhor partilha das competências constitucionais entre a União, Estados e Municípios, em temas ligados a telecomunicações, com a priorização da segurança pública.²²⁴

Porém, até o momento, prevalece a conclusão pela inconstitucionalidade das leis estaduais sobre o tema da tecnologia de controle de celulares em estabelecimentos penais e centros de socioeducação, sob o fundamento da competência privativa da União para legislar sobre os serviços de telecomunicações.

18 OBRIGAÇÃO LEGAL DE PRESTADORA DO SERVIÇO DE TELEFONIA FIXA E MÓVEL A APRESENTAR INFORMAÇÕES SOBRE USUÁRIOS PARA FINS DE SEGURANÇA PÚBLICA

ADI 4401/MG – INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 18.721/2010, DO ESTADO DE MINAS GERAIS QUE DISPÕE SOBRE O FORNECIMENTO DE INFORMAÇÕES POR CONCESSIONÁRIA DE TELEFONIA FIXA E MÓVEL PARA FINS DE SEGURANÇA PÚBLICA - COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE TELECOMUNICAÇÕES - VIOLAÇÃO AO ART. 22, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO

trole dos estabelecimentos penais, em seus territórios. Daí a adequação de leis estaduais para resolver o problema do controle dos celulares nos presídios. Mas, não foi a conclusão majoritária do Supremo Tribunal Federal, ao fixar a competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações.

224 Sobre esta questão, a Lei Federal n. 10.792/2003, que modifica a Lei de Execução Penal, dispõe o seguinte: “Art. 4º. Os estabelecimentos penitenciários, especialmente os destinados ao regime disciplinar diferenciado, disporão, dentre outros equipamentos de segurança, de bloqueadores de telecomunicações para telefones celulares, radiotransmissores e outros meios, definidos no art. 60, §1º, da Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997”.

O Supremo Tribunal Federal, na **ADI 4401-MC/MG**,²²⁵ Relator o Ministro Gilmar Mendes, deferiu medida cautelar para suspender a eficácia da Lei do Estado de Minas Gerais que obriga as empresas prestadoras dos serviços de telefonia móvel a apresentar informações sobre a localização dos aparelhos celulares de seus usuários à polícia judiciária, por razões de segurança pública.

Nos termos do acórdão da medida cautelar:

“(...) a lei estadual, ao determinar o fornecimento de informações por concessionária de telefonia fixa e móvel à polícia judiciária do Estado de Minas Gerais para fins de segurança pública, dispôs sobre matéria de competência privativa da União. Está presente, portanto, a plausibilidade jurídica do pedido, consistente na violação do art. 22, IV, da Constituição da República.”

O Supremo Tribunal Federal, portanto, em liminar, entendeu pela competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações, daí a aparente inconstitucionalidade da lei estadual que obriga a apresentação de informações sobre localização de aparelhos celulares por ofender o art. 22, inc. V, da Constituição Federal.²²⁶

O fundamento jurídico para a declaração de inconstitucionalidade da referida lei estadual que obriga as prestadoras do serviço de telecomunicações a informar sobre localização de aparelhos celulares é a questão do vício de competência formal para legislar sobre o tema. Evidente que a questão tangencia a segurança pública, daí a obrigação da União em legislar sobre este tema de ampla relevância nacional.

225 Fundamentação Constitucional: Arts. 1º, caput; 5º, incs. X, XII, e LIV; 21, inc. I; 22, caput e inc. IV; 175, parágrafo único, incs. I e II. Dispositivo Legal Questionado: Arts. 1º ao 4º, da Lei nº 18.721, de 13 de janeiro de 2010, do Estado de Minas Gerais. Requerente: TELCOMP – Associação Brasileira das Prestadoras de Serviços de Telecomunicações Competitivas. Julgamento Plenário: Em 23.06.2010, o STF, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, concedeu a liminar. Acórdão publicado no DJ 185 de 01.10.2010.

226 Até o fechamento da edição deste livro, não julgado o mérito da referida ADI 4401/MG.

Há também em trâmite, sobre tema semelhante, a ADI 5040/PI, Rel. Min. Rosa Weber, em que se impugna Lei nº 6.336/2013 do Estado do Piauí, que obriga as empresas prestadoras do serviço de telefonia móvel a informar aos órgãos de Segurança Pública dados necessários para a localização de telefones celulares e cartões SIM que tenham sido objeto de furto, roubo e latrocínio ou na utilização de atividades criminosas.

Argumenta-se que a referida lei estadual ofende a competência privativa da União para legislar sobre os serviços de telecomunicações. Até o momento da conclusão deste livro, o pedido de liminar não havia sido apreciado pelo Supremo Tribunal Federal.

19 OBRIGAÇÃO LEGAL DE ENVIO DE CONTRATOS DE ADESÃO DAS EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES PARA OS CONSUMIDORES POR CARTA REGISTRADA

ADI 5568/PB – INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 10.572/2015, DO ESTADO DA PARAÍBA, QUE OBRIGA AS PRESTADORAS DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES ENVIAR OS CONTRATOS DE ADESÃO PARA OS CONSUMIDORES POR CARTA REGISTRADA - COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE TELECOMUNICAÇÕES - VIOLAÇÃO AO ART. 22, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO

Na **ADI 5568/PB**²²⁷, Relator originário o saudoso Ministro Teori Zavascki, atual Relator o Min. Alexandre de Moraes, o Supremo Tribunal Federal analisa o

227 Fundamentação Constitucional: Arts. 21, inc. XI; 22, inc. IV e 175. Dispositivo Legal Questionado: Lei nº 10572, de 24 de novembro de 2015, do Estado da Paraíba. Requerentes: ABRAFIX – Associação Brasileira de Concessionárias de Serviços Telefônico Fixo Comutado e Associação das Operadoras de Celulares - ACEL.

pedido cautelar requerido pela Associação das Operadoras de Celular (Acel) e pela Associação Brasileira de Concessionárias de Serviço Telefônico Fixo Comutado (Abrafix) em que se discute a inconstitucionalidade da Lei nº 10.572/2015, do Estado da Paraíba.

Esta lei estadual determina que as prestadoras de serviços de telecomunicações enviem, obrigatoriamente, os contratos de adesão para os consumidores por carta registrada.

Em discussão, a competência privativa da União em legislar privativamente sobre os serviços de telecomunicações. O caso é semelhante aos demais casos em que há a declaração da inconstitucionalidade da lei estadual, sob o fundamento da competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações.²²⁸

Nesta ADI, o Ministério Público Federal sustenta a ilegitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade de entidades que representem apenas segmentos de categoria econômica afetados pela norma (esta questão da legitimidade é tratada em item específico neste livro). Também, concluiu pela inconstitucionalidade por usurpação de competência material e legislativa da União, da lei estadual que impõe dever a prestadora do serviço de telecomunicações.

Como já referido anteriormente, na visão pessoal do autor deveria prevalecer a interpretação ampla do sentido e do alcance da expressão do art. 103, inc. IX, da Constituição, sobre a entidade de classe de âmbito nacional, em conformidade com o princípio do amplo acesso à plena jurisdição, seja para associações empresariais ou para associações de consumidores.

Destaca-se, ainda, quanto à obrigação da prestadora de serviço de telecomunicações, que a matéria em questão, no âmbito da regulação setorial da Anatel, é tratada no artigo 51 da Resolução nº 632/2014, que dispõe:

228 Até a conclusão deste livro, não houve julgamento da cautelar da ADI 5568/PB.

“Art. 51. Na contratação, a Prestadora deve entregar ao Consumidor o contrato de prestação do serviço e o Plano de Serviço contratado, bem como demais instrumentos relativos à oferta, juntamente com login e senha necessários a acesso ao espaço reservado ao Consumidor na página da Prestadora na internet, quando for o caso.

§ 1º Caso a contratação de algum serviço de telecomunicações se dê por meio do Atendimento Remoto, a Prestadora deve enviar ao Consumidor, por mensagem eletrônica ou outra forma com ele acordada, os documentos mencionados no caput.”

A seguir, a análise outro tema relevante apreciado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

20 OBRIGAÇÃO LEGAL DE ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS QUE VENDEM CHIPS E APARELHOS CELULARES DE DISPONIBILIZAR PARA CONSUMIDOR MAPA DEMONSTRATIVO DE QUALIDADE DO SINAL DE TELECOMUNICAÇÕES POR MUNICÍPIO

ADI 5570/PE – LEI ESTADUAL – VENDA DE CHIPS E APARELHOS CELULARES OBRIGAÇÃO PARA ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS - FORNECIMENTO DE MAPA DEMONSTRATIVO QUALIDADE DO SINAL DE CELULAR POR MUNICÍPIO – INCONSTITUCIONALIDADE – COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE O TEMA

Na **ADI 5570/PE**²²⁹, Relator o Ministro Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal analisa o pedido cautelar requerido pela Associação das Operadoras de Celular (Acel) em que se discute a inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 15.637/2015, do Estado de Pernambuco.

Esta lei estadual determina que os estabelecimentos comerciais que vendem chips e aparelhos celulares devem disponibilizar ao consumidor um mapa demonstrativo, por município, da qualidade do sinal do serviço veiculado pelo chip.

Embora a legislação trazida na ADI repercute diretamente a estabelecimentos que vendem chips e aparelhos celulares, e não propriamente sobre as empresas prestadoras de serviço de telecomunicações, a questão, por via reflexa, interessa ao Direito da Comunicação.

É importante a fixação da responsabilidade em assegurar o direito à informação para o consumidor dos serviços e produtos de telecomunicações. Se não for do estabelecimento comercial que vende os chips e aparelhos celulares, ao que parece, a responsabilidade é da empresa que oferta o serviço móvel pessoal aos consumidores.²³⁰

Em discussão, além do princípio da livre iniciativa, a competência da União em legislar privativamente sobre os serviços de telecomunicações.

Da análise dos *precedentes*, há forte probabilidade de o Supremo Tribunal Federal de que seja deferida cautelar para suspender os efeitos da lei estadual

229 Fundamentação Constitucional: Arts. 21, inc. XI; 22, inc. IV e 175. Dispositivo Legal Questionado: Lei nº 15637, de 29 de outubro de 2015, do Estado da Pernambuco. Requerente: Associação das Operadoras de Celulares - ACEL.

230 Sobre o tema, o Código de Defesa do Consumidor define as regras em proteção ao direito à informação dos consumidores, no âmbito das ofertas de produtos e serviços na publicidade comercial, contratação e contratos de consumo.

de Pernambuco, sob o fundamento da competência privativa da União para legislar sobre serviços de telecomunicações.²³¹

21 COBRANÇA DE TAXA PARA SEGUNDO PONTO DE ACESSO AOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES E INTERNET

**ADI4083/DF – SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES – INTERNET
- COBRANÇA DE TAXA PARA O SEGUNDO PONTO DE ACESSO -
ART. 21, INC. XI, E 22, INC. IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA
- COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE
TELECOMUNICAÇÕES - INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL
DA LEI DISTRITAL N. 4.116/2008**

Na **ADI 4083/DF**,²³² Relatora a Min. Cármen Lúcia, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade de lei distrital que trata da cobrança de taxa para segundo ponto de acesso aos serviços de telecomunicações e internet. Nos termos da lei distrital, “fica proibida a cobrança de taxas adicionais fixas ou variáveis para instalação e uso de acesso à internet a partir do segundo ponto de acesso, pela mesma empresa provedora, em residências, escritórios de profissionais liberais ou micro e pequenas empresas.”

231 Até a conclusão deste livro, não houve julgamento da cautelar da ADI 5570/PE. Sobre o tema, registre-se a existência da regulação setorial sobre a matéria, representada pelos regulamentos da Anatel. Neste aspecto, a Resolução n. 632, de 7 de março de 2014, que aprova o Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações – RGC.

232 Fundamentação Constitucional: Arts. 1º; 21, inc. XI; 22, inc. IV. Dispositivo Legal Questionado: Lei Distrital nº 4116, de 07 de abril de 2008, que dispõe sobre proibição de cobrança de taxa extra por ponto adicional de instalação de uso de internet. Requerente: Governador do Distrito Federal. Julgamento Plenário: Em 25.11.2010, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, julgou procedente a ADI. Acórdão publicado no DJ 243 de 14.12.2010.

Na fundamentação do acórdão:

“Apenas a União pode estabelecer as formas de atuação das suas concessionárias e, portanto, definir os termos dos contratos com elas firmados.”

Sobre a defesa do direito ao consumidor, no caso, explica o voto condutor do acórdão:

“O bem primeiro, do consumidor e do cidadão em geral, é que cada ente federativo cumpra a Constituição, motivo pelo qual não pode quem não é parte na concessão definir obrigações para as concessionárias, ainda que ao argumento de defesa do consumidor.”

No caso do serviço de telefonia fixa, o fundamento é plausível porque há um contrato de concessão que estabelece relações entre o poder concedente e a empresa concessionária. Mas, diversamente, nos serviços de telefonia móvel, não há este tipo de regime de concessão, mas sim o de autorização. Daí porque a fundamentação há de estar adequada à regulação setorial.²³³

O Supremo Tribunal Federal, por isso, na ADI 4083/DF, reafirmou a tese da competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações. Na conclusão, nem mesmo o argumento da defesa do consumidor autoriza a lei distrital impor a concessionária federal obrigações não previstas em contrato de concessão celebrado com a União.

233 A propósito, o Projeto de Lei da Câmara (PLC) n. 79/2016 trata da mudança da lei geral de telecomunicações, para permitir a Anatel a substituição do regime da concessão do serviço de telecomunicações para o regime de autorização. Veja-se tópico específico neste livro.

22 OBRIGAÇÃO LEGAL DAS PRESTADORAS DE TELEFONIA FIXA E MÓVEL DE MANTER CADASTRO ESPECIAL DE ASSINANTES PARA VENDAS POR TELEMARKETING

ADI 3959/SP – INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 12.239/2006 DO ESTADO DE SÃO PAULO QUE CRIA OBRIGAÇÕES PARA EMPRESAS PRESTADORAS DO SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES - OBRIGA AS COMPANHIAS OPERADORAS DE TELEFONIA FIXA E MÓVEL A CONSTITUÍREM CADASTRO ESPECIAL DE ASSINANTES DO SERVIÇO INTERESSADOS NO SISTEMA DE VENDA POR MEIO DE TELEMARKETING – COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO FEDERAL PARA SOBRE O SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES (CF, ART. 22, IV), BEM COMO A SUA EXPLORAÇÃO (CF, ART. 21, XI, CF)

O tema referente à obrigação de criação de cadastro especial de assinantes pelas empresas de telefonia fixa e móvel para disponibilização de serviços de venda por meio de telemarketing foi objeto de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, ao analisar a inconstitucionalidade de lei do Estado de São Paulo.

Na **ADI 3959/SP**,²³⁴ Relator o Min. Roberto Barroso, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade da lei estadual que obrigava as companhias operadoras de telefonia móvel e fixa a constituírem cadastro especial de assinantes interessados no sistema de venda por meio de telemarketing.

O Supremo Tribunal Federal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação direta, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 12.239, de 23 de janeiro de 2006, do Estado de São Paulo. Está no acórdão:

²³⁴ Fundamentação Constitucional: Arts. 21, inc. XI e 22, inc. IV. Dispositivo Legal Questionado: Lei Estadual de São Paulo nº 12.239, de 23 de janeiro de 2006. Requerente: Governador do Estado de São Paulo. Julgamento Final Plenário: Em 20.04.2016. Publicado no DJ 11.05.2016.

“Por conseguinte, o Estado não possui competência para editar normas como a lei objeto desta ação direta, que sequer trata de direito do consumidor, tal como alegado, até porque a figura do consumidor não se confunde com a figura do usuário de serviço público. De fato, os direitos dos usuários do serviço público de telecomunicações encontram-se sujeitos ao poder regulamentar federal. Trata-se de entendimento já consolidado no âmbito deste Supremo Tribunal Federal.”

Em síntese, conforme entendimento já consolidado, o Supremo Tribunal Federal concluiu que a legislação local que obriga as empresas de telefonia fixa e móvel a adotarem cadastros de pessoas interessadas em vendas por telemarketing é inconstitucional porque invade a competência privativa da União para legislar sobre serviços de telecomunicações.²³⁵

23 OBRIGAÇÃO LEGAL DE CADASTRAMENTO DE COMPRADORES DE APARELHOS CELULARES

ADI 5608/SP – LEI 16.269/2016 – ESTADO DE SÃO PAULO – OBRIGATORIEDADE – CADASTRAMENTO CONSUMIDORES – COMPRA DE CHIP DE TELEFONIA MÓVEL – PRÉ PAGA - ALEGAÇÃO DA COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES

O tema do cadastramento obrigatório dos dados pessoais dos compradores de aparelhos de celular é objeto da ADI 5608/SP.

235 A propósito, a regulação setorial dos serviços de telecomunicações, adotada pela Anatel, prevê restrições à atividade de marketing nos serviços de telefonia fixa e móvel pessoal, em proteção aos direitos dos respectivos usuários.

Na ADI 5608/SP, Rel. Min. Celso de Mello, alega-se que a lei estadual ofende os artigos 21, inc. XI e 22, inc. V, da Constituição, ao invadir a esfera de competência legislativa privativa da União para legislar sobre os serviços de telecomunicações.²³⁶

A Lei n. 16.269/2016 do Estado de São Paulo obriga na comercialização de aparelho de telefonia móvel celular, de rádio ou similar, de chip de telefonia móvel, na modalidade pré-paga, a realização do cadastro do consumidor, com identificação do nome, endereço, número de autenticação do chip, número do documento de identidade, CPF, CNPJ.

Para além da questão formal sobre a competência legislativa para tratar da questão, o tema é relevante na perspectiva da segurança pública, na medida que possibilita o controle sobre os aparelhos celulares ofertados pelos agentes econômicos aos consumidores. O propósito da lei estadual é efetuar o controle da identificação dos proprietários de aparelhos celulares para preventivamente evitar o cometimento de abusos no cometimento de práticas ilícitas.

Em debate, de um lado, o fundamento da segurança pública, quanto ao controle e identificação dos consumidores de aparelhos celulares, razão para a edição da lei do Estado de São Paulo, de outro lado, o fundamento da competência privativa da União para legislar sobre serviços de telecomunicações.

236 Até o momento da conclusão deste livro, não havia sido apreciada a medida liminar requerida.

24 OBRIGAÇÃO LEGAL DA EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÕES DE LOCALIZAR APARELHOS CELULARES

ADI 4739/DF - LEI ESTADUAL – OBRIGAÇÃO - PRESTADORAS DE SERVIÇO DE TELEFONIA MÓVEL – INFORMAR LOCALIZAÇÃO DE APARELHOS CELULARES – SEM ORDEM JUDICIAL - INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL - DIREITO À PRIVACIDADE DOS USUÁRIOS DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES

Na ADI n. 4739²³⁷, Rel. Min. Marco Aurélio, há a impugnação da Lei do Estado de Rondônia que obriga as prestadoras do serviço de telefonia móvel a informar a localização dos aparelhos celulares utilizados pelos usuários.

No acórdão que deferiu a liminar para suspender os efeitos da referida lei estadual, ficou consignado:

“Neste caso, a lei atacada cuida de tema ligado a direito penal e processual penal, porquanto confere poderes de requisição à polícia judiciária do Estado para fins de investigação criminal. A prática, certamente, repercute na esfera privada dos clientes e, de acordo com a previsão, independe de decisão judicial. Se quiser obstar o fornecimento, o usuário terá de formalizar declaração expressa, o que acarretará a redução da privacidade de milhares de usuários em virtude de eventual inércia. Deixo de analisar esse ponto mais a fundo, ante a manifesta inconstitucionalidade formal do ato questionado.”

Em destaque, a menção no voto ao direito à privacidade dos usuários dos serviços de telefonia móvel, em relação a não localização de seu aparelho celular, sem a

237 Fundamentação constitucional: Arts. 5º, incisos X e XII, 24, inc. XI, 22 inc. IV, 175, parágrafo único, incisos I e II, da Constituição. Requerente: Telcomp - Associação Brasileira das Prestadoras de Serviços de Telecomunicações Competitivas. Lei impugnada: Lei nº 2.559/2011 do Estado de Rondônia, Rel. Min. Marco Aurélio. Sobre o tema, há caso análogo na ADI 5040, Rel. Min. Min. Rosa Weber, ainda não julgada pelo STF.

necessária ordem judicial de quebra do direito ao sigilo de seus dados pessoais, aí incluída sua localização pessoal.

O direito à privacidade do usuário do serviço móvel pessoal (telefone celular), principalmente a sua respectiva localização, encontra-se protegido no âmbito da Constituição e da legislação setorial. Mas, evidente que existem sérios riscos e ameaças a este direito à privacidade do usuário do serviço móvel pessoal, inclusive diante das próprias empresas de telecomunicações e de internet que oferecem seus serviços aos consumidores. São claros os benefícios das tecnologias de geolocalização, mas também há riscos à privacidade e à própria segurança pessoal dos usuários/consumidores.

Para além deste fundamento, o Min. Relator invocou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade formal das leis estaduais e distritais que interferem em serviços de telecomunicação, para deferimento de liminar para suspender os efeitos da lei estadual.

Em parecer, o MPF destaca a inconstitucionalidade formal da referida lei estadual, por ofensa ao art. 22, IV, da Constituição; porém, ressalta a inexistência de inconstitucionalidade material por alegada afronta ao direito à privacidade e ao sigilo das comunicações (art. 5º, X e XII, da Constituição). Daí a conclusão do parecer no sentido da procedência da ação direta de inconstitucionalidade por inconstitucionalidade formal, nestes termos:

“O fornecimento à polícia criminal e ao Ministério Público de dados relativos à localização de aparelhos celulares constitui medida adequada à finalidade de permitir a identificação do proprietário da linha telefônica e obter outras informações relevantes para instruir inquérito policial e subsidiar a opinião delicti”. (...) Portanto, a Lei 2.569/2011, do ponto de vista material, não afronta a inviolabilidade do sigilo de dados, porquanto apenas delimita hipótese de relativização proporcional desse direito, no intuito de localizar aparelhos

telefônicos e fornecer tais informações à polícia criminal e ao Ministério Público, com o fito de garantir a segurança pública”.

Em síntese, a liminar do Supremo Tribunal Federal determinou a suspensão da eficácia da lei estadual que obriga a identificação da localização dos aparelhos celulares, sob o fundamento da competência privativa da União para legislar sobre o tema, bem como adicionalmente, sob o fundamento do direito à privacidade dos usuários dos serviços de telecomunicações.

25 IMPOSIÇÃO ÀS EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES DA OBRIGAÇÃO DE INFORMAR DADOS DOS PROPRIETÁRIOS DE LINHAS TELEFÔNICAS NOS CASOS DE ACIONAMENTO INDEVIDO DOS SERVIÇOS DE EMERGÊNCIA

ADI 4924/PR-IDENTIFICAÇÃO DOS PROPRIETÁRIOS DE LINHAS TELEFÔNICAS - LEI ESTADUAL - INCONSTITUCIONALIDADE - OBRIGAÇÃO DAS EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES - HIPÓTESES DE ACIONAMENTO ABUSIVO DOS SERVIÇOS DE EMERGÊNCIA - COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES

Na ADI 4924/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, impugna-se a constitucionalidade da Lei nº 17.107/2012 do Estado do Paraná que obriga as empresas de telecomunicações a informar dados do proprietário de linha telefônica nos casos de acionamento indevido dos serviços de emergência, sob pena de aplicação de multa. Como fundamento principal da ADI a ofensa à competência privativa da União para legislar sobre os serviços de telecomunicações, bem como os direitos à privacidade e ao sigilo das comunicações.²³⁸

²³⁸ ADI 4924, Requerente: Associação Nacional das Operadores de Celulares - ACEL, Interessado: Assembleia Legislativa do Paraná, Fundamentação constitucional: Art. 22, inc. IV, da Constituição.

Em parecer, o Ministério Público Federal entendeu pela inconstitucionalidade formal do art. 2º, *caput*, parte final e, §1º, da Lei Estadual nº 17.1072/2102, diante da usurpação da competência da União para legislar sobre telecomunicações.

Ou seja, o Estado-membro da Federação editou lei estadual para buscar a identificação do titular do serviço de telefonia, nas hipóteses de abusos no acionamento dos serviços públicos de emergência. Mas, esta lei estadual foi impugnada sob o fundamento de vício formal quanto à competência federal para legislar sobre o tema.

O tema envolve o conflito entre a lei do Estado do Paraná e a Constituição Federal, no aspecto da competência privativa da União para legislar sobre o serviço de telecomunicações.

Até o momento da conclusão deste livro, não houve apreciação do pedido de liminar na referida ADI.

26 SERVIÇOS POR SATÉLITES. COMERCIALIZAÇÃO DA CAPACIDADE SATELITAL. CHAMAMENTO PÚBLICO DE CONTRATAÇÃO DE EMPRESA. IMPUGNAÇÃO DE EDITAL DA EMPRESA TELECOMUNICAÇÕES BRASILEIRAS S/A – TELEBRAS

**ADPF 450 - COMERCIALIZAÇÃO DO DIREITO DE USO DA CAPACIDADE DE SATÉLITES - EDITAL TELEBRAS - CABIMENTO
ADPF - OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE (ART. 37) -
EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADE ECONÔMICA PELA UNIÃO NA
HIPÓTESE DE RELEVANTE INTERESSE COLETIVO (ART. 173) -
INTERPRETAÇÃO CONFORME O TEXTO CONSTITUCIONAL DA
LEI FEDERAL Nº 5.792/1972**

Na ADPF n. 450, Rel. Min. Dias Toffoli, defende-se que o edital da Telebras n. 1/2017, de chamamento público para comercialização de capacidade de satélites, para fins de defesa e comunicações estratégicas, ofende os artigos 37 e 173 da Constituição. De início é esclarecido o cabimento da ADPF para o controle do ato não normativo ofensivo do texto constitucional.

A parte autora argumenta que a prestação do serviço de satélite serve ao propósito da execução da política pública de massificação do acesso a serviços de conexão à internet em banda larga, nos termos do Decreto nº 7.175/2010. Ainda, que, em parecer, a Anatel concluiu pela inexigibilidade de licitação na hipótese, em razão da exclusividade de utilização pela Telebrás, de exploração do serviço de satélite.

Como fundamento principal, a tese da competência legal da Telebras, nos termos da Lei nº 5.792/1972, para explorar o serviço público de telecomunicações, na modalidade satélites. Daí o pedido de interpretação do inciso VII, da Lei n. 5.792/1972, conforme o *caput* dos artigos 37 e 173 da Constituição, com a declaração da nulidade do Edital de Chamamento Público n. 1/2017 da Telebras.

Superando-se a questão do cabimento da ADPF, a questão principal de mérito apresentada ao Supremo Tribunal Federal é saber se o ato da Telebras, representado pelo Edital de Chamamento Público para exploração do direito de uso da capacidade satelital, é ofensivo a preceito fundamental que prevê a exploração econômica pelo Estado, na hipótese de relevante interesse coletivo (art. 173). Também, saber se o referido ato impugnado é ofensivo ao princípio da legalidade, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, o qual vincula as empresas estatais.²³⁹

Destaque-se o tema referente à exploração de satélites é objeto da ADI 1491/DF. Neste caso, o Supremo Tribunal Federal debateu a respeito da natureza jurídica do serviço de satélites. A medida cautelar foi indeferida, sob o fundamento da

239 Até o momento da conclusão deste livro, o pedido de liminar não havia sido apreciado pelo STF.

constitucionalidade do regime privado adotado na regulação dos serviços por satélites, bem como a inexigibilidade de licitações para outorga destes serviços.²⁴⁰ Ou seja, o serviço de satélite é espécie de atividade econômica, sob o regime da livre iniciativa, não é espécie de serviço público.

27 COBRANÇA DE PULSOS DE TELEFONIA FIXA ALÉM DA FRANQUIA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 274

SERVIÇOS TELEFONIA - COBRANÇA DE PULSOS ALÉM DA FRANQUIA - MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL - JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA NA CORTE - INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA.

Em relação à cobrança de pulsos além da franquia o Supremo Tribunal Federal, no AI 777749/MG,²⁴¹ Relator o Min. Presidente Gilmar Mendes, decidiu que o tema é infraconstitucional, daí porque não possui repercussão geral.

Vale dizer, o tema referente à cobrança de pulsos além da franquia nos contratos de telefonia fixa não contém questão constitucional, apenas infraconstitucional.

Na Questão de Ordem quanto à apreciação do Tema 274, ficou assentado:

“a) não reconhecer a existência de repercussão geral da questão relacionada à cobrança de pulsos além da franquia; b) reafirmar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de equiparar o reconhecimento da infraconstitucionalidade à inexistência de repercussão da matéria; c) não conhecer do presente recurso extraordinário”.

²⁴⁰ Em termos da regulação setorial, Anatel não classifica o serviço de satélite como espécie de serviço de telecomunicações.

²⁴¹ Fundamentação Constitucional: Arts. 102; inc. III, § 3º; art. 109 e Emenda Constitucional n. 45/2004. Agravante: Telemar Norte Leste S/A. Agravado: João Antônio da Silva Pereira. Julgamento Plenário: Em 14.04.2010.

Segundo o Min. Relator Gilmar Mendes:

“Ora, se se chega à conclusão de que não há questão constitucional a ser discutida, por estar o assunto adstrito ao exame da legislação infraconstitucional, por óbvio falta ao caso elemento de configuração da própria repercussão geral”.

Vale destacar que, anteriormente, no RE 561574/PE, Rel. Min. Marco Aurélio, num primeiro momento o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral do tema referente à cobrança de pulsos além da franquia (Tema 17). Eis a ementa: “Telecomunicações - Cobrança de pulsos - discriminação. Surge com repercussão maior definir a possibilidade de cobrança de ligações telefônicas sem a especificação dos pulsos a excederem o valor cobrado a título de franquia”. Porém, aqui também, em questão de ordem foi reconhecida a inexistência de repercussão geral. Porém a questão da competência da Justiça Estadual, também constante do Tema 17, teve tese fixada (vide itens seguintes).

Enfim, a posição mais recente do Supremo Tribunal Federal é no sentido de inexistência de repercussão geral do tema sobre a cobrança e/ou discriminação de franquia de pulsos nos serviços de telefonia fixa.

Tributação do setor de telecomunicações²⁴²

28 INCONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA POR MUNICÍPIO DE TAXA DE LICENCIAMENTO DE ESTAÇÃO RÁDIO-BASE DE TELECOMUNICAÇÃO. REPERCUSSÃO. TEMA 919

RE 776594/SP - TEMA 919 - LICENCIAMENTO – ESTAÇÕES DE RADIOCOMUNICAÇÕES – REPERCUSSÃO GERAL – COBRANÇA DE TAXA POR MUNICÍPIO

O Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 776594/SP, Rel. Min. Luiz Fux, reconheceu, por maioria, a repercussão geral referente à cobrança de taxa de fiscalização de licença para o funcionamento das torres e antenas de transmissão e recepção de dados e voz (estações rádio-base).²⁴³

A jurisprudência em construção, delimitada pelo Tema 919 com Repercussão Geral tem a seguinte redação:

“Competência tributária municipal para a instituição de taxas de fiscalização em atividades inerentes ao setor de telecomunicações, cuja competência legislativa e para exploração é exclusiva da União”.

O recurso extraordinário foi interposto contra acórdão de Tribunal local que denegou mandado de segurança impetrado contra ato de cobrança da taxa de fiscalização de torres de telefonia celular. O fundamento principal: não configuração de invasão à competência da União para legislar sobre telecomunicações.

²⁴² Em questão não propriamente relacionada ao setor de telecomunicações, há o RE n. 581.375, Rel. Min. Celso de Mello, Agte: Paramount Home Entertainment Brasil Ltda e outro, Agdo: Agência Nacional do Cinema, de 04.12/2012, o STF decidiu pela validade constitucional da contribuição social de intervenção no domínio econômico destinada ao setor cinematográfico, eis que é desnecessária a vinculação direta entre o contribuinte e a destinação das receitas tributárias arrecadadas.

²⁴³ Vencidos os Ministros Cármen Lúcia, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Nos termos do acórdão recorrido: “No caso, o referido poder de polícia ocorreu, pois a exigência de taxa está fundada na fiscalização da ocupação do solo por torres e antenas (LM 2.344/2066, fls. 4), fato este que restou evidenciado”.²⁴⁴ E: “Assim, entendendo que, embora a Anatel realize a cobrança de taxa incidente sobre os serviços de telecomunicações, o v. acórdão asseverou ter ocorrido poder de polícia por parte do Município a legitimar a cobrança da taxa”.

O tema envolve a cobrança da taxa municipal no exercício do poder de polícia do município sobre as estações de radiocomunicação. Debate-se o limite da competência tributária dos municípios em matéria afeta aos serviços/atividades de telecomunicações, daí a controvérsia em torno da interpretação do artigo 22, inciso IV, e artigo 30, incisos I, II e VIII, da Constituição Federal. Os referidos dispositivos constitucionais versam sobre competência legislativa:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão

Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

(...)

VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano

No acórdão que reconheceu a repercussão geral a questão constitucional foi assim desenhada:

“A questão posta à apreciação deste Supremo Tribunal Federal é, portanto, eminentemente, constitucional e cinge-se aos limites da competência tributária

²⁴⁴ O acórdão recorrido foi proferido na Apelação Cível com revisão 715.937-5/2-00. TJ/SP, Rel. Desembargador Rodrigues de Aguiar.

dos municípios para instituição de taxas quando se trata de atividade cuja competência legislativa e para a exploração, direta ou indireta, é exclusiva da União, como é o caso das atividades inerentes ao setor de telecomunicações”.²⁴⁵

E, ainda, no voto, o Relator pontua a diferença com a questão decidida no RE 581947:

“In casu, diferentemente do que ocorreu no RE 581.947, não se analisa a constitucionalidade de uma taxa instituída com base apenas no uso e na ocupação do solo urbano, mas sim, de taxa de polícia, instituída com base na competência fiscalizatória dos Municípios em relação a assuntos de interesse local, que acaba por gravar atividade sujeita à competência legislativa da União”.

E, por fim:

“Registre-se, ainda, que o pano de fundo da presente discussão diz respeito a um conflito federativo de competência - entre União e Municípios -, cujos contornos consubstanciam questão afeta a todos os entes da Federação, a merece análise de mérito pelo Plenário deste Tribunal”.

Desta forma, o acórdão que reconheceu a repercussão geral bem alinha a questão constitucional em pauta: “não se analisa a constitucionalidade de uma taxa instituída com base apenas no uso e na ocupação do solo urbano, mas, sim, de taxa de polícia, instituída com base na competência fiscalizatória dos Municípios em relação a assuntos de interesse local, que acaba por gravar atividade sujeita à competência legislativa da união”.

Os municípios têm a competência para o licenciamento, mediante o devido processo administrativo, das estações de radiocomunicação das empresas de telecomunicações. Porém, em debate, no Supremo Tribunal Federal a competência tributária do município para instituir taxa em razão do *fato*

245 CF, arts. 21, inc. XI, e 22, inc. IV.

gerador consubstanciado no licenciamento da estação de radiocomunicação, em decorrência do exercício do tradicional poder de polícia, sob o fundamento do art. 145, inc. II, da Constituição.

Certamente, os municípios não possuem competência para fiscalizar os serviços de telecomunicações, matéria sob reserva da competência da União. Mas, os municípios possuem a competência para fiscalizar as estações de radiocomunicações, nos aspectos do seu respectivo licenciamento nos termos da legislação local. Daí a possibilidade, no exercício do denominado poder de polícia, de aplicar sanções pelo descumprimento da lei local.

A propósito deste tema, importante considerar que a Lei Federal n. 13.116/2015 que aprova as Normas Gerais para implantação e compartilhamento das Infraestruturas de Redes de Telecomunicações estabelece que: “a regulamentação e a fiscalização de aspectos técnicos das redes e dos serviços de telecomunicações é competência exclusiva da União, sendo vedado aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal impor condicionamentos que possam afetar a seleção de tecnologia, a topologia das redes e qualidade dos serviços prestados” (art. 4º, inc. II). E, ainda, “aos entes federados compete promover a conciliação entre as normas ambientais, de ordenamento territorial e de telecomunicações” (art. 4º, inc. VII).²⁴⁶

Além destes aspectos, a referida lei trata dos princípios aplicáveis ao licenciamento para a instalação de infraestrutura e de redes de telecomunicação sem área urbana (art. 5º): I - razoabilidade e proporcionalidade; II - eficiência e celeridade; III - integração e complementaridade entre as atividades de instalação de infraestrutura de suporte e de urbanização; IV - redução do impacto paisagístico da infraestrutura de telecomunicações, sempre que tecnicamente possível e economicamente viável.

²⁴⁶ Também, a Lei Federal n. 13.116/2015 modifica o Estatuto da Cidade para incluir o seguinte dispositivo: “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico, transportes urbanos e infraestrutura de energia e telecomunicações”.

Em outras palavras, a lei federal, por óbvio, segue o modelo constitucional de repartição de competências federativas. Reconhece a competência da União quanto aos aspectos técnicos dos serviços de telecomunicações e aos municípios a questão do ordenamento territorial quanto ao uso e ocupação do solo urbano.

Além disto, a mesma lei, ao modificar dispositivo da Lei Geral de Telecomunicações, preceitua: “A concessão, permissão ou autorização de serviço de telecomunicações não isenta a prestadora do atendimento às normas de engenharia e às leis municipais, estaduais ou distritais relativas à construção civil” (art. 74).

As normas gerais, previstas na referida lei federal, não tem o efeito de afastar a competência municipal quanto à instituição e arrecadação de tributos de sua competência, nos termos do art. 30, inc. III, da Constituição.²⁴⁷ Em discussão, a autonomia dos municípios para, com fundamento na referida competência tributária constitucional, instituir e cobrar taxas em razão da fiscalização das estações de rádio-comunicação, para além do aspecto técnico da telecomunicação e da perspectiva da disciplina do uso e ocupação do seu território.

Ao que parece, a competência privativa da União para legislar e explorar os serviços de telecomunicações, prevista no art. 22, IV da Constituição Federal, não tem o condão de esvaziar o sentido e o alcance da competência dos municípios para instituir taxas em razão do poder polícia sobre infraestruturas urbanas dentro do seu território. Deste modo, respeitando-se o quadro de competências constitucionais, a União e Anatel tem competência para instituir taxas sobre a fiscalização dos serviços de telecomunicações, assim como os municípios têm competência para instituir taxas em razão do efetivo exercício do poder de polícia.

Assim, em debate, a constitucionalidade da instituição de taxa municipal de fiscalização sobre as estações de rádio-comunicação, sob o fundamento da

²⁴⁷ Por outro lado, a título ilustrativo, a Lei Federal n. 13.116/2015 proíbe a exigência de contraprestação em razão do direito de passagem em vias públicas, em faixas de domínio e em outros bens públicos de uso comum do povo.

competência dos municípios quanto ao licenciamento das estações rádio-base de comunicações.²⁴⁸

29 DECRETO 640/1962 DO CONSELHO DE MINISTROS. SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. CLASSIFICAÇÃO COMO INDÚSTRIA BÁSICA PARA FINS DE INCIDÊNCIA DO ICMS

ADPF 427/DF – DECRETO DE CONSELHO DE MINISTROS SOBRE DEFINIÇÃO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES COMO INDÚSTRIA BÁSICA, PARA EFEITO DE APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS DE ICMS NO CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA - ADCT - ART. 47, §1º - AUTONOMIA LEGISLATIVA DOS ESTADOS-MEMBROS - DECISÃO DO STJ SOB REGIME DOS RECURSOS REPETITIVOS

Na ADPF n. 427/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, debate-se a compatibilidade do Decreto nº 640/1962 do Conselho de Ministros, de 2 de março de 1962 e a Constituição Federal, em especial os preceitos relativos ao pacto federativo, à autonomia dos Estados federados e à repartição das competências tributárias. Ainda, decisão firmada pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1201635/MG, sob regime dos recursos repetitivos.

Referido Decreto nº 640/1962, no art. 1º, prevê que os serviços de telecomunicações consideram-se como *indústria básica*. Esta definição normativa gera o direito ao

248 Ainda conforme a Lei Federal n. 13.116/2015, estação transmissora de radiocomunicação é: “conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de comunicação, incluindo seus acessórios e periféricos, que emitem radiofrequências, possibilitando a prestação dos serviços de telecomunicações” (art. 3º, V).

aproveitamento de créditos de ICMS no consumo de energia elétrica, pelas empresas de telecomunicações.²⁴⁹

Um dos temas levantados nesta ADPF é a de que a aplicação do Decreto nº 640/1962 do Conselho de Ministros, para fins de tributação do ICMS, constitui invasão indevida da União na competência tributária dos Estados-membros. Daí a suposta ofensa ao princípio da autonomia dos estados-membros e do princípio federativo, bem como à norma do art. 41, §1º, do ADCT da Constituição, que trata da revogação de benefícios fiscais concedidos anteriormente à Constituição, se não houver a validação por nova lei.

A outra questão é que o Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1201635/MG, sob regime dos recursos representativos da controvérsia, concluiu pelo direito ao aproveitamento de créditos de ICMS às empresas de telecomunicações. O Superior Tribunal de Justiça partiu da premissa da *validade* do art. 1º, do Decreto nº 640/1962²⁵⁰, “que equiparou os serviços de telecomunicações, para todos os efeitos legais, à indústria básica” e determinou “o creditamento de ICMS relativamente à energia elétrica utilizada nos serviços de telecomunicações”.

Daí o pedido na ADPF 427 para o sobrestamento de todas as ações judiciais que tratem da aplicabilidade do Decreto nº 640/1962 e da análise do serviço de telecomunicação como indústria básica, independente do estado em que se encontram, até o julgamento final da ação.

249 O art. 1º do Decreto n. 640/1962: “Os serviços de telecomunicações, para todos os efeitos legais, são considerados indústria básica, de interesse para o fomento da economia do país e de relevante significado para a segurança nacional”. Nos termos da Constituição Federal, o ICMS incide sobre os serviços de comunicação (art. 155, II).

250 No âmbito infraconstitucional, no STJ a controvérsia é em torno do sentido e do alcance do art. 33, inc. II, letra b, da Lei Complementar n. 87/1996, a respeito do direito à compensação com créditos de ICMS dos valores gastos com energia elétrica pelas empresas prestadoras do serviço de telecomunicações. Nos termos da Lei 87/1996, com redação da Lei Complementar n. 102/2000: “Art. 33, II – somente dará direito a crédito a entrada de energia elétrica ao estabelecimento (...) b) quando for consumida no processo de industrialização”. Ver: REsp. 1.201.635/MG.

Em despacho, o Min. Marco Aurélio indeferiu o pedido liminar. Consignou na decisão: “observem a data de publicação do Decreto do Conselho de Ministros n. 640, de 2 de março de 1962. Tudo recomenda, considerada a racionalidade própria ao Direito, aguardar-se o julgamento definitivo. Ou, a análise da liminar foi postergada.”

Esta decisão monocrática pelo indeferimento da liminar, mesmo que implicitamente, e de modo acertado, considerou as consequências de eventual declaração de inconstitucionalidade do “benefício fiscal”, sob a perspectiva da segurança jurídica.

Em posterior decisão, de 25 de abril de 2017, ao indeferir o pedido de reconsideração, o Ministro Relator esclareceu o alcance da decisão do Superior Tribunal de Justiça no Resp 120.1635/MG quanto à compatibilidade do Decreto nº 640/62 e a legislação federal superveniente e a impropriedade de articulação de eficácia vinculante da mesma decisão perante o Supremo Tribunal Federal:

“Descabe potencializar o alcance de ato do Superior Tribunal de Justiça para ter-se como configurado requisito de implemento de medida acauteladora. Embora as decisões do Superior sejam dotadas, no campo dos recursos repetitivos, de eficácia vinculante, surge impróprio articular com os efeitos de tais pronunciamentos perante o Supremo, sobretudo quando não examinada a questão, no julgamento do recurso especial nº 1.201.635, sob a ótica da Constituição de 1988. O objeto desta arguição é a harmonia, com esta última, do artigo 1º do Decreto do Conselho de Ministros n. 640, vigente desde 2 de março de 1962, tendo aquele Tribunal se limitado a assentar a compatibilidade do preceito com a legislação superveniente”.

Ora, como hipótese de incidência do ICMS, nos termos da Constituição Federal (art. 155, inc. II), a prestação do serviço de comunicação (ICMS-Comunicação). O benefício fiscal consiste na equiparação dos serviços de telecomunicações à categoria de indústria básica, por intermédio de decreto federal anterior à Constituição Federal. Daí a razão do inconformismo dos Estados-membros quanto

à validade do referido decreto federal de extensão do benefício fiscal quanto ao creditamento de ICMS no consumo de energia elétrica na prestação do serviço de telecomunicações, principalmente diante da competência tributária dos estados para a tributação do ICMS.

No centro do debate duas teses jurídicas.

Uma, a tese dos Estados-membros no sentido de que o serviço telecomunicações não pode ser classificado como indústria, daí a inexistência do direito ao creditamento do ICMS em relação ao consumo de energia elétrica pelas empresas de telecomunicações.

Segunda, a tese defendida pelas empresas de telecomunicações, pela equiparação das atividades de telecomunicações como indústria, nos termos do referido Decreto nº 640/1962 do Conselho de Ministros, para efeitos de tributação do ICMS e do direito ao creditamento no consumo de energia elétrica, tendo em vista a essencialidade da energia elétrica na prestação dos serviços de telecomunicações.

Também, requer-se a interpretação da Lei Complementar nº 87/1996 conforme o princípio constitucional da não-cumulatividade. Nesta perspectiva, ainda que julgada procedente esta ADPF, com a declaração da inconstitucionalidade do Decreto nº 640/1962, por razões de segurança jurídica, é recomendável a modulação dos efeitos da decisão judicial, para que a produção destes efeitos ocorra somente a partir da data de sua publicação.

O tema em análise envolve questão interessante. Se for julgada procedente a ADPF n. 427, o Supremo Tribunal Federal poderá determinar a invalidade da extensão do benefício fiscal, com a cassação dos efeitos do acórdão do STJ, no Resp n. 1201635/MG. Mas, pode adotar a modulação dos efeitos de sua decisão para o futuro.

O tema de classificação do serviço de telecomunicação como indústria básica, para fins tributários, é relevantíssimo, eis que impacta todo o setor de telecomunicação

e o direito ao aproveitamento de créditos de ICMS referentes à energia elétrica consumida nos serviços de telecomunicações.

30 NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE HABILITAÇÃO DE APARELHOS CELULARES. TEMA 301.

RE 572020/DF - HABILITAÇÃO DE APARELHOS CELULARES - LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ART. 60, § 1º, DA LEI Nº 9.472/97) - ATO DE HABILITAÇÃO DE APARELHO MÓVEL CELULAR NÃO ENSEJA QUALQUER SERVIÇO EFETIVO DE TELECOMUNICAÇÃO - ICMS INCIDE, TÃO SOMENTE, NA ATIVIDADE FINAL, QUE É O SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO PROPRIAMENTE DITO, E NÃO SOBRE ATO DE HABILITAÇÃO DO TELEFONE CELULAR, QUE SE AFIGURA COMO ATIVIDADE MERAMENTE INTERMEDIÁRIA

A tese fixada aqui pelo Supremo Tribunal Federal é sobre a inconstitucionalidade da incidência do ICMS sobre o ato de habilitação dos aparelhos celulares, perante a prestadora do serviço de móvel pessoal. Foi objeto de julgamento a interpretação do sentido e do alcance da regra constitucional que prevê como imposto de competência dos estados a prestação de serviços de comunicação (CF, art. 155, inc. II).

No **RE 572020/DF**,²⁵¹ Relator para o Acórdão o Min. Luiz Fux (relator originário Min. Marco Aurélio), o Supremo Tribunal Federal decidiu por maioria pela não incidência do ICMS sobre o ato de habilitação do aparelho celular. Concluiu-se que se trata de atividade-meio ou serviço suplementar aos serviços

251 Fundamentação Constitucional: Art. 2º; art. 97; art. 149, §2º, III; letra “a”; art. 150, I, III, letra “b”; art. 155, inc. II. Recorrente: Distrito Federal. Recorrido: VIVO S/A (ATUAL DENOMINAÇÃO DA TELEBRASÍLIA CELULAR S/A). Plenário, 06.02.2014. Publicado no DJ 199 de 10.10.2014.

de telecomunicações, e não atividade-fim, como entendiam o Relator originário Min. Marco Aurélio e o Min. Ricardo Lewandowski.²⁵²

O Supremo Tribunal Federal, ao interpretar a questão constitucional relacionada ao conceito de serviço de comunicação, como um dos fundamentos de sua decisão, concluiu que a Lei Geral de Telecomunicação não prevê o serviço de habilitação de telefonia móvel como atividade-fim, mas como atividade-meio para o serviço de comunicação.

Também, da interpretação da LC 87/1996 conclui-se que a habilitação de telefonia móvel não se enquadra como espécie de serviço de telecomunicações. O ato de habilitação do aparelho celular não representa a prestação do serviço de comunicação, daí o não enquadramento na hipótese de incidência do ICMS. Assim, é inconstitucional a cobrança de ICMS sobre a operação de habilitação de telefone celular.

Consta do acórdão do RE 572020/DF:

“A Constituição autoriza sejam tributadas as prestações de serviços de comunicação, não sendo dado ao legislador, nem muito menos ao intérprete e ao aplicador, estender a incidência do ICMS às atividades que as antecedem e

252 Importante registrar aqui que, no RE 592887 o Supremo Tribunal Federal reconheceu que o Tema 301 não tem repercussão geral: ‘cobrança de ICMS sobre serviceo de habilitação’. Julgamento em 30/8/2010, anteriormente à decisão do RE 572020, analisado neste item. Ainda, no Superior Tribunal de Justiça, sob regime de recursos representativos da controvérsia (Tema 427), no REsp 1176753/RJ, foi fixada tese pela não incidência de ICMS: “A incidência do ICMS, no que se refere à prestação dos serviços de comunicação, deve ser extraída da Constituição Federal e da LC 87/96, incidindo o tributo sobre os serviços de comunicação prestados de forma onerosa, através de qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza (art. 2º, III, da LC 87/96). A prestação de serviços conexos ao de comunicação por meio da telefonia móvel (que são preparatórios, acessórios ou intermediários da comunicação) não se confunde com a prestação da atividade fim processo de transmissão (emissão ou recepção) de informações de qualquer natureza, esta sim, passível de incidência pelo ICMS. Desse modo, a despeito de alguns deles serem essenciais à efetiva prestação do serviço de comunicação e admitirem a cobrança de tarifa pela prestadora do serviço (concessionária de serviço público), por assumirem o caráter de atividade meio, não constituem, efetivamente, serviços de comunicação, razão pela qual não é possível a incidência do ICMS”.

viabilizam. Não tipificando o fato gerador do ICMS-Comunicação, está, pois, fora de seu campo de incidência. Consectariamente, inexistente violação aos artigos 2º, 150, I, e 155, II, da CF/88”.

Em seu voto, o Min. Dias Toffoli esclarece mais a questão constitucional:

“Inicialmente, algumas considerações se fazem necessárias acerca do alcance da materialidade descrita no art. 155, II, da Constituição, regra de competência que permite a instituição de imposto sobre a prestação de serviços de comunicação. Observo que a incidência válida da regra-matriz do ICMS-comunicação se dá apenas quando ocorre uma atividade remunerada, de caráter comercial, mediante a qual o prestador de serviço fornece condições materiais para que efetivamente se realize a comunicação entre emissor e receptor. Portanto, as realidades, comunicação e prestação de serviço de comunicação não se confundem. Na espécie, a materialidade do ICMS-comunicação envolve a prestação do serviço de telecomunicações, espécie do gênero comunicação, cuja regulamentação consta da Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997”.

Em voto vencido, o Min. Marco Aurélio conclui pela incidência do ICMS sobre o serviço de habilitação de telefonia celular. Em suas palavras:

“No mais, observem tanto os parâmetros constitucionais atinentes ao tributo quanto os fáticos no que se busca, para ter-se a possibilidade de implementação da comunicação móvel celular, a habilitação do aparelho, vindo a empresa de telefonia a cobrar pelo serviço. Estabelece o inciso II do artigo 155 do Diploma Maior a incidência do ICMS não só sobre as operações relativas à circulação de mercadorias como também sobre as prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

O preceito não encerra qualquer distinção. Vale dizer, na alusão ao fato gerador, que é a prestação de serviços de comunicação, tem-se a gama destes, bastando, para tanto, a existência de elo e a cobrança de valor pela empresa de telefonia.

(...) Descabe, portanto, concluir pela ausência de enquadramento do ato do Estado da Federação no inciso II do artigo 155 da Constituição Federal, sob pena de esta última tornar-se flexível a ponto de decisões judiciais distinguirem onde o texto não distingue. O tema é, sem dúvida alguma, de importância maior ante a circunstância de repetir-se em todo o território nacional e de ser grande a utilização do telefone móvel celular”.

Considera-se que é acertada a conclusão do Supremo Tribunal Federal ao decidir pela não incidência ICMS sobre o ato de habilitação do aparelho celular (atividade-meio), eis que este ato não representa a prestação do serviço de telecomunicação (atividade-fim). A hipótese de incidência do ICMS-comunicação recai sobre a prestação em si do serviço de telecomunicações (atividade-fim).

31 COBRANÇA DE ICMS SOBRE TARIFA DE ASSINATURA BÁSICA MENSAL NOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 827

RE 912888/RS - TEMA 827 - REPERCUSSÃO GERAL – INCIDÊNCIA ICMS SOBRE VALOR PAGO A TÍTULO DE “ASSINATURA BÁSICA MENSAL PELO SERVIÇO DE TELEFONIA - CONCEITO DE SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES

O Supremo Tribunal Federal decidiu o mérito de Repercussão Geral em questão tributária no Recurso Extraordinário n. 912888/RS - Tema 827,²⁵³ Relator originário saudoso Ministro Zavascki, atual Relator o Min. Alexandre de Moraes.

²⁵³ Fundamentação Constitucional: Art. 102, inc. III; letra “a”; art. 146, inc. III, letra “a”, art. 155, inc. II, § 2º e inc. XII, §3º; art. 195, § 8º. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Brasil Telecom S/A. Julgamento Repercussão Geral: Em 25.06.2015, reconhecida Repercussão Geral. Publicado no DJ 151 de 03.08.2015. Julgamento do mérito com a fixação da Tese, em 13/10/2016.

A questão constitucional central debatida refere-se à incidência ou não do ICMS-comunicação (Constituição, art. 155, II) sobre a tarifa denominada “assinatura básica mensal”,²⁵⁴ paga pelo consumidor às concessionárias de telefonia, de forma permanente e contínua, durante toda a vigência do contrato de prestação de serviços.

O tema de repercussão geral 827 ficou assim definido: “incidência de ICMS sobre o valor pago a título de assinatura básica mensal pelo serviço de telefonia”. Constou do acórdão que fixou a repercussão geral:

“Possui repercussão geral a questão relativa à incidência ou não do ICMS-comunicação (Constituição, art. 155, II) sobre a tarifa denominada assinatura básica mensal, paga pelo consumidor às concessionárias de telefonia, de forma permanente e contínua, durante toda a vigência do contrato de prestação de serviços”.

Na ocasião, destacou o Min. Relator:

“A questão ora em debate é, na verdade, complementar à decidida no RE 572020 (Redator do acórdão Min. Luiz Fux, Plenário, DJe de 13/10/2014), onde também se tratou do conceito de “serviços de comunicação”. (...). No caso dos autos, o que se questiona é a incidência ou não do ICMS-comunicação sobre a tarifa denominada de “assinatura básica mensal”, pagamento de caráter permanente e de trato continuado durante todo o curso do contrato de prestação de serviço de telefonia estabelecido entre concessionária e consumidor. Trata-se, portanto, de hipótese diferente e não abrangida – a não ser por interpretação a *contrario*

254 Aqui, cabe referir o Recurso Extraordinário com Agravo 505623/PR, Relatora Min. Ellen Gracie, em que se discute a cobrança de tarifa básica de telefonia fixa. Em julgamento realizado em 11.set.2007, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu, por votação unânime, em negar provimento ao recurso de agravo, por considerá-lo manifestamente infundado. Também, impôs, à parte agravante (Sercomtel S/A), multa de 1% sobre o valor da causa. EMENTA: Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Conta telefônica. Cobrança. Assinatura básica. Matéria infraconstitucional. Ofensa reflexa. Precedente. 3. Aplicação de multa de 1% (um por cento) sobre o valor da causa. Caráter infundado do recurso. Posicionamento pacífico da Corte. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

sensu - da decidida pelo Tribunal no referido RE 572020. Faz-se necessário, portanto, que o Supremo Tribunal Federal, à luz do conceito e alcance da expressão “serviços de comunicação”, constante do art. 155, II, da CF/88, decida sobre a constitucionalidade, ou não, da incidência do ICMS sobre a tarifa de assinatura básica mensal.”

O Supremo Tribunal federal, ao decidir o *mérito* recursal, fixou a Tese nos seguintes termos:

“Repercussão Geral - Tema 827. O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) incide sobre a tarifa de assinatura básica mensal cobrada pelas prestadoras de serviços de telefonia, independentemente da franquia de minutos concedida ou não ao usuário”.

Este é mais um caso relacionado à interpretação constitucional do ICMS-comunicação, com reflexos no setor de telecomunicações.

32 COMPENSAÇÃO DE ICMS RECOLHIDO SOBRE PRESTAÇÕES DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO EM RELAÇÃO ÀS QUAIS HOUVE INADIMPLÊNCIA ABSOLUTA DO USUÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 705

ARE 668974/DF – REPERCUSSÃO GERAL - TEMA 705 - ICMS. POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO DO ICMS INCIDENTE SOBRE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO EM RELAÇÃO À QUAL HOUVE INADIMPLÊNCIA ABSOLUTA DO USUÁRIO.

No ARE 668974/DF,²⁵⁵ Relator o Min. Marco Aurélio, o Supremo Tribunal

255 Fundamentação Constitucional: Arts. 102; inc. III e 155, inc. II. Recorrente: Global Village Telecom Ltda. Recorrido: Estado de Rondônia. Interessado: Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviço Móvel Celular e Pessoal (SINDITELEBRASIL). Decisão que reconheceu a Repercussão Geral: Em 06.03.2014. Publicado no DJ 153 de 08.08.2014. Registre-se que este RE 668974/DF foi substituído para julgamento do tema de repercussão geral pelo RE 1003758/RO.

Federal analisa o direito de empresas de telecomunicações de compensar o Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS “recolhido sobre prestações de serviço de comunicação em relação às quais houve inadimplência absoluta do usuário”, causando a extinção dos efeitos do negócio jurídico.²⁵⁶ Este RE foi substituído pelo paradigma RE 1003758/RO para julgamento do tema com repercussão geral.

Na ementa do acórdão do Recurso Extraordinário n. 668.974/DF, que reconheceu a repercussão geral, está registrado o seguinte:

“IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – TELECOMUNICAÇÕES – INADIMPLÊNCIA ABSOLUTA DOS USUÁRIOS – DIREITO AO CRÉDITO – PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia relativa ao direito do contribuinte de aproveitar valores pagos do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços, para abatimento do tributo devido quanto a operações subsequentes, alusivos a prestações de serviços de comunicação, quando ocorrida inadimplência absoluta dos respectivos usuários”.

O Tema 705 de Repercussão Geral: “Possibilidade de compensação do ICMS incidente sobre a prestação de serviço de comunicação em relação à qual houve inadimplência absoluta do usuário”.

A questão central a ser enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do voto do Min. Rel. Marco Aurélio, é a seguinte:

256 Tema semelhante, mas que, apesar de ser levado ao Supremo Tribunal Federal, não foi conhecido: ARE 908.370 AgR, sendo Relator o Ministro Roberto Barroso. Tratou-se sobre a eventual compensação tributária por emissoras de rádio e televisão por conta do horário de transmissão de propaganda eleitoral. Como a análise do caso demandaria examinar a legislação infraconstitucional, assim como o reexame do conjunto fático dos autos, procedimentos que vão contra o exposto nas súmulas 279 e 280, do Tribunal, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal negou provimento ao recurso. Publicado no DJ 38 de 01.03.2016.

“Quanto ao imposto estadual, a controvérsia requer a consideração do aludido princípio da não cumulatividade, ante a condição que ostenta de ‘imposto sobre o consumo’. Envolve saber se a inadimplência é irrelevante, sob o aspecto jurídico-tributário, mesmo se resultar na oneração do comerciante em vez do consumidor final, como deve ser sempre em se tratando de tributo não cumulativo.”

O tema é passível de repercutir em inúmeras relações jurídicas. Conforme consignado, o Superior Tribunal de Justiça assentou não possuir a recorrente o direito de aproveitar valores pagos do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, para abatimento do tributo devido quanto a operações subsequentes, relativos a prestações de serviço de comunicação quando ocorrida inadimplência absoluta dos respectivos usuários”.

(...)

Envolve saber se a inadimplência é irrelevante, sob o aspecto jurídico-tributário, mesmo se resultar na oneração do comerciante em vez do consumidor final, como deve ser sempre em se tratando de tributo não cumulativo”.

A questão constitucional principal é possibilidade de, sem lei complementar, transferir os ônus decorrentes do ICMS aos usuários/consumidores dos serviços de telefonia.

Em foco, a questão da interpretação constitucional do princípio da não-cumulatividade e a tributação do ICMS, nos termos do art. 155, §2º, inc. I, da Constituição Federal. De fato, com a inadimplência do consumidor não há a entrada de receita financeira no caixa da empresa prestadora do serviço de telecomunicação, daí a inexistência de fato gerador do tributo.

Também, outra repercussão relevante sobre o setor de telecomunicações nesta questão tributária do ICMS.

33 ALÍQUOTA DE ICMS SOBRE O FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO EM PATAMAR SUPERIOR (25%). REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 745

RE 714139/SC – TEMA 745 – REPERCUSSÃO GERAL - IMPOSTO SOBRE A CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ENERGIA ELÉTRICA – SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO – SELETIVIDADE – ALÍQUOTA VARIÁVEL – ARTIGOS 150, INCISO II, E 155, § 2º, INCISO III, DA CARTA FEDERAL – ALCANCE – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA.

A constitucionalidade de lei do Estado de Santa Catarina que estipula alíquota de ICMS sobre o fornecimento de energia elétrica e serviços de telecomunicação²⁵⁷ em patamar superior (25%) ao estabelecido para as operações em geral (17%) é o objeto do **RE 714139/SC**.²⁵⁸

O Supremo Tribunal Federal, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencidos os Ministros Teori Zavascki, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Cármen Lúcia, Roberto Barroso e Dias Toffoli. Não se manifestou o Ministro Celso de Mello.

²⁵⁷ Outro julgamento que envolve a incidência de ICMS sobre serviços de telecomunicações e energia elétrica é o Recurso Extraordinário com Agravo ARE 837441/RJ, Min. Rel. Cármen Lúcia. No referido recurso, o tema em debate é a inconstitucionalidade das normas legal e regulamentar que, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, estabelecem alíquota máxima para o ICMS incidente sobre os serviços de telecomunicações e energia elétrica, assim afrontando os princípios da seletividade e da essencialidade (arts. 155, § 2º, inc. III, da Constituição Federal). O recurso extraordinário foi inadmitido pelo Tribunal de origem sob o fundamento de ausência de ofensa constitucional direta. A Min. Rel. Cármen Lúcia, em decisão monocrática proferida em 23.09.2014, conheceu do agravo e não o proveu, visto que: “A suposta ofensa aos postulados constitucionais invocados no apelo extremo poderia ser constatada a partir da análise da legislação infraconstitucional local, o que torna oblíqua e reflexa eventual ofensa, insuscetível, portanto, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário.”

²⁵⁸ Fundamentação Constitucional: Arts. 150; inc. II e 155, § 2º e inc. II. Recorrente: Lojas Americanas S/A. Recorrido: Estado de Santa Catarina. Julgamento Repercussão Geral: Em 12.06.2014. Publicado no DJ 188 de 26.09.2014.

Consta do acórdão:

“O quadro é passível de repetir-se em inúmeros processos considerada a prática de alíquotas diferenciadas quanto a energia elétrica e serviços de comunicação. Cumpre ao Supremo definir a espécie, sobretudo o alcance do disposto no artigo 155, § 2º, inciso III, da Constituição Federal, a prever que o ICMS poderá ser seletivo em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços.”

O tema 745 com Repercussão Geral fixou assim fixado:

“Alcance do art. 155, §2º, III, da Constituição Federal, que prevê a aplicação do princípio da seletividade ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS”.

Na ementa do acórdão que fixou a repercussão geral do tema 745, está consignado:

“IMPOSTO SOBRE A CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ENERGIA ELÉTRICA – SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO – SELETIVIDADE – ALÍQUOTA VARIÁVEL – ARTIGOS 150, INCISO II, E 155, §2º, INCISO III, DA CARTA FEDERAL – ALCANCE – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia relativa à constitucionalidade de norma estadual mediante a qual foi prevista a alíquota de 25% alusiva ao Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços incidente no fornecimento de energia elétrica e nos serviços de telecomunicação, em patamar superior ao estabelecido para as operações em geral – 17%”.

A Constituição, no art. 155, §2º, inc. III, dispõe que o ICMS poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços.

Ora, é inegável o fato da essencialidade dos serviços de comunicação para os consumidores, sejam pessoas naturais ou pessoas jurídicas.

Daí a necessidade de o legislador estadual seguir o mandamento constitucional, no sentido de compatibilizar a tributação do ICMS com a essencialidade dos

serviços de comunicação. Neste aspecto, o texto constitucional veda o exercício abusivo da competência tributária pelos estados-membros sobre os serviços de telecomunicações.²⁵⁹

Em parecer, o MPF aponta a inconstitucionalidade da lei estadual de Santa Catarina, por incompatibilidade com o princípio da seletividade/essencialidade do ICMS. Também, sugere, para preservar a segurança jurídica, a modulação dos efeitos da decisão judicial pro futuro, com a estipulação de prazo razoável para adaptação da legislação do ICMS pelo legislativo catarinense.

Assim, em pauta no Supremo Tribunal Federal o debate sobre a constitucionalidade da lei catarinense que determina alíquota de ICMS sobre energia elétrica e serviços de telecomunicações em limite superior às operações em geral e o princípio da seletividade (alíquota variável).

34 ICMS. COMÉRCIO ELETRÔNICO. EMPRESAS DE PEQUENO PORTE E MICROEMPRESAS. SUSPENSÃO DO CONVÊNIO CONFAZ SOBRE ICMS. MATÉRIA SOB RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR

ADI 5464/DF – ICMS - COMÉRCIO ELETRÔNICO – EMPRESAS DE PEQUENO PORTE E MICROEMPRESAS – INCONSTITUCIONALIDADE DO CONVÊNIO CONFAZ – NECESSIDADE LEI COMPLEMENTAR

O tema relativo à incidência do ICMS sobre as operações de comercialização de mercadorias realizadas por microempresas e empresas de pequeno porte, que realizam atividades econômicas ligadas ao comércio eletrônico, foi objeto

²⁵⁹ A Constituição define limites à competência tributária dos entes federativos. É certo que cabe ao Poder Judiciário aplicar estes limites ao legislador, mediante o controle da constitucionalidade das leis federais, estaduais e municipais.

de apreciação cautelar pelo Supremo Tribunal Federal. Em debate, os limites constitucionais à atividade do CONFAZ, em especial a necessidade de lei complementar para regular o tema da incidência do ICMS em operações de comércio online de mercadorias.

Em síntese, o tema sobre a inconstitucionalidade do Convênio do CONFAZ sobre ICMS n. 93/2015 envolve a interpretação constitucional dos artigos 145, §1º, 146, III, letra “d”, 150, I, II e IV, 152, 155, §2º, I, 170, IX, 179 da Constituição Federal, com foco na necessidade de lei complementar para autorizar a cobrança do ICMS sobre comércio online de mercadorias.

Na ADI 5464²⁶⁰, proposta pela OAB Nacional, Rel. Min. Dias Toffoli, foi deferida a cautelar para suspender a cláusula nona do convênio ICMS n. 93/2015, do CONFAZ, que trata dos procedimentos a serem observados nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS localizado em outra unidade federada.

Conclui-se do voto do Min. Relator pela não aplicabilidade da regra do convênio em relação às microempresas e às empresas de pequeno porte optantes do simples nacional, em razão da ausência de lei complementar. Da interpretação da Constituição Federal compete à lei complementar e não ao convênio estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre tratamento diferenciado e favorecido para microempresas e empresas de pequeno porte.²⁶¹

260 Fundamentação Constitucional: Art. 5º, II; art. 145, § 1º; art. 146, III, “d”, art. 150, I, II e IV; art. 152, art. 155, §2º, inc. I; art. 170, IX e art. 179. Recorrente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Intimado: Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ.

261 Conforme definição da Lei Complementar n. 123/2006, as Micro Empresa são as pessoa jurídica que obtém faturamento bruto anual igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais). As Empresas de Pequeno Porte compreendem as pessoas jurídicas que obtém faturamento bruto anual superior a R\$360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e inferior ou igual a R\$3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

Também, na ADI 5469, da Associação Brasileira de Comércio Eletrônico (Abcomm), é questionado na integralidade o Convênio ICMS n. 93/2015.

Ainda segundo o voto do Min. Relator:

“Ressaltei no voto que proferi no citado recurso extraordinário (RE n. 627.543/RS) que o conjunto dos dispositivos constitucionais que versam sobre o tratamento favorecido para microempresas e empresas de pequeno porte, traduzem, para além de razões jurídicas, questões econômicas e sociais ligadas à necessidade de se conferirem condições justas e igualitárias de competição para essas empresas”.

Em destaque, portanto, o tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, em prol da concretização da livre iniciativa, o qual deve ser seguido pelo legislador, bem como pela administração pública tributária.

Questões processuais e telecomunicações

35 COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL PARA JULGAR AÇÃO JUDICIAL ENTRE CONSUMIDOR E CONCESSIONÁRIA DO SERVIÇO DE TELEFONIA FIXA. COBRANÇA DE PULSOS ALÉM DA FRANQUIA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA ANATEL. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 17

RE 571572/BA e RE 561574/BA – INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL – TELEFONIA - COBRANÇA DE PULSOS ALÉM DA FRANQUIA - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL - MATÉRIA NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS - ILEGITIMIDADE PASSIVA DA ANATEL – AUSÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO DA AGÊNCIA REGULADORA

A questão principal aqui trazida refere-se à competência da Justiça estadual para julgar causas entre consumidor e concessionária de serviço público de telefonia, quando a Anatel não seja litisconsorte passiva necessária, assistente, nem oponente.

A repercussão geral do tema foi reconhecida no RE 561574/PE. O mérito foi julgado no RE 571572/BA. Aqui foram debatidas regras de competência jurisdicional. Na matéria de mérito foi afastada a repercussão geral por tratar-se de tema infraconstitucional: ‘possibilidade de cobrança de ligações sem discriminação dos pulsos além da franquia’.²⁶² No RE 561574/PE, o Tema 17 foi inicialmente assim fixado, em dois blocos:

a) Possibilidade de cobrança de ligações sem discriminação dos pulsos além da franquia; b) Justiça competente para dirimir controvérsias acerca da possibilidade de cobrança de ligações sem discriminação dos pulsos além da franquia.

Posteriormente, no *leading case* substituto do RE 561574/PE para julgamento do mérito da repercussão geral, o **RE 571572/BA**,²⁶³ Relator o Min. Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal decidiu, em demanda que versava sobre a cobrança de pulsos além da franquia nos serviços de telefonia fixa, que a Anatel não participa da relação de consumo, daí a competência da Justiça Estadual (Juizados Especiais)²⁶⁴ para julgar as causas entre consumidores e prestadoras

262 Sobre “questão referente à legalidade da cobrança de pulss excedentes à franquia telefônica, sem a discriminação das ligações”, ver Tem 87 no STJ, decidido no RESP 1074799/MG, sob regime dos recursos representativos da controvérsia. A tese firmada: “A partir de 01 de Agosto de 2007, data da implementação total do sistema, passou a ser exigido das concessionárias o detalhamento de todas as ligações na modalidade local, independentemente de ser dentro ou fora da franquia contratada, por inexistir qualquer restrição a respeito, conforme se observa do constante do artigo 83 do anexo à Resolução 426/2005, que regulamentou o sistema de telefonia fixa”.

263 Fundamentação Constitucional: Arts. 5º; incs. II, LIV e LV; 21, inc. XI; 37, inc. XXI; 98, inc. I; 109, inc. I. Dispositivo Legal Questionado: Arts. 47 e 163 da Lei Federal nº 5.869/1973; arts. 6, inc. III, da Lei 8.078/90; Lei n. 9099/1995; Emenda Regimental do Supremo Tribunal Federal n.º 026/2008; Súmula n. 357 do STJ. Requerente: Telemar Norte Leste S/A. Julgamento Plenário: Em 26.08.2009, o STF, por maioria, acolheu os embargos de declaração para prestar os esclarecimentos constantes do voto da Relatora e determinou a comunicação à Presidência do Superior Tribunal de Justiça, vencidos os Senhores Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, neste julgamento, o Senhor Ministro Eros Grau e, licenciados, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Menezes Direito. Publicado no DJ 30 de 13.02.2009.

264 Ainda em relação a competência dos Juizados Especiais, sobre temas que envolvem o setor de telecomunicações, destaque-se o RE 567454/BA, no qual se discutiu a competência dos referidos Juizados Especiais para julgar ações alusivas à cobrança de assinatura básica - Tema 35, em capítulo próprio neste livro. O STF, ao resolver questão de ordem suscitada pelo Ministro Cezar Peluso, adotou o regime da

de serviços de telecomunicações.

Em debate no Supremo Tribunal Federal, a competência jurisdicional para julgamento das ações entre consumidores e concessionária do serviço de telefonia fixa, se a competência é da Justiça Federal ou se a competência é da Justiça Estadual. Ao final, o Supremo Tribunal Federal concluiu que se não houver interesse jurídico da Anatel em participar do processo, então, a competência jurisdicional é da Justiça Estadual.

No voto, o Min. Relator Gilmar Mendes assim se pronunciou sobre a inexistência de litisconsórcio em causas desta natureza (operadoras de telefonia e consumidores):

“Não há disposição expressa de lei a obrigar à formação de litisconsórcio, no caso em exame. Não exige a lei a participação da ANATEL nas ações em que sejam parte as operadoras de telefonia e os consumidores. Também não resulta a pretendida obrigatoriedade do litisconsórcio, da natureza da relação jurídica. (...)”. Não é a ANATEL parte na relação de consumo, pois “não é da natureza da relação de consumo a participação direta de um ente fiscalizatório e normatizador.”

Tal *precedente* resultou na Súmula Vinculante n. 27 do Supremo Tribunal Federal:

“Compete à Justiça Estadual julgar causas entre consumidor e concessionária de serviço público de telefonia, quando a ANATEL não seja litisconsorte passivo necessário, assistente, nem opoente.”

inexistência de repercussão geral aos processos que envolvam a questão de tarifa básica de telefonia fixa, em decorrência de seu caráter infraconstitucional. Vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Menezes Direito. Decisão Plenário, 18.6.2009. No Acórdão, publicado no DJ 162 de 28.08.2009, ficou consignado, por maioria, que o caso não se tratava do “contrato de concessão entre a agência reguladora e a concessionária de serviço público. A controvérsia não vincula senão o consumidor e a concessionária de serviço de telefonia. De mais a mais, a agência reguladora a ANATEL não manifestou, expressamente, interesse na solução da controvérsia. Pelo que não há falar de interesse, jurídico ou econômico, da ANATEL.” Ademais, a questão da “cobrança da assinatura básica é unicamente de direito e não apresenta complexidade apta a afastar o seu processamento pelo Juizado Especial.”

Interpretando-se, a *contrario sensu*, a referida súmula n. 27, do Supremo Tribunal Federal, quando a Anatel for litisconsorte passiva necessária, assistente ou oponente, conseqüentemente, a competência é da Justiça Federal.

Conforme a decisão do Supremo Tribunal Federal, a princípio, nas ações judiciais que envolvam relações de consumo entre consumidores e empresas de telecomunicações, a Anatel não tem interesse jurídico de intervir no feito, excetuada a hipótese de litisconsórcio passivo necessário, assistência ou oposição.

A relação jurídica no âmbito processual se estabelece entre a empresa de telecomunicações e o consumidor dos respectivos serviços. A Anatel é terceira parte na relação entre consumidores e empresas de telecomunicações, diante o mero interesse econômico privado entre estas partes. Para além desta relação bilateral, há, também, a relação com a regulação setorial de telecomunicações, na forma da lei.

Se estiver em questão a interpretação legal ou constitucional sobre a existência ou não de direito do consumidor do serviço de telecomunicações, na forma de Resolução da própria Anatel, aí o cenário é outro. Nesta hipótese, de controvérsia sobre a interpretação da regulação setorial, editada pela própria Anatel, é evidente o interesse processual na participação na causa.

Claro que, nas ações com repercussão na interpretação da regulação dos serviços de telecomunicações, TV por assinatura e serviços de acesso à internet, compete à Anatel participar dos processos judiciais. É de responsabilidade da Anatel apresentar, em processo judicial, a defesa da regulação setorial de telecomunicações.²⁶⁵

Assim, a Anatel tem a faculdade de participar das causas em que haja o interesse na

265 A propósito, o Código de Processo Civil, no art. 985, § 2º, ao dispor sobre o Incidente de Resolução de Demandas repetitivas, prevê a comunicação da tese jurídica aplicável à agência reguladora dos serviços autorizados, concedidos ou permitidos.

interpretação da regulação setorial de telecomunicações, a exemplo da condição de *amicus curiae*. A título ilustrativo, no RE n. 638550/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, a Anatel requereu a sua participação processual como *amicus curiae*, em causa relacionada à cobrança da assinatura básica nos serviços de telefonia.

Por outro lado, a Anatel teve participação ativa, no ajuizamento da Reclamação 16265/PR perante o Supremo Tribunal Federal com a impugnação de acórdão de Tribunal Regional Federal a respeito do prazo de validade dos créditos adquiridos em planos pré-pagos de telefonia celular. Nesta Reclamação, destaca a Min. Rosa Weber²⁶⁶:

“Como dito, a intervenção do *amicus curiae* objetiva enriquecer o debate jurídico-constitucional, mediante o aporte de novos argumentos, pontos de vista, possibilidades interpretativas e informações fáticas e técnicas, o que acentua o respaldo social e democrático da jurisdição constitucional exercida por esta Corte”.

E, ainda, a Min. Rosa Weber no mesmo caso registra:

“No Brasil, a intervenção na qualidade de *amicus curiae* foi autorizada originalmente para certas entidades reguladoras e fiscalizadoras, que deveriam ser intimadas para, querendo, se manifestar nos processos judiciais relativos à matéria de sua competência”.

A Anatel é a responsável pela fiscalização do adequado cumprimento da legislação setorial, daí a necessidade de sua atuação obrigatória nos processos judiciais em que esteja presente o interesse de regulação setorial, isto é, a interpretação e aplicação da legislação de telecomunicações.

266 Caso entre Estado do Amazonas e Associação das Indústrias e Empresas do Polo Industrial do Amazonas, objeto de análise pelo STF.

36 COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. RELAÇÃO PROCESSUAL ENTRE CONSUMIDORES E EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÕES. TARIFA BÁSICA DE ASSINATURA DO SERVIÇO DE TELEFONIA FIXA. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 35.

No RE 567454/BA²⁶⁷, de Relatoria do Min. Carlos Ayres Britto, a empresa de telecomunicações impugna acórdão da Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Estado da Bahia que reconheceu a ilegalidade da obrança da ‘tarifa básica de assinatura’ do serviço de telefonia fixa. Em pauta no recurso, duas questões principais: constitucionalidade da cobrança da tarifa básica de assinatura do serviço de telefonia fixa; e competência jurisdicional da Justiça Estadual (Juizados Especiais Cíveis) para julgar ações desta natureza entre os consumidores e as empresas de telecomunicações.²⁶⁸

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral do Tema 35, assim redigido:

a) Tarifa básica de assinatura do serviço de telefonia fixa; b) Competência para processar e julgar ação em que se discute a legalidade da cobrança da tarifa básica do serviço de telefonia fixa.

As teses fixadas após o julgamento do mérito do RE 567454/BA (Tema 35):

“I - Compete à Justiça estadual processar e julgar causas entre consumidor e concessionária de serviço público de telefonia que discutam a cobrança de assinatura básica mensal, quando a ANATEL não intervenha nos autos; II - Não

²⁶⁷ RE 567454/BA. Fundamentação constitucional: ofensa ao art. 5º, incisos XXXVI e LIV; art. 37, inciso XXI; art. 98, I; art. 109, I; art. 170, inc. V.

²⁶⁸ Originariamente, a repercussão geral foi reconhecida apenas quanto ao mérito do recurso extraordinário sobre a constitucionalidade da cobrança da tarifa de assinatura do serviço de telefonia fixa, mais delimitado do que o posterior alcance da redação da ementa repercussão geral. Eis os respectivos termos: “Serviço de telefonia fixa. Cobrança de tarifa de assinatura. Tem repercussão geral constitucional a questão atinente à cobrança de tarifa de assinatura do serviço de telefonia fixa”.

viola o art. 98, I, da Constituição o julgamento e processamento das referidas causas por juizado especial, por se tratar de matéria exclusivamente de direito e que não apresenta complexidade; III - A resolução do mérito de tal controvérsia depende da interpretação da legislação infraconstitucional”.²⁶⁹

Para melhor visualização das questões decididas neste RE 567454/BA, veja-se a ementa do julgado:

“Telefonia. Cobrança de assinatura básica. decisão recorrida que se limitou a examinar o contrato entre a concessionária de serviço público e o consumidor. **Ausência de interesse da Anatel.** Matéria exclusivamente de direito. Causa decidida, tão-somente, com base na legislação infraconstitucional pertinente.

1. Caso em que não se está a discutir o contrato de concessão entre a agência reguladora e a concessionária de serviço público. A controvérsia não vincula senão o consumidor e a concessionária do serviço de telefonia. **De mais a mais, a agência reguladora a Anatel não manifestou, expressamente, interesse na solução da controvérsia. Pelo que não há falar de interesse, jurídico ou econômico, da Anatel.**

2. A questão alusiva à cobrança da assinatura básica é unicamente de direito e não apresenta complexidade apta a afastar o seu processamento pelo Juizado Especial.

3. O mérito da causa está circunscrito à legislação infraconstitucional, notadamente o Código de Defesa do Consumidor”. (destaques acrescentados)

Observa-se que a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal refere-se, essencialmente, à definição da competência jurisdicional de Justiça Estadual

²⁶⁹ Importante registrar que o fundamento para posterior reconhecimento de inexistência da repercussão geral quanto à cobrança da assinatura básica, é o de que se trata de questão infraconstitucional. Aqui, o acórdão invocou as razões já lançadas no julgamento do RE 571572 (Tema 17, item específico neste livro). Porém, lá o mérito versava sobre pulsos além da franquia; aqui sobre assinatura básica na telefonia fixa.

(Juizados Especiais Cíveis) para julgar conflitos entre os consumidores e as empresas de telecomunicações. Debateu-se no julgamento sobre a participação (ou não) da Anatel que, no caso, não manifestou o interesse jurídico na solução da controvérsia. Ainda, que a controvérsia não apresenta complexidade, cobrança de assinatura básica, não havendo óbice à competência dos Juizados Especiais.

Segundo consta do voto do Min. Relator Ayres Britto não houve manifestação de interesse jurídico da Anatel em participar da ação judicial, pois não se manifestou expressamente sobre interesse na solução da controvérsia, razão para afastar a competência da Justiça Federal. O Min. Gilmar Mendes destacou a inexistência de conflito entre o poder concedente e a concessionária do serviço de telefonia fixa a justificar a competência da Justiça Federal e que a Anatel não faz parte do processo.

Ainda sobre a participação da Anatel no processo, já no acórdão que reconheceu a repercussão geral do Tema, a Min. Cármen Lúcia, assim se pronunciou:

“Na espécie dos autos, apesar de a Recorrente insistir no interesse da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, esta não se manifestou em nenhum dos milhares de processos que chegaram a este Supremo Tribunal sobre o tema. Como examinar eventual interesse de determinada entidade se esta nem mesmo aparece para justificá-lo, lembrando que não são admitidas diligências no julgamento de recurso extraordinário ou agravo de instrumento?”.²⁷⁰

Também, sobre a competência jurisdicional dos juizados especiais, a Min. Carmem Lúcia observou:

“Outro argumento da Recorrente é o de que a complexidade da causa não autorizaria o seu processamento em juizados especiais. Nesse ponto, a orientação

270 Súmula Vinculante 27: “Compete à Justiça estadual julgar causas entre consumidor e concessionária de serviço público de telefonia, quando a Anatel não seja litisconsorte passivo necessária, assistente, nem oponente”. Cabe registrar que a proposta desta Súmula Vinculante deu-se a partir do que foi decidido no Tema 17 (RE 571572), abordado no item anterior deste livro.

desta Casa de Justiça Constitucional está consolidada na afirmação da natureza infraconstitucional da delimitação da competência dos juizados especiais em razão do valor ou da complexidade da causa”.

E, neste aspecto, o acórdão que negou provimento ao recurso da empresa de telecomunicações concluiu que “a discussão nos autos diz respeito à legalidade da cobrança de assinatura básica mensal. É dizer: a questão discutida é unicamente de direito e não apresenta complexidade apta a afastar o seu processamento pelo Juizado Especial estadual”.

Pode-se concluir, assim, a partir dos debates do Plenário no julgamento que reconheceu a repercussão geral do tema quanto no acórdão de mérito que: se a Anatel tivesse manifestado expressamente o seu interesse jurídico em participar da relação processual, a solução jurídica seria outra; certamente com a fixação da competência da Justiça Federal para julgar o caso, eis que demonstrado o interesse de autarquia federal.

E, nestes aspectos de legitimidade e interesse jurídico da Anatel, cabe considerar que a Lei Geral de Telecomunicações estabelece o regime jurídico dos serviços de telefonia fixa e telefonia móvel pessoal. Além disto, a Anatel, por resoluções específicas, regula cada espécie de serviço de telecomunicações. Se estiver em jogo a interpretação da regulação setorial, presente questão constitucional ou legal, há interesse jurídico na participação da Anatel, mesmo que na condição *amicus curiae*, se não se tratar de assistência, oposição ou litisconsórcio.

Assim apresentada a questão processual e a tese processual fixada, considera-se importante também compreender a questão do mérito (cobrança da tarifa básica de assinatura dos serviços de telefonia fixa), mesmo que circunscrita à legislação infraconstitucional, nos termos concluídos pela Supremo Tribunal Federal.

E, neste aspecto, conforme está no voto condutor, a tese fixada sobre a cobrança da tarifa básica nos serviços de telefonia fixa refere-se à interpretação da

legislação infraconstitucional, em especial o Código de Defesa do Consumidor. Daí a conclusão no sentido da inexistência de questão constitucional.

Também, da leitura do acórdão é possível concluir que o Supremo Tribunal Federal para além do fundamento infraconstitucional do acórdão do Tribunal Local, reafirmou sua posição sobre a inviabilidade de analisar o contrato de concessão de telefonia fixa, no aspecto da cláusula sobre a tarifa básica neste serviço de telecomunicações.

Ou seja, foi reafirmado entendimento majoritário no sentido de que as questões associadas aos contratos de concessão de serviço público não representam ofensa direta ao texto constitucional, no máximo, a questão configura ofensa reflexa à Constituição Federal.

Sobre este aspecto, a Min. Cármen Lúcia apontou: “Se as decisões judiciais que têm declarado a nulidade de determinados termos do contrato de prestação de serviço estão gerando um desequilíbrio econômico-financeiro no contrato de concessão, a Recorrente haverá de buscar a correção desse desequilíbrio junto à Anatel”.

Em divergência, o voto do Min. Marco Aurélio foi no sentido de haver questão constitucional representada pelo conteúdo econômico-financeiro do contrato de concessão de telefonia fixa, nos termos do art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal. Neste voto dissidente, o Ministro compreende que a tarifa básica serve à garantia da continuidade dos serviços de telefonia fixa, daí a vinculação à cláusula econômica-financeira do contrato de concessão. Neste ponto o voto foi acompanhado pelo Min. Eros Grau, o qual apontou pela configuração da relação entre prestador do serviço público e o usuário do serviço público, indo além da mera relação de consumo.

Para além desta decisão do Supremo Tribunal Federal, é importante destacar que o tema da tarifa básica nos serviços de telefonia fixa, integra o âmbito normativo

da legislação setorial de telecomunicações. Em especial, o tema é típico do regime público de telefonia fixa. Com efeito, é preciso destacar a relação de direito público entre as empresas de telecomunicações e os usuários dos respectivos serviços, na forma da legislação setorial.

Diversamente, no regime privado aplicável aos serviços de telecomunicações não há esta questão da tarifa, pois prevalece a liberdade de preços praticados pelas prestadoras dos serviços de telefonia fixa e móvel celular. Assim, há que se fazer esta distinção entre o regime jurídico da empresa concessionária do serviço público de telecomunicações e o regime jurídico da empresa autorizatória dos serviços de telecomunicações.²⁷¹

Importante registrar quanto a esta questão que o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 356: “É legítima a cobrança da tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia fixa”.²⁷²

Outro aspecto a ser considerado é o de que a jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal desenhou-se no sentido de fixar a inconstitucionalidade de leis estaduais que proíbem a cobrança de tarifa nos serviços de telefonia fixa, ao fundamento da competência legislativa privativa da União para tratar dos serviços de telecomunicações.

Em voto divergente, a título exemplificativo na ADI 3847/SC o Min. Ayres Britto destacou seu entendimento no sentido da competência legislativa concorrente

271 Conforme a regulação setorial, no setor de telefonia fixa, há as hipóteses da concessão e autorização. No caso da concessão, há um contrato entre a União (poder concedente) e a empresa de telecomunicação, submetida ao regime público com as obrigações de universalidade e continuidade na prestação dos serviços. Diferentemente, a autorização é outorgada pela Anatel. Sobre este aspecto do regime jurídico dos serviços de telecomunicações, consultar: Scorsim, Ericson M. *Direito das Comunicações. Telecomunicações, Internet, TV por radiodifusão e TV por assinatura*. Curitiba: Edição do Autor, 2016, disponível no site da Amazon.

272 No STF, no âmbito tributário, há a tese de repercussão geral 827: “O imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) incide sobre a tarifa de assinatura básica mensal cobrada pelas prestadoras de serviços de telefonia, independentemente da franquia de minutos concedida ou não ao usuário”.

entre dos Estados-membros para legislar sobre matéria referente à defesa dos consumidores, ainda que perante os serviços de telecomunicações, com fundamento no art. 24, incs. V e VIII, da Constituição Federal. Observa-se, assim, que a questão não é unânime no Supremo Tribunal Federal.

Assim, no que se revela importante à tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal neste Tema com Repercussão Geral (Tema 35), a partir do Re 567.454/BA, foi definida a competência jurisdicional da Justiça Estadual (Juizados Especiais) para apreciar ações judiciais entre consumidores e a empresa concessionária do serviço de telefonia fixa, na controvérsia sobre a cobrança da tarifa básica. Porém, há que se ressaltar aqui que mesmo neste caso haveria interesse jurídico da Anatel quanto à fiscalização da legislação setorial que, por sua vez participou da relação processual, nem como *amicus curiae*.

37 LEGITIMIDADE DAS ASSOCIAÇÕES EMPRESARIAIS DE TELECOMUNICAÇÕES PARA PROPOR AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. ALINHAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ADI 2902 - ADI 3501/DF - ADI 5356/MS - ADI 3153 - ADI 5569 - ADIS 5063 e 5040 - QUESTÃO PROCESSUAL – ANÁLISE DA LEGITIMIDADE ATIVA PARA PROPOR ADI – ASSOCIAÇÃO QUE REPRESENTA ASSOCIAÇÕES

Em algumas das ações diretas de inconstitucionalidade aqui abordadas, para além da questão de mérito principal, outra questão processual relevante foi debatida, quanto à legitimidade para a propositura da ADI, das associações empresariais de telecomunicações.

O Supremo Tribunal Federal, em diversas ocasiões, enfrentou esta questão sobre a legitimidade de associações empresariais para a propositura de ações diretas de

inconstitucionalidade, à luz do art. 103, IX. Em debate, a interpretação sobre o sentido e o alcance da expressão entidade de classe de âmbito nacional.

Na ADI 2902, inicialmente, Relator originário Min. Carlos Velloso, em decisão monocrática, decidiu pelo não conhecimento da ADI com fundamento na ilegitimidade da Associação Brasileira das Prestadoras de Serviços de Telecomunicações Competitivas – TELCOMP, “precisamente por ser associação de associações.”

Posteriormente, em sede de Agravo Regimental, tal decisão foi reformada para reconhecer a legitimidade da associação:

“O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 3153-AgR/DF, Relator p/ acórdão o Ministro Sepúlveda Pertence, reformulou o seu entendimento a respeito do tema, conferindo legitimidade, para a ação direta de inconstitucionalidade, à associação constituída de associações (...). Assim posta a questão, reconsidero a decisão de fls. 1.122/1.128, que negou seguimento ao pedido.”²⁷³

Todavia, na **ADI 3501/DF**,²⁷⁴ o Relator o Min. Carlos Britto, monocraticamente negou-lhe seguimento, em decorrência da ilegitimidade ativa da ACEL – Associação Nacional das Operadoras Celulares, nos seguintes termos:

“Verifica-se que a Associação Nacional das Operadoras Celulares - ACEL, embora concentre a totalidade das prestadoras de Serviço Móvel Pessoal existentes no país, não pode ser considerada entidade representativa de classe, pois congrega mero

273 Até a conclusão deste livro, não houve o julgamento final da ADI 2902/SP.

274 Fundamentação Constitucional: Arts.5º, inc LIV; 18; 21, inc. XI; 22, inc. IV. Dispositivo Legal Questionado: Lei Distrital nº 3446, de 23 de setembro de 2004. Requerente: Associação Nacional das Operadoras Celulares – ACEL. Julgamento: Em 13.02.2006, decisão monocrática negando seguimento ao pedido, restando prejudicada a pretensão cautelar deduzida (§ 1º do artigo 21 do RI/Supremo Tribunal Federal). Publicada no DJ de 01.03.2006. Posteriormente, o Exmo. Relator reconsiderou a decisão e determinou o prosseguimento do feito (agosto/2011). Recentemente, em 12/05/2017, esta ADI 3501/DF, foi extinta pelo atual Min. Relator Alexandre de Moraes, ao fundamento principal de que a lei impugnada foi revogada. Mas a questão aqui trazida é de ordem processual: questões sobre a legitimidade ativa das associações de empresas.

segmento do ramo das empresas prestadoras de serviços de telecomunicações. Por essa razão, não merece ser conhecida a ação, pois a entidade requerente não possui legitimidade ativa ad causam para instaurar o controle abstrato da norma em questão.

(...)

Não é parte legítima para a proposição de ação direta a entidade que congrega mero segmento do ramo das entidades das empresas prestadoras de serviços de telecomunicações ou dedicadas à indústria e ao comércio nessa área.”

Posteriormente, em agosto de 2011, a decisão foi reconsiderada para declarar a legitimidade da ACEL e determinar o regular processamento desta ADI 3501. Consta da decisão:

“Fazendo-o, tenho que merece reconsideração a decisão denegatória de seguimento desta ação direta de inconstitucionalidade. Isso porque o Plenário desta Casa de Justiça, na ADI 3.846, em 25 de novembro de 2010, reconheceu a legitimidade da Associação Nacional das Operadoras Celulares (ACEL) para propor ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Não obstante meu voto divergente, a maioria do Colegiado acompanhou o Ministro Gilmar Mendes, para quem a ACEL *“representa todas as entidades do segmento de telefonia celular”*, sendo *“inevitável esse tipo de segmentação”*.

6. Ante o exposto, **reconsidero** a decisão de fls. 430/431 e dou seguimento à ação. (...)”

Na **ADI 5356/MS**,²⁷⁵ o Ministro Relator Edson Fachin proferiu voto no sentido de reconhecer a legitimidade processual da mesma entidade (ACEL) antes declarada

275 Fundamentação Constitucional: Arts. 1º; 3º; 5º, inc. X, XXXVI; 21, inc. XI; 22, inc. IV, XXIV; 24, inc. I, V; art. 34, inc. VII; 103, inc. IX; 144; 170, inc. II, III, V; 175. Dispositivo Legal Questionado: Lei Estadual nº 4.650/2015. Requerente: Associação Nacional das Operadoras Celulares – ACEL. Julgamento: Em 18.11.2015, decisão monocrática indeferindo o pedido cautelar. Publicada no DJ 234 de 19.11.2015.

ilegítima, por entender que “a legitimidade de entidade com representatividade parcial permite que minorias integrantes de determinado segmento também questionem uma lei majoritária”:

“Preliminarmente verifico a legitimidade da Associação Nacional das Operadoras de Celulares – ACEL para invocar o controle concentrado de constitucionalidade. Tratando-se de entidade de classe (art. 103, IX, CRFB) que representa categoria econômica, diferente do que ocorre com categoria profissional (exemplificativamente, ADI 4.232, Min. Dias Toffoli, DJe 30.01.2015) entendo tão somente se fazer necessária a demonstração dos requisitos da abrangência nacional e da pertinência temática.

(...)

Consigno, por oportuno, que em meu sentir, a legitimidade de entidade com representatividade parcial permite que minorias integrantes de determinado segmento também questionem uma lei majoritária. Afinal, o controle concentrado visa a exatamente garantir que as leis majoritariamente aprovadas não afetem direitos de minorias amparados na Constituição. Se apenas entidades com representatividade ampla são legitimadas, parcelas minoritárias dessa classe poderiam ser afetadas sem a possibilidade de manifestação.”

No Supremo Tribunal Federal, de um lado, há interpretação constitucional restritiva que nega o direito de uma associação de empresas que prestam serviço de telefonia celular, de apresentar ação direta de inconstitucionalidade, por entender que não tem legitimidade processual, por não representar a categoria de classe.

Mas, de outro lado, há a interpretação constitucional ampliada que assegura o direito de associação de empresas que prestam serviço de telefonia celular, de apresentar ação direta de inconstitucionalidade, por entender que tem legitimidade processual, pois representa a categoria de classe, nos termos do voto do Min. Edson Fachin.

Enfim, o tema da legitimidade para propor ações diretas de inconstitucionalidade pelas chamadas “associações de associações” e daquelas que representariam apenas um segmento do ramo das telecomunicações é relevante e controvertido.

Ao que parece, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a reconhecer a legitimidade ativa dessas entidades, interpretando-se de modo mais amplo o tema da legitimidade processual das associações de empresas, em consonância com a garantia do amplo acesso à jurisdição.

Esta tendência ficou ainda mais clara após o julgamento, em 18 de maio de 2017, da referida ADI 5569/MS, que versa sobre a inconstitucionalidade de lei do Estado do Mato Grosso do Sul que exige das empresas prestadoras do serviço de internet móvel e banda larga na modalidade pós-paga a apresentação aos consumidores da velocidade média diária de velocidade de tráfego de pacote de dados. Aqui, o parecer do MPF conclui pela ilegitimidade da Associação Nacional das Operadoras de Celulares (ACEL) e da Associação das Concessionárias de Serviço Telefônico Fixo Comutado (ABRAFIX). Eis a ementa do parecer: “Não têm legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade entidades que representem apenas segmento de categoria econômica afetada pela norma. Precedentes”.

Porém, foi outra a conclusão no acórdão. A questão parece estar agora alinhada no Supremo Tribunal Federal pela legitimidade das associações empresariais. É o que demonstra o acórdão recentemente proferido nesta ADI 5569, em que são autoras Associação Nacional das Operadoras de Celulares (ACEL) e Associação das Concessionárias de Serviço Telefônico Fixo Comutado (ABRAFIX), onde a questão está além da pertinência temática entre o objeto da demanda e os objetivos da instituição. Consta no acórdão, de julgamento em 18 de maio de 2017:

“Na esteira desses precedentes, reconheço a legitimidade ativa *ad causam* da ABRAFIX - Associação das Concessionárias de Serviço Telefônico Fixo Comutado, entidade de classe representativa, em âmbito nacional, das empresas prestadoras do serviço telefônico fixo comutado, e da Associação Nacional das Operadoras

de Celulares – ACEL, entidade de classe representativa, em âmbito nacional, das empresas prestadoras do serviço de telefonia móvel celular (SMC) para o ajuizamento da presente ação direta, nos moldes dos arts. 103, IX da Constituição da República e 2º, IX da Lei 9.868/1999.

Presente, ainda, o vínculo de afinidade temática entre o objeto da demanda e os objetivos institucionais das autoras, sendo certo que a norma impugnada visa a disciplinar particularmente negócios jurídicos celebrados pelas prestadoras dos serviços de telefonia fixa e celular”.

Registra-se, porém, que nas ADI’s n. 5063 e 5040 há parecer do MPF no sentido da ilegitimidade da Associação Nacional das Operadoras de Celulares para propor ação direta de inconstitucionalidade, sob o argumento da ausência de pertinência temática do objeto da associação empresarial em relação ao tema da ADI.

Na visão do autor, a interpretação constitucional sobre a legitimidade processual das associações empresariais ou inclusive associações de consumidores deve estar orientada a partir do princípio do amplo acesso à jurisdição constitucional. Consequentemente, na interpretação constitucional do art. 103, IX, ainda que o critério significativo seja o majoritário (entidade representativa de toda a classe), não pode ser excluído o critério minoritário (entidade representativa de parte significativa da classe), sob pena de desconsideração à eficácia normativa do princípio do amplo acesso à jurisdição constitucional. Assim, a interpretação do sentido e do alcance da expressão entidade de classe de âmbito nacional deve ser o mais ampliado possível.



INTERNET

Capítulo 2 - Internet

A plataforma da internet trouxe, e vem trazendo, novas questões jurídicas, tanto no âmbito da interpretação Constitucional do Marco Civil da Internet, bem como sobre a constitucionalidade de leis estaduais que afetem aspectos relacionados aos provedores dos serviços de acesso à internet.

No âmbito da internet, estão sob a jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal duas relevantes questões constitucionais, inclusive objeto de audiência pública, que se revelam na ADPF 403 e na ADI 5527.

Na ADPF 403, Rel. Min. Edson Fachin, há tese da parte autora de que a ordem judicial, proferida por juiz, de suspensão do aplicativo WhatsApp representa violação ao preceito fundamental representado pelo direito à comunicação, previsto no art. 5º, inc. IX, da Constituição Federal. Na decisão da convocação conjunta da audiência pública (ADPF 403 e ADI 5527), o Min. Relator Edson Fachin, apresenta as seguintes questões: i) o que é a criptografia, utilizada no aplicativo WhatsApp; ii) se é possível a desabilitação da criptografia, para fins de efetivação de ordem judicial de interceptação das comunicações privadas, nas hipóteses autorizadas em lei para investigações policiais e produção de provas em processos penais; iii) se é possível o espelhamento do conteúdo das comunicações realizadas pelo WhatsApp.

Nas informações da empresa WhatsApp, apresentadas oficialmente neste caso, esclarece que não é possível tecnicamente desabilitar o conteúdo das comunicações privadas sob cobertura da criptografia. Alega, também, a existência de outras alternativas legais à disposição da Justiça, para fins de realização de investigações e produção de provas em processos penais, tais como: monitoramento das redes sociais, busca e apreensão dos equipamentos celulares, testemunhas, etc.

Em debate, portanto, saber se o bloqueio do aplicativo WhatsApp, por ordem judicial, sob o fundamento do descumprimento à decisão de interceptação das comunicações privadas, é ofensivo ao direito fundamental à comunicação, bem como ao princípio da proporcionalidade.

Por sua vez, na ADI 5527, Rel. Min. Rosa Weber, requer-se seja declarada a inconstitucionalidade dos artigos 10, caput, § 2º, e 12, incisos III e IV, do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014). A tese principal é no sentido de que as sanções de suspensão temporária e a proibição dos serviços de aplicativos de troca de mensagens em razão do descumprimento de ordem judicial de quebra de sigilo de informações viola o direito fundamental à comunicação, bem como os princípios da livre iniciativa, livre concorrência e os direitos dos consumidores. Como pedido subsidiário, a adoção da técnica de declaração de nulidade parcial sem redução do texto do art. 12, III e IV, da Lei n. 12.965/2014, de forma a afastar a sua aplicação aos aplicativos de troca de mensagens virtual. Ou, pede-se a interpretação conforme dos dispositivos para aplicação de sanção de suspensão temporária e de proibição do exercício das atividades da empresa provedora do aplicativo ocorra somente após as sanções do art. 12, I e II. Em debate, no Supremo Tribunal Federal a interpretação mais adequada do Marco Civil da Internet, diante da Constituição Federal, em especial diante do art. 5º, inc. XII, que garante o sigilo das comunicações privadas, afastado somente por ordem judicial.

Há ainda outras importantes questões que refletem no âmbito da internet, algumas delas com repercussão geral: i) a publicação de ofensas pessoais em redes sociais e o regime de responsabilidade do provedor de internet (Tema 533 - Repercussão Geral), com a análise do conflito entre os direitos fundamentais da liberdade de expressão e informação e os direitos à privacidade, intimidade, honra e imagem; ii) direito ao esquecimento no âmbito das redes de busca na internet (Tema 786 - Repercussão Geral – fixado inicialmente para o setor de radiodifusão); iii) a

inconstitucionalidade da criação por lei de programa de incentivo à internet por banda larga gratuita de iniciativa de Câmara de Vereadores; iv) a competência para julgamento de ações de responsabilidade por danos diante de provedor de conteúdo na internet (Tema 208 - Repercussão Geral); v) a questão da incidência do ICMS sobre os serviços de acesso à internet (Tema 263 - sem Repercussão Geral).

1 MARCO CIVIL DA INTERNET. (IN)CONSTITUCIONALIDADE E INTERPRETAÇÃO. ADI 5527

ADI 2902 - ADI 3501/DF - ADI 5356/MS - ADI 3153 - ADI 5569 - ADIS 5063 e 5040 - QUESTÃO PROCESSUAL – ANÁLISE DA LEGITIMIDADE ATIVA PARA PROPOR ADI – ASSOCIAÇÃO QUE REPRESENTA ASSOCIAÇÕES

O Marco Civil da Internet, na forma Lei n. 12.965/2015, define o regime jurídico aplicável aos serviços de acesso à internet e as aplicações de internet. Esta lei detalha os conceitos, o regime de direitos e obrigações dos usuários dos serviços de internet, dos provedores de acesso à internet e os provedores de aplicações de internet, com o regime da requisição judicial de registros de dados dos usuários.²⁷⁶ Garante-se os direitos à privacidade e inviolabilidade das comunicações privadas, bem como a garantia do fluxo das comunicações, ressalvadas as hipótese de ordem judicial. Distingue-se, oportuno reiterar, o regime jurídico para provedores de acesso à internet de provedores de aplicações à internet.

No ambiente regulatório setorial, os serviços de acesso à internet estão fundamentados no art. 60, § 1º, da Lei Geral de Telecomunicações, sendo

²⁷⁶ A propósito, no Marco Civil da Internet:

“Art. 23. Cabe ao juiz tomar as providências necessárias à garantia do sigilo das informações recebidas e à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do usuário, podendo determinar segredo de justiça, inclusive quanto aos pedidos de guarda de registro”.

classificados como serviços de valor adicionado à rede de telecomunicações. Além disto, os serviços de acesso à internet estão disciplinados na Resolução dos Serviços de Comunicação Multimídia da Anatel. Também, os direitos dos usuários-consumidores dos serviços de acesso à internet estão estabelecidos na Resolução n. 634 da Anatel sobre os Direitos dos Consumidores dos Serviços de Telecomunicações, inclusive os serviços de acesso à internet.

Feitas estas breves considerações sobre o ambiente regulatório da internet, a seguir uma maior compreensão das questões debatidas na ADI 5527 e na ADPF 403.

Na **ADI 5527/DF**,²⁷⁷ Relatora a Min. Rosa Weber, requer-se a declaração de inconstitucionalidade dos incisos III e IV, do art. 12 da Lei n. 12.965/2015 – o Marco Civil da Internet, bem como a interpretação conforme do art. 10, § 2º, para limitar seu alcance aos casos de persecução criminal, sob os fundamentos da violação do direito à livre comunicação, à livre iniciativa, à livre concorrência e à proteção ao direito do consumidor.

Como pedido subsidiário na ADI 5527, requer-se a adoção da técnica da declaração de nulidade parcial sem redução do texto do art. 12, III e IV, da Lei n. 12.965/14, de modo a afastar sua incidência aos aplicativos de troca de mensagens virtuais. Como pedido final, a interpretação conforme dos referidos dispositivos legais, condicionando-se a incidência das sanções de suspensão temporária e de proibição do exercício das atividades somente após a aplicação das sanções do art. 12, incisos I e II, do Marco Civil da Internet.

Ao que parece, a melhor interpretação constitucional do Marco Civil da Internet é no sentido de aplicar a sanção da suspensão do aplicativo somente na hipótese de

²⁷⁷ Fundamentação Constitucional: Arts. 1º, inc. IV, 5º, incs. IX, XII e XLV, 170, caput, e 241. Dispositivo Legal Questionado: Art. 10, § 2º, e art. 12, incisos III e IV, da Lei Federal nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Requerente: Partido da República - PR. Fase processual: aguarda realização de audiência pública, até o momento da conclusão do presente livro. Importante registrar que será conjunta a referida audiência para ADI 5527 e ADPF 403.

grave ofensa às regras sobre coleta, guarda e armazenamento de dados pessoais, nos termos do art. 12, inc. III e IV, da Lei n. 12.965/2014.

Deve-se excluir a interpretação do Marco Civil da Internet no sentido de permitir a suspensão do aplicativo na hipótese de descumprimento à ordem judicial. Esta, aliás, seria uma interpretação inconstitucional.

Outro ponto em análise pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI 5527, é a ofensa ao princípio da proporcionalidade, na medida em que a suspensão do aplicativo em todo território nacional representa excesso da medida judicial.

Existem, com certeza, outros meios menos gravosos para se alcançar a finalidade buscada (conteúdos de mensagens eletrônicas, bem como dados pessoais), sem representar sacrifício ao direito fundamental à comunicação pessoal de terceiros que nada tem a ver com as investigações e/ou processos judiciais. Como alternativas à disposição das autoridades encarregadas a investigação, para fins de produção de prova: busca e apreensão dos dispositivos eletrônicos, acesso aos dados e conteúdos em provedores de armazenamento de dados, oitivas, interrogatórios, buscas em redes sociais, entre outras.

Além disto, em julgamento na ADI 5527, a ofensa ao princípio da livre iniciativa, o qual oferece proteção à liberdade das empresas que comercializam aplicativos de internet.

Ao parece, a determinação do bloqueio judicial do aplicativo de comunicações é ofensiva aos princípios constitucionais da atividade econômica, como a livre iniciativa e a livre concorrência. A empresa provedora de aplicativo de comunicações é diretamente atingida pelo bloqueio judicial, daí a lesão à garantia constitucional da livre iniciativa e ao livre comércio digital.

Ora, a empresa que tem modelo negócio focado na internet, protegido, aliás, pelo Marco Civil da Internet, oferta livremente ao público, seu aplicativo de comunicações. Neste modelo de negócios, está a oferta gratuita da técnica da

criptografia dos dados dos respectivos usuários do aplicativo em garantia à privacidade, bem como à segurança das comunicações privadas.

Portanto, é inerente às atividades e produtos oferecidos pela empresa provedora do aplicativo, a utilização da criptografia, razão pela qual não cabe ao Poder Judiciário interferir na continuidade das atividades empresariais. A técnica da criptografia protege as comunicações interpessoais, quer entre de pessoas naturais ou jurídicas. Trata-se de tecnologia adotada diante da responsabilidade empresarial na proteção à comunicação privada dos respectivos usuários. De fato, há o direito dos consumidores à segurança dos produtos e serviços, daí a razoabilidade na adoção criptografia.

Além disto, a exigência do espelhamento do conteúdo das comunicações privadas, para fins de efetivação da ordem de interceptação judicial, somente pode ser realizada se houver autorização legislativa. A empresa provedora do aplicativo não pode ser obrigada a cumprir ordem judicial, sem o devido respaldo legal. Daí a necessidade do devido processo legislativo para a edição da lei, com clareza e previsão, suficientes para obrigar a empresa, diante de sua responsabilidade na proteção às comunicações privadas. O Poder Judiciário, mediante mera interpretação legal, não pode criar obrigação não prevista em lei.

O Poder Judiciário não pode interferir na livre iniciativa da empresa, fornecedora do aplicativo no serviço móvel pessoal. Outro ponto em destaque, ao proibir a utilização de aplicativo de uma determinada empresa, e ao permitir-se a utilização de outros aplicativos, o Poder Judiciário acaba por interferir no livre jogo da concorrência entre os agentes econômicos. Assim, as empresas que concorrem com o WhatsApp acabam sendo beneficiadas no mercado. Daí a quebra do princípio da isonomia na aplicação do direito.

O tema relacionado à interpretação constitucional do Marco Civil da Internet, especificamente sobre a regra da suspensão dos aplicativos de internet, é exemplo da necessidade de clareza das regras do ambiente regulatório das comunicações na internet.

A análise e decisão pelo Supremo Tribunal Federal nesta ADI 5527 e na ADPF 403 (item seguinte), representa oportunidade para a afirmação do direito à comunicação, na modalidade comunicação de dados, mediante aplicativo de internet.

Portanto, está em pauta no Supremo Tribunal Federal decisão sobre a constitucionalidade ou não de decisão judicial de bloqueio de aplicativo de internet e do marco civil da internet, tão necessária à segurança jurídica e à aplicação uniforme do Marco Civil da Internet em todo território nacional.²⁷⁸

2 WHATSAPP. SUSPENSÃO DA ORDEM JUDICIAL DE BLOQUEIO DO APLICATIVO. DIREITO FUNDAMENTAL À COMUNICAÇÃO. ADPF 403

ADPF 403/DF - WHATSAPP – APLICATIVO DE COMUNICAÇÕES PESSOAIS – SANÇÃO DE SUSPENSÃO JUDICIAL – INCONSTITUCIONALIDADE – DIREITO FUNDAMENTAL À COMUNICAÇÃO – ART. 5º, INC. IX – CONSTITUIÇÃO FEDERAL - SEGURANÇA JURÍDICA – LIVRE INICIATIVA – LEGALIDADE – INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL – MARCO CIVIL DA INTERNET - CRIPTOGRAFIA DAS COMUNICAÇÕES PRIVADAS

O Supremo Tribunal Federal decidirá sobre tema relacionado ao bloqueio por ordem judicial do aplicativo de internet WhatsApp em arguição de descumprimento de preceito fundamental. Em debate, o direito à comunicação, pelo aplicativo de internet, e a respectiva violação deste direito fundamental por decisão judicial. O Supremo Tribunal Federal deve definir o núcleo essencial do direito à

²⁷⁸ Até o fechamento da edição deste livro não foi julgado o mérito da ADPF 403 e da ADI 5527. Audiência pública conjunta designada para 2 e 5 de junho/2017.

comunicação, bem como os limites ao bloqueio do aplicativo de comunicações, no âmbito da internet.

Em destaque também, os significativos custos econômicos e sociais do bloqueio deste aplicativo, sobre a comunicação de milhões de usuários e sobre o comércio online.

Na **ADPF n. 403**,²⁷⁹ Relator o Min. Edson Fachin, formulou-se o pedido de suspensão dos efeitos da decisão judicial de bloqueio do aplicativo WhatsApp, sob fundamento de grave violação ao direito constitucional à comunicação, previsto no art. 5º, inc. IX, da Constituição Federal.

A decisão judicial que suspendeu o WhatsApp foi fundamentada no descumprimento à ordem judicial de apresentação de dados pessoais e conteúdos de comunicações privadas, no âmbito de investigação policial. Ou seja, diante da recusa do cumprimento de ordem judicial para a apresentação de dados pessoais, bem como do conteúdo de comunicações privadas de pessoas em investigação, é que houve a determinação do bloqueio do WhatsApp em todo o território nacional, por mais de uma vez.

Foi inclusive assegurado o direito à participação da sociedade civil organizada neste caso conhecido como bloqueio judicial do aplicativo WhatsApp por decisão judicial, com a realização de audiência pública nos dias 2 e 5 de junho deste ano, com ricos e qualificados debates sobre o tema em questão. Também,

279 ADPF 403. Fundamentação Constitucional: Art. 5º, inc. IX. Ato Questionado: Decisão do Juiz da Vara Criminal de Lagarto (SE), Marcel Maia Montalvão, nos autos do Processo nº 201655000183, que bloqueou o aplicativo de comunicação WhatsApp. Requerente: Partido Popular Socialista – PPS. Resultado liminar: Com base no poder geral de cautela, foi deferida a liminar para suspender a decisão proferida, restabelecendo imediatamente o serviço de mensagens do aplicativo WhatsApp. Em parecer, o MPF manifesta-se pelo não conhecimento da ADPF n. 403, em razão da falta de impugnação integral do complexo normativo mencionado na ação.

algumas entidades requereram a participação no processo na condição de *amici curiae*.²⁸⁰

Na decisão que designou a audiência pública, o Min. Edson Fachin na ADPF 403 fixou as teses a serem debatidas e as questões a serem esclarecidas:

“1 – Em que consiste a criptografia ponta a ponta (*end to end*) utilizada por aplicativos de troca de mensagens como o WhatsApp?

2 – Seria possível a interceptação de conversas e mensagens realizadas por meio do aplicativo do WhatsApp ainda que esteja ativada a criptografia ponta a ponta (*end to end*)?

3- Seria possível desabilitar a criptografia ponta a ponta (*end to end*) de um ou mais usuários específicos para que, dessa forma, se possa operar interceptação juridicamente legítima?

4 – Tendo em vista que a utilização do aplicativo WhatsApp não se limita a apenas uma plataforma (aparelhos celulares/smartphones), mas permite acesso e utilização também em outros meios, como, por exemplo, computadores (no caso do WhatsApp mediante o WhatsApp Web/Desktop), ainda que a criptografia ponta a ponta (*end to end*) esteja habilitada, seria possível espelhar as conversas travadas no aplicativo para outro celular/smartphone ou computador, permitindo que se implementasse ordem judicial de interceptação em face de um usuário específico”.

Para além da questão jurídica contida na ADPF 403 sobre a existência de ato lesivo a preceito fundamental, há a questão técnica da criptografia das comunicações de conversas e mensagens por aplicativo WhatsApp.

280 Amici Curiae: Instituto Beta para Democracia e Internet - IBIDEM; Federação Das Associações Das Empresas Brasileiras De Tecnologia Da Informação - ASSESPRO Nacional e Instituto de Tecnologia e Sociedade – ITS e Associação Brasileira de Defesa do Consumidor - PROTESTE.

Assim, o Supremo Tribunal Federal coloca em foco e busca clareza sobre a tecnologia de criptografia adotada no aplicativo de comunicações WhatsApp, para verificar sobre a possibilidade de desabilitação do código de segurança dos dados. Também, pretende ver esclarecido se, devidamente desabilitada a criptografia, há a possibilidade de interceptação dos conteúdos das mensagens e conversas. Por último, quer saber sobre a possibilidade de espelhamento do conteúdo das mensagens e das conversas, pelo aplicativo WhatsApp, para individualização da interceptação judicial.

Ou seja, o foco é verificar se é possível a desabilitação da criptografia da comunicação de dados entre os usuários. Se for possível a desabilitação, então, as autoridades públicas ou judiciais podem, mediante ordem judicial, acessar ao conteúdo das comunicações privadas, por meio do WhatsApp. Porém, se tecnicamente não puder ocorrer esta desabilitação, não haverá acesso a estes conteúdos das comunicações privadas, tornando-se impossível o cumprimento de ordem judicial da interceptação da comunicação privada.

A criptografia é utilizada para a segurança das comunicações privadas. Trata-se de uma solução técnica, fundamentada na livre iniciativa. Além disto, é da responsabilidade da empresa provedora do aplicativo oferecer produtos e serviços seguros para os respectivos usuários, daí a solução da criptografia.

Assim, a empresa provedora do aplicativo não pode ser obrigada a realizar o espelhamento (cópia) do conteúdo das comunicações privadas, sem que esta obrigação esteja prevista em lei expressamente, o que não é o caso. Igualmente, eventual lei que crie a obrigação de espelhamento dos conteúdos veiculados por aplicativos pode ser alvo de questionamento quanto à sua constitucionalidade. A ordem judicial de espelhamento de conteúdo das comunicações privadas, por aplicativo, não pode ser deferida, sem o respaldo em lei.

Neste aspecto, importante lembrar que o bloqueio judicial do aplicativo de comunicação WhatsApp foi motivado pelo descumprimento da ordem judicial de

interceptação de conteúdos de mensagens e conversas no âmbito de investigação criminal. A empresa WhatsApp defende a impossibilidade técnica de entregar estes conteúdos pessoais, sob o argumento da utilização da técnica da criptografia no aplicativo de internet.²⁸¹ Também, argumenta a existência de outros meios alternativos à busca de provas, em investigações ou processo penal.

Esta questão da criptografia da comunicação pessoal, por aplicativo de internet, enseja a cuidadosa análise, na perspectiva da colisão de direitos fundamentais à privacidade e à segurança na comunicação privada, e as prerrogativas das autoridades públicas, em investigações e instrução penal.

O problema maior reside justamente no acesso ao conteúdo das comunicações privadas, objeto do sigilo das comunicações e do núcleo essencial do direito à privacidade. Quanto aos denominados metadados, tais como: o tempo em foi escrita a mensagem, o número de telefone e ID da pessoa que enviou a mensagem e a localização física do emissor e receptor da mensagem no momento da transmissão da mensagem, a princípio, devem ser fornecidos pela empresa de aplicativo, conforme o Marco Civil da Internet.

Em sua defesa, o WhatsApp alega a existência de outras alternativas legais à coleta de provas, para fins de investigação criminal, a saber: busca e apreensão dos dispositivos eletrônicos, acesso aos dados pessoais e às comunicações privadas diante dos provedores de serviços de armazenamento de dados, interrogatórios, buscas de informações em redes sociais, entre outras medidas.

De um lado, a Constituição Federal protege o direito à comunicação, no seu art. 5º, inc. IX. De outro, dispõe que é inviolável o sigilo das comunicações de dados, excetuada a hipótese de ordem judicial de quebra do sigilo, nos termos previstos

²⁸¹ Esta tese está nas informações preliminares apresentadas pela empresa WhatsApp na ADPF 403, como preparação à audiência pública que debaterá o tema.

em lei, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, art. 5º, inc. XII, da Constituição.²⁸²

Deste modo, a apresentação de informações técnicas sobre a criptografia do aplicativo de comunicações WhatsApp é fundamental para a decisão do mérito da ADPF 403.

Note-se que a legislação não proíbe a utilização da criptografia nos aplicativos de internet. Ao contrário, o Marco Civil da Internet protege a liberdade de negócios na internet, ressalvadas as restrições legais. Também, o Marco Civil da Internet reforça a proteção aos direitos fundamentais, bem como o livre fluxo das comunicações privadas. Assim, garante-se aos usuários dos serviços de internet a inviolabilidade da intimidade e vida privada, sua proteção e indenização por dano material ou moral decorrente de sua violação, nos termos do art. 7º, inc. I da Lei nº 12965/2014 (Marco Civil da Internet).

Há ainda a garantia da inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei, nos termos do art. 7º, inc. II. E, também, a garantia da inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo ordem judicial, conforme art. 7º, inc. III, do Marco Civil da Internet. Da leitura dos referidos artigos legais verifica-se a garantia do livre fluxo das comunicações privadas, por aplicações de internet, daí a configuração de ato de descumprimento a preceito fundamental, representado pela ordem judicial de bloqueio do referido aplicativo.

282 Sobre a interpretação tradicional do tema da quebra do sigilo das comunicações à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ver: Mendes, Gilmar Ferreira e Pinheiro Jurandi Borges. *Interceptações e privacidade: novas tecnologias e a Constituição*. In *Direito, inovação e tecnologia*, vol. 1. Coord.: Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Alexandre Zavablia P. Coelho. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 231-250. Os autores apresentam o entendimento do Supremo Tribunal Federal fixado no RE 418.416/SC que distingue entre a proteção da Constituição à comunicação de dados, mas não a proteção aos dados em si mesmos, no caso dos dados armazenados em computador.

No caso, a adoção da criptografia pelo aplicativo WhatsApp é oferecida como solução técnica em proteção aos dados pessoais dos usuários, para fins de preservação da privacidade do fluxo das comunicações, bem como dos conteúdos das comunicações privadas.

Neste sentido, eventual lei que proíba a criptografia nos aplicativos de comunicações pode ser questionada na perspectiva de sua constitucionalidade, principalmente sobre as garantias da livre iniciativa e o direito de propriedade. Igualmente, eventual lei proibitiva da criptografia pode ser impugnada à luz do princípio da proporcionalidade e razoabilidade, o qual veda o excesso de poder legislativo. Ainda, em tese, eventual lei restritiva ao uso da criptografia ou de delimitação da utilização pelos usuários, pode vir a ser debatida no âmbito parlamentar. Neste caso, o desafio do legislador é promover o equilíbrio entre o direito fundamental à comunicação pessoal, bem como o direito à privacidade, com o direito à segurança pública, nos casos de investigação criminal, para fins de efetivação de ordens judiciais de quebra de sigilo da comunicação de dados.

Segundo se argumenta na ADPF 403 o ponto central da impugnação de medida judicial de suspensão do aplicativo WhatsApp, decorre da ofensa à Constituição, especificamente o direito à comunicação.

O Marco Civil da Internet em seu art. 12, incs. III e IV, admite como sanções a suspensão temporária das atividades das empresas que ofertam aplicações de internet e a proibição de exercício das atividades destas empresas. Mas, estas sanções de suspensão temporária e proibições previstas no Marco Civil da Internet são aplicáveis somente na hipótese das operações de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet.

Observe-se a literalidade do Marco Civil da Internet:

“Art. 12. Sem prejuízo das demais sanções cíveis, criminais ou administrativas, as infrações às normas previstas nos arts. 10 e 11 ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções, aplicadas de forma isolada ou cumulativa:

I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;

II - multa de até 10% (dez por cento) do faturamento do grupo econômico no Brasil no seu último exercício, incluídos os tributos, considerados a condição econômica do infrator e o princípio entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção;

III - suspensão temporária das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11; ou

IV - proibição de exercício das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11.

Parágrafo único. Tratando-se de empresa estrangeira, responde solidariamente pelo pagamento da multa que de trata o caput sua filial, sucursal, escritório ou estabelecimento situado no País”.

E, o outro dispositivo referido:

“Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

§1º. O disposto no caput aplica-se aos dados coletados em território nacional e ao conteúdo das comunicações, desde que pelo menos um dos terminais esteja localizado no Brasil.

§2º O disposto no caput aplica-se mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que oferta serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil”.

Ou seja, somente na hipótese de grave descumprimento de legislação brasileira de proteção aos direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros é que seria possível a aplicação das graves sanções de suspensão temporária e proibição das atividades da empresa provedores de aplicativos. O objetivo do Marco Civil da Internet é reforçar a proteção legal aos direitos fundamentais à privacidade, à proteção dos dados pessoais e sigilo das comunicações. E no caso em análise, a medida adotada da criptografia das comunicações privadas serve ao propósito da garantia da privacidade e a segurança dos usuários.

Ademais, o art. 9º, da Lei nº 12.965/2014 dispõe: “na provisão de conexão à internet, onerosa ou gratuita, bem como na transmissão, comutação ou roteamento, é vedado bloquear, monitorar ou analisar o conteúdo de dados”. A lei referida não admite interferências na infraestrutura da rede de internet. Daí porque é inviável a determinação, por ordem judicial, da suspensão do aplicativo de comunicações WhatsApp, medida que causou grave lesão aos direitos fundamentais à comunicação de milhões de usuários, em todo território nacional.

Dessa maneira, o Marco Civil da Internet, na forma da Lei nº 12.965/2014, não autoriza a aplicação da penalidade de suspensão do aplicativo de mensagens eletrônicas, em caso de descumprimento de ordem judicial. Portanto, qualquer decisão judicial de bloqueio do aplicativo WhatsApp, e de qualquer outro aplicativo de comunicações que se utilize da internet como meio de propagação, nas condições em que foi proferida, não tem fundamento no Marco Civil da Internet.

Ao que parece, até mesmo o possível descumprimento de ordem judicial no processo criminal pela empresa WhatsApp não é por si só fundamento suficiente

para aplicar a sanção da suspensão temporária das atividades conforme prevê o inc. III, do art. 12, do Marco Civil da Internet. Além deste dispositivo legal, não há nenhum outro fundamento que autorize a prática da suspensão temporária dos aplicativos de internet. Daí porque a decisão judicial que decretou o bloqueio do aplicativo de comunicações ofende o preceito fundamental do art. 5º, inc. IX, da Constituição Federal.

Em outra decisão de suspensão da ordem judicial do bloqueio do WhatsApp, na mesma ADPF 403, à época o Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, Min. Lewandowski, porém referente a decisão proferida por outro Juízo, o da Comarca de Duque de Caxias/RJ, também em foco as liberdades de expressão e comunicação:

“(...) o direito de livre expressão e comunicação mereceu destaque do Poder Constituinte originário, com status, inclusive, de cláusula pétrea, ou seja, não pode ser abolido sequer por emenda constitucional. Na sociedade moderna, a internet é, sem dúvida, o mais popular e abrangente dos meios de comunicação, objeto de diversos estudos acadêmicos pela importância que tem como instrumento democrático de acesso à informação e difusão de dados de toda a natureza. Por outro lado, também é fonte de inquietação por parte dos teóricos quanto à possível necessidade de sua regulação, uma vez que, à primeira vista, cuidar-se-ia de um “território sem lei”. No Brasil, contudo, já se procurou dar contornos legais à matéria. A Lei 12.965/2014 surgiu, exatamente, com o propósito de estabelecer “princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil”. Em seu art. 3º, I, o citado diploma dispõe que o uso da internet no País tem como um dos princípios a “garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal”. Além disso, há expressa preocupação com “a preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas” (art. 3º, V). Ora, a suspensão do serviço do

aplicativo WhatsApp, que permite a troca de mensagens instantâneas pela rede mundial de computadores, da forma abrangente como foi determinada, parece-me violar o preceito fundamental da liberdade de expressão aqui indicado, bem como a legislação de regência sobre o tema. Ademais, a extensão do bloqueio a todo o território nacional, afigura-se, quando menos, medida desproporcional ao motivo que lhe deu causa. Sem adentrar no mérito do uso do aplicativo para fins ilícitos, é preciso destacar a importância desse tipo de comunicação até mesmo para intimação de despachos ou decisões judiciais, conforme noticiado pelo sítio eletrônico <http://www.conjur.com.br/2016-fev-27/klaus-koplinurgente-intimacao-feita-whatsapp>. Ressalto, de resto, que não se ingressa aqui na discussão sobre a obrigatoriedade de a empresa responsável pelo serviço revelar o conteúdo das mensagens, conforme determinado pelo Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias/RJ e supostamente descumprido pelo WhatsApp, eis que isso constitui matéria de alta complexidade técnica, a ser resolvida no julgamento do mérito da própria ação. Assim, nessa análise perfunctória, própria das medidas cautelares, entendo que não se mostra razoável permitir que o ato impugnado prospere, quando mais não seja por gerar insegurança jurídica entre os usuários do serviço, ao deixar milhões de brasileiros sem comunicação entre si.”

A decisão acima citada sublinha bem a extensão do bloqueio do aplicativo em todo o território nacional, a sua desproporção diante dos direitos em jogo, como também o problema quanto à insegurança jurídica, causado pela interrupção do fluxo das comunicações privadas.

Assim, com a liminar deferida pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, para suspensão da decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara Criminal de Duque de Caxias, com base no poder geral de cautela, o serviço de mensagens foi liberado.

Sinteticamente apresentadas as questões trazidas nesta ADPF n. 403, por decorrência do bloqueio judicial do aplicativo de comunicações pessoais

WhatsApp, na plataforma da internet, há mais algumas considerações a seguir abordadas.

O propósito da arguição de descumprimento a preceito fundamental é ‘evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público’, conforme art. 1º da Lei nº 9.882/2009. No caso da ADPF 403 o objeto é a impugnação das decisões judiciais que suspenderam o aplicativo de comunicação pessoal WhatsApp.

Como referido acima, da interpretação do Marco Civil da Internet não é possível aplicar a penalidade da suspensão do aplicativo de internet, na hipótese de descumprimento de ordem judicial. A única hipótese admissível para a suspensão do aplicativo de comunicação refere-se à grave conduta da empresa de desrespeito às regras sobre coleta, guarda e armazenamento de dados pessoais. O princípio da estrita legalidade veda a criação de nova hipótese de suspensão do aplicativo de internet (a hipótese do descumprimento de ordem judicial), sem a necessária previsão legal. Talvez, como alternativa, a aplicação de multa diária, como solução mais razoável e proporcional, autorizada inclusive pelo Marco Civil da Internet.

Além disto, a Constituição Federal consagra o direito à comunicação pessoal, em seu art. 5º, inc. IX: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Trata-se de garantia fundamental que nem sequer pode ser objeto de emenda à Constituição. Há o dever constitucional do Estado em garantir e proteger o direito fundamental à comunicação, mediante edição de leis protetivas ou a atuação do Poder Judiciário com medidas de tutela ao direito à comunicação. Assim, a decisão judicial que bloqueia o aplicativo de comunicações dos usuários dos serviços de internet, por banda larga móvel, representa grave violação ao direito fundamental à comunicação.

E mais, o princípio da segurança jurídica demanda clareza e precisão das normas jurídicas e/ou da interpretação da Constituição e das leis. Assim, a interrupção do

livre fluxo das comunicações privadas, mediante o bloqueio judicial do aplicativo, é ofensivo ao princípio da segurança jurídica. O Marco Civil da Internet prevê a regra de preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais. Daí a decisão judicial de suspensão do aplicativo de comunicações WhatsApp quebra a funcionalidade da rede e cria elevada insegurança jurídica para os usuários das aplicações de internet.

Neste plano, é necessária a correta percepção do impacto da insegurança jurídica no âmbito das pessoas naturais, inclusive pessoas jurídicas, mas principalmente sobre o ambiente da internet. Isto porque a decisão judicial de bloqueio do aplicativo representa custos econômicos significativos para o comércio digital, empresas provedoras das aplicações de internet, empresas de telecomunicações, serviços digitais, serviços financeiros, inclusive funcionamento do próprio Poder Judiciário.

Também, é importante a consideração dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade que devem servir ao equilíbrio entre medidas estatais e as finalidades públicas. À toda evidência, existem outros meios menos gravosos à busca judicial de conteúdo das comunicações privadas, para fins de produção de prova, em relação às pessoas investigadas em processos criminais, já referidos anteriormente. É evidente a quebra do princípio proporcionalidade na imposição do sacrifício ao direito fundamental à comunicação pessoal de mais de 120 (cento e vinte) milhões de usuários do aplicativo de internet.

Além disto, partindo-se da perspectiva dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, a grave suspensão do aplicativo de comunicações não é permitida pela Constituição. Razoável e proporcional, por descumprimento à ordem judicial, é estabelecer uma multa diária elevada, em relação à empresa provedora do aplicativo.

E mais, direitos dos consumidores são violados por decisão judicial que ordena a suspensão do aplicativo de comunicações. É fato a utilização por milhões de consumidores do aplicativo de comunicações, para fins de pesquisas de preços de produtos e serviços e, posteriormente, realização das compras. O bloqueio judicial representa ofensa à garantia da defesa do consumidor, protegida na Constituição. E, também, representa grave violação ao livre comércio e à livre iniciativa.

Cabe referir aqui também que, em outra ADPF 421/RJ²⁸³, o saudoso Ministro Relator Teori Zavaski, proposta por Associação Brasileira de Defesa do Consumidor, foi formulado pedido liminar mais amplo, para que quaisquer decisões judiciais que por ventura tenham como escopo o bloqueio do aplicativo WhatsApp sejam suspensas de maneira imediata a fim de que o serviço de comunicação volte a operar rapidamente, assegurando o direito de todos os consumidores brasileiros usuários do aplicativo WhatsApp de se comunicar livremente, conforme previsto pelo art. 5º, incisos IX e XXXII, da Constituição Federal.

O livre acesso à internet e a vedação ao bloqueio de dados previstos expressamente pelo Marco Civil da Internet nos termos dos arts. 7º e 9º, § 3º, também são invocados nesta ADPF 421, sob o viés da proteção aos preceitos fundamentais da livre comunicação e do dever constitucional do Estado em promover a defesa do consumidor.

Porém, esta ADPF n. 421 foi indeferida liminarmente, sob fundamento da ilegitimidade da parte autora. O Min. Rel. Teori Zavascki entendeu inexistir legitimidade da requerente para a propositura da referida ADPF, pois: “diferentemente do que alegado na inicial, a requerente não se enquadra no conceito normativo de entidade de classe de âmbito nacional, descrito pelo art.

283 Fundamentação Constitucional: Arts. 5º, inc. IX e XXXII. Requerente: PROTESTE - Associação Brasileira de Defesa do Consumidor. Resultado liminar: ‘Diante da carência de legitimidade da requerente para a propositura desta arguição de descumprimento de preceito fundamental, indefiro-a liminarmente, nos termos do art. 4º, caput, da Lei n. 9.882/99’.

103, IX, da Constituição Federal (...).” Também, que faltaria a demonstração da existência de filiados em pelo menos nove Estados-membros da federação, por aplicação analógica do critério do art. 8º da Lei n. 9.906/95.²⁸⁴

Em 18/5/2017, nesta ADPF 421 houve o pedido de desistência, o qual foi homologado. A parte, Proteste, ingressou como *amicus curiae* na ADPF 403.

Sobre a legitimidade processual da Associação Brasileira de Defesa do Consumidor, o então Min. Relator adotou interpretação restritiva do texto constitucional, a partir da leitura do art. 103, inc. IX.²⁸⁵

Talvez, outra solução fosse possível a partir de uma interpretação mais ampliada ao ponto de permitir a participação da referida associação no debate sobre o bloqueio judicial do WhatsApp. Ou seja, poderia ter sido admitida a tese da legitimidade da associação brasileira de defesa do consumidor, para propor a ADPF contra a decisão judicial de bloqueio do WhatsApp, em defesa dos milhões de consumidores brasileiros afetados pela decisão. Esta solução seria mais adequada diante da garantia constitucional do amplo acesso à jurisdição.

284 Art. 8º O requerimento do registro de partido político, dirigido ao cartório competente do Registro Civil das Pessoas Jurídicas, da Capital Federal, deve ser subscrito pelos seus fundadores, em número nunca inferior a cento e um, com domicílio eleitoral em, no mínimo, um terço dos Estados, e será acompanhado de:

I - cópia autêntica da ata da reunião de fundação do partido;

II - exemplares do Diário Oficial que publicou, no seu inteiro teor, o programa e o estatuto;

III - relação de todos os fundadores com o nome completo, naturalidade, número do título eleitoral com a Zona, Seção, Município e Estado, profissão e endereço da residência.

285 Esta questão processual sobre a legitimidade das associações nas ADIs e ADPFs é abordada em item específico no livro, sob o vies das associações empresariais de telecomunicações.

3 FISCALIZAÇÃO E RETIRADA DE CONTEÚDO OFENSIVO PUBLICADO EM REDES SOCIAIS. DEVER DE EMPRESA HOSPEDEIRA. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 533

RE 660861/MG – REPERCUSSÃO GERAL - TEMA 533 - GOOGLE – REDES SOCIAIS – SITES DE RELACIONAMENTO – PUBLICAÇÃO DE MENSAGENS NA INTERNET – CONTEÚDO OFENSIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR DE APLICATIVO DE INTERNET – DANOS MORAIS – INDENIZAÇÃO – COLISÃO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO vs. DIREITO À PRIVACIDADE, À INTIMIDADE, À HONRA E À IMAGEM -

O Supremo Tribunal Federal, na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo **(ARE) 660861/MG**,²⁸⁶ Relator o Min. Luiz Fux, em que é recorrente o Google Brasil Internet Ltda., decidirá sobre a responsabilidade do provedor de conteúdos de exercer a fiscalização e retirada de conteúdo e publicações de mensagens em sites de relacionamento (Orkut, adquirido pelo Google).²⁸⁷

O Supremo Tribunal Federal declarou que o Tema tem Repercussão Geral:

“Tema 533 - Dever de empresa hospedeira de sítio na internet fiscalizar o conteúdo publicado e de retirá-lo do ar quando considerado ofensivo, sem intervenção do Judiciário”.²⁸⁸

286 Fundamentação Constitucional: Arts. 5º, incs. II, IV, IX, XIV, XXXIII, XXXV; inc. III, “a” e § 3º; 220, § 1º, § 2º e §6º. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Amicus Curiae: Artigo 19 Brasil e Associação Brasileira de Centros de Inclusão Digital - ABCID. Julgamento Plenário: Em 07.11.2012, reconhecida a Repercussão Geral. Até o momento da conclusão deste texto, o Supremo Tribunal Federal não havia analisado mérito da questão.

287 Destaque-se que a rede social de relacionamento Orkut (empresa) hoje pertence ao Google.

288 Neste caso, o Min. Marco Aurélio manifestou seu voto no sentido de ausência da repercussão geral, pois entendeu que não há questão constitucional. Em sua visão, a questão é meramente infraconstitucional.

Em resumo, é objeto de análise a responsabilidade civil da empresa Google, diante de publicações de conteúdo em sites de relacionamento, no caso Orkut (adquirido pela Google). O dever de fiscalização e de retirada do ar de conteúdo considerado ofensivo à pessoa.

O caso se refere à ação judicial proposta por professora do ensino médio vítima de ofensas no site de relacionamento Orkut. A empresa Google afirma que tão logo teve ciência da ofensa retirou o conteúdo ilícito do site de relacionamentos.

Afirma-se na inicial que a página da internet no caso representou verdadeiro mecanismo para a propagação do discurso do ódio contra a professora do ensino médio vítima de ofensas pessoais, que desbordam da liberdade de crítica. A questão em julgamento é, também, sobre a necessidade ou não de ordem judicial para retirar o conteúdo ofensivo aos direitos de personalidade.

Em sua defesa, a empresa Google defende a sua ilegitimidade passiva para figurar no processo, eis que a criação da comunidade virtual no Orkut foi feita por terceiro estranho à lide, bem como a impossibilidade técnica e jurídica de monitoramento do conteúdo inserido no Orkut, rede social na qual foi veiculado o conteúdo.

O Supremo Tribunal Federal, no ARE 660.861/MG, enfrenta a colisão entre a liberdade de expressão e de informação, sustentada pela empresa Google Brasil Internet Ltda. e os direitos à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem das pessoas, em especial o da professora autora da ação por danos em razão de ofensas pessoais recebidas no site do Orkut.

Em questão também, saber se a determinação judicial de fiscalizar informações difundidas na internet, imposta à empresa que hospeda rede social, no caso do Google (empresa proprietária e sucessora do Orkut), configura censura prévia e ofende aos artigos 5º, incs. IV, IX, XIV, XXXIII, e 220, § 1º, § 2º e § 6º, da Constituição.

Consta do voto do Min. Fux, no acórdão que reconheceu a repercussão geral do Tema 533:

“Insta definir, à míngua de regulamentação legal da matéria, se a incidência direta dos princípios constitucionais gera, para a empresa hospedeira de sítios na rede mundial de computadores, o dever de fiscalizar o conteúdo publicado nos seus domínios eletrônicos e de retirar as informações reputadas ofensivas, sem necessidade de intervenção do Judiciário. Considero que a matéria possui Repercussão Geral, apta a atingir inúmeros casos submetidos à apreciação do Poder Judiciário.”

O parecer do Procurador-Geral da República no caso é pelo desprovimento do recurso extraordinário:

“Ressalta-se que a inviolabilidade da imagem das pessoas reveste-se da natureza de garantia fundamental e sua utilização constitui direito exclusivo e personalíssimo, cuja inobservância gera o necessário e inafastável dever de reparar o prejuízo causado, independente do intuito comercial da reprodução não consentida da imagem, bastando a presunção de desconforto e constrangimento que resulta da violação da intimidade e vida privada. Ressalta-se, a tanto, que os elementos probatórios e fatos são insuscetíveis de reavaliação na sede extraordinária. Não se vislumbra, nesses termos, prejuízo à liberdade de expressão ou imposição de censura prévia, apenas a responsabilização subjetiva do provedor, que, ciente de conteúdos passíveis de macular a imagem e honra da recorrida, quedou-se inerte, atraindo as sanções cabíveis, no interior do sistema de direitos, aplicadas através da adequada prestação jurisdicional.”

Um ponto a se destacar é o debate sobre a extensão do regime de responsabilidade do provedor de redes sociais diante de publicações qualificadas como ofensivas aos direitos de personalidade: privacidade, intimidade, honra e imagem. Também, se a determinação de fiscalização sobre o conteúdo das mensagens nas redes sociais representa censura prévia ou não.

Também, resta saber sobre a configuração do direito à indenização por danos, causados pelo provedor de sites de hospedagem, bem como a extensão deste direito à indenização.

É fundamental a definição do regime de responsabilidade dos provedores de aplicações de internet, no caso, o Orkut sucedido pelo Google.

O Marco Civil da Internet, na Lei n. 12.965/2014, distingue os serviços de acesso à internet dos serviços de aplicações de internet. Esta lei é posterior à data dos fatos inerentes à questão constitucional.

Os provedores de serviços de acesso à internet não respondem pelos conteúdos divulgados pela internet, nos termos do art. 18, da Lei n. 12.965/2014. Sua responsabilidade limita-se à garantia do acesso à internet pelo usuário. Mas, o provedor de acesso à internet é obrigado a identificar os registros de acesso dos usuários ou terminal na hipótese de requisição judicial dos registros de conexão, conforme determina o art. 22 da lei.

De outro lado, os provedores de aplicativos de internet somente podem ser responsabilizados pelos conteúdos difundidos por terceiros na internet, nos termos do Marco Civil da Internet.²⁸⁹ Daí a obrigação legal em promover a retirada de conteúdos ilícitos em sites, mediante notificação judicial da pessoa interessada.

Ou seja, nos termos do Marco Civil da Internet, o provedor de aplicações de internet não é obrigado a fiscalizar o conteúdo das publicações feitas pelos usuários nas páginas dos sites. No entanto, se ele, devidamente notificado pela pessoa ofendida não retirar o conteúdo ofensivo de suas páginas, aí, nesta hipótese pode ser responsabilizado pelo dano aos direitos da personalidade. Destaque-se que as empresas provedoras de sites de hospedagem e provedores de redes sociais configuram aplicações de internet, nos termos da referida lei.

289 Cf. art. 19, da Lei n. 12.965/2014.

Sobre o tema, verifique-se o teor do Marco Civil da Internet:

“Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiro se, após, ordem judicial específica não tomar as providências para no âmbito e nos limites técnicos de seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.”

O Marco Civil da Internet refere-se a esta possibilidade de retirada de conteúdo ofensivo pelo provedor de aplicações de internet, uma vez devidamente notificado judicialmente pelo ofendido, sem a configuração de censura privada pela empresa de tecnologia. Ao que parece, presume-se constitucional e razoável este dispositivo legal em proteção aos direitos da personalidade, bem como para evitar a censura prévia sobre os conteúdos divulgados pela internet.

Não é possível adotar interpretação constitucional e legal de modo desproteger os direitos de personalidade das pessoas, vítimas de ofensas em sites da internet. Nos termos do princípio da proporcionalidade, há proibição do excesso, bem como a proibição da proteção deficiente aos direitos fundamentais, algo a ser observado na aplicação do Marco Civil da Internet.

Também, é preciso considerar que até mesmo a liberdade de expressão e o direito à informação têm limites. Conteúdos ofensivos e ilícitos que afetam os direitos da personalidade, evidentemente, que devem ser retirados dos sites da internet. A propósito deste aspecto, o Min. Alexandre de Moraes, em sua obra *Direito Constitucional*, escreve sobre a liberdade de informação, aqui aplicável por analogia nos blogs e sites:

“A Constituição Federal não protege as informações levemente não verificadas ou astuciosas e propositadamente errôneas, transmitidas em total desrespeito à verdade, pois as liberdades públicas não podem prestar-se à tutela de condutas ilícitas.

A proteção constitucional à informação é relativa, havendo a necessidade de distinguir as informações de fatos de interesse público, da vulneração de condutas íntimas e pessoais, protegidas pela inviolabilidade à vida privada, e que não podem ser devassadas de forma vexatória ou humilhante”.²⁹⁰

Verifica-se frequentes abusos contra os direitos de personalidades, cometidos em sites, blogs, páginas sociais e redes sociais. Não é admissível que abusos contra direito de personalidade, bem como à vida privada, nome, imagem, e honra, sejam repetidos, , sem a necessária proteção e reparação judicial e punição dos agressores, na proporção justa e adequada ao dano violento. Daí a nobre missão do Poder Judiciário na diferenciação entre os limites à liberdade de expressão, informação e comunicação, das hipóteses de abusos contra os direitos de personalidade, em sites, blogs e redes sociais. Especialmente, é fundamental estabelecer a proporcionalidade entre o dano material e moral e a reparação ao direito fundamental violado: intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, em efetivação à garantia do art. 5º, inc. XI, da Constituição.

Os provedores de aplicações de internet, na modalidade de redes sociais, têm responsabilidade quanto ao cumprimento do Marco Civil da Internet, das regras de proteção aos dados pessoais, de guarda dos registros de conexão, bem como para a retirada de conteúdos ilícitos ofensivos aos direitos fundamentais das pessoas.²⁹¹

É preciso diferenciar entre os provedores de conexão à internet (via de regra empresas e telecomunicações e provedores de internet) e os provedores de aplicações de internet (redes de busca, redes sociais, aplicativos, etc.), cada qual tem seu regime jurídico definido na legislação setorial.²⁹²

290 MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 33ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2017, p. 889.

291 Até a conclusão deste livro, não houve o julgamento do mérito no ARE 660861/MG.

292 Ver: Scorsim, Ericson M. Direito das comunicações, obra citada.

4 DIREITO AO ESQUECIMENTO NO ÂMBITO CIVIL. REDES DE BUSCA. INTERNET. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 786

DIREITO AO ESQUECIMENTO - EXCLUSÃO DE TEXTOS – INFORMAÇÕES - PROVEDOR DE BUSCAS GOOGLE – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA – PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – HARMONIZAÇÃO LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO – ARE 953216/ES

O direito ao esquecimento na internet, especialmente diante das empresas provedoras de buscas e pesquisas, é objeto de julgamento no Supremo Tribunal Federal. O direito ao esquecimento é ainda objeto de desenvolvimento doutrinário. Refere-se à proteção aos direitos à vida privada, intimidade, honra, nome, imagem, com a exclusão de referências ao nome, imagem, nos meios de comunicação social.

No Agravo em Recurso Extraordinário 953216/ES, Relator o Min. Edson Fachin, proposto por Dankas Martins em face da empresa Google Brasil Internet Ltda., o autor busca a proteção jurisdicional ao direito ao esquecimento no âmbito civil.

O caso refere-se à ação indenizatória proposta pelo autor diante de ofensas pessoais, praticadas em sites e blogs. Em sua defesa, os direitos à intimidade, à honra, à imagem e à privacidade, bem como dignidade humana.

Trata-se de caso típico de colisão entre direitos fundamentais.

De um lado, a liberdade de expressão e o direito à informação, exercido em sites e blogs, na plataforma da internet. De outro lado, a dignidade humana e a inviolabilidade da honra e intimidade, vida privada, nome, imagem, das pessoas agredidas em seus direitos fundamentais, bem como direito por indenização diante das agressões aos direitos de personalidade.

A parte recorrente baseia-se na repercussão geral reconhecida no RE 833248/RJ (TEMA 786), tratada neste livro também no capítulo sobre serviço de televisão por radiodifusão. Assim, segundo a decisão do Relator Min. Edson Fachin há repercussão geral do tema ‘aplicabilidade do direito ao esquecimento’ também no âmbito da internet:

“No recurso extraordinário, com fundamento no permissivo constitucional do art. 102, III, a, aponta-se ofensa aos artigos 1º, III, 5º, X e XXXV e 93, IX, da Constituição Federal, por violação aos princípios da proteção da dignidade humana, da proporcionalidade e razoabilidade, da inafastabilidade do controle jurisdicional, bem como por contrariedade ao dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre os temas discutidos nestes autos.

O Plenário desta Corte, ao julgar o ARE 833248-RG, DJe de 20/02/2015, de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, Tema 786, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional que versa sobre a aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares, por considerar a harmonização dos princípios constitucionais da liberdade de expressão e do direito à informação com aqueles que protegem a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da honra e da intimidade.”

Em decisão monocrática, o Min. Relator determinou o retorno do recurso extraordinário ao Tribunal de origem para cumprimento do artigo 328, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o que significa que o recurso deverá ser adequado segundo a normativa da repercussão geral.

Como referido, se conhecido o recurso extraordinário, haverá a verificação da colisão entre os direitos à imagem, à intimidade e à honra e as liberdades de informação, de expressão, de comunicação e a preservação e garantia da

neutralidade da rede mundial de computadores, princípios previstos no Marco Civil da Internet.

De um dos lados, uma empresa de tecnologia de âmbito mundial que presta serviços de buscas e pesquisas na internet. Daí a verificação pelo Supremo Tribunal Federal dos limites e alcance das garantias da liberdade de expressão, informação e comunicação para pessoa jurídica que explora estas atividades econômicas.

Diante deste contexto, em destaque o princípio da dignidade humana, garantia fundamental aplicável no ambiente da internet. É dever do estado agir em função da prevenção e reparação de danos à dignidade humana. Como ensina o Min. Barroso como parte da dignidade humana o direito à integridade psíquica ou mental, o que compreende, no âmbito civil, o direito à honra pessoal e à imagem, bem como à privacidade.²⁹³

Sobre o tema, cumpre lembrar que o Tribunal de Justiça espanhol, em maio de 2014, decidiu sobre o direito ao esquecimento da pessoa diante da empresa Google em relação aos serviços de pesquisa, indexação e armazenamento dos dados pessoais. O Tribunal de Justiça espanhol aplicou ao caso a Diretiva n. 95/46, da Comunidade Europeia sobre o tratamento dos dados pessoais, bem como o direito à proteção pessoal.²⁹⁴

O caso do julgamento na Europa se refere a cidadã espanhola, cujo nome era associado pelos mecanismos de busca e indexação do Google a publicações de

293 Barroso, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo. A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2016, p. 78. O Min. Barroso lembra a referência ao princípio da dignidade humana no julgamento da ADPF n. 130 sobre a revogação da Lei de Imprensa. Nesta ADPF 130, importante destacar do voto do Min. Ayres Britto na ADPF 130: “...direitos de personalidade como situações jurídicas ativas que o Direito Constitucional vai positivando como expressão da vida humana digna”.

294 Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Disponível em http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/95-46-ce/dir1995-46_part1_pt.pdf

jornal espanhol, sobre anúncio de venda de imóvel em hasta pública, decorrente de arresto para fins de recuperação de dívidas da segurança nacional que menciona. A pessoa ingressou com ação judicial, em face do jornal e do Google, buscando a supressão ou ocultamento de seu nome nas páginas do site do jornal na internet.

Ao final, o Tribunal de Justiça espanhol reconheceu o direito de ver retirada a informação relacionada ao nome da pessoa da lista de resultados de pesquisa do Google. Concluiu-se que esse direito à proteção dos dados pessoais deve prevalecer sobre o interesse econômico do provedor de buscas na internet. Mas, também sobre o interesse do público em acessar à informação na pesquisa sobre a pessoa. Destaca o Tribunal de Justiça espanhol que no caso de se tratar de papel desempenhado na vida pública, a situação é diferente, há direito do público de acessar informações, incluídas na lista de resultados da pesquisa.²⁹⁵

No Brasil, diferentemente da Europa, não há lei específica sobre a proteção de dados pessoais. Há, no entanto, o Marco Civil da Internet, cuja interpretação, a partir da leitura do texto constitucional, pode possibilitar a tese em torno da criação do direito ao esquecimento.²⁹⁶

Ao que parece, este caso do RE n. 953216/ES representa a oportunidade para o Supremo Tribunal Federal definir os limites do direito à informação, inclusive, se há no caso o direito à informação do público, bem como se prevalece a proteção jurisdicional à pessoa, especialmente à sua vida privada, em relação às informações ofensivas divulgadas na plataforma internet, por provedor de buscas de informações.

295 Processo C-131/12, que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267.º TFUE, pela Audiencia Nacional (Espanha), por decisão de 27 de fevereiro de 2012, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 9 de março de 2012. Requerente: Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González. Requeridos: Google Spain SL e Google Inc. Julgamento: 13 de maio de 2014. Acórdão disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/5/art20140514-04.pdf>

296 No Brasil há, até a data de conclusão deste livro, há apenas anteprojeto de lei sobre a proteção de dados pessoais.

Também, é relevante a distinção entre o âmbito de incidência do direito ao esquecimento, em relação aos provedores de busca e às redes sociais. Definir, em algum momento, talvez neste Recurso Extraordinário 953216/ES, os limites para a expressão do ódio (haters), no ambiente das redes sociais e provedores de aplicações de internet.

Em síntese, aqui o desafio do Supremo Tribunal Federal em decidir sobre a questão constitucional referente à harmonização entre os direitos de personalidade diante das liberdades de expressão, informação e comunicação no ambiente da internet.²⁹⁷

5 LEI ESTADUAL QUE OBRIGA AS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS DE INTERNET MÓVEL E DE BANDA LARGA, NA MODALIDADE PÓS-PAGA, A APRESENTAR AO CONSUMIDOR, NA FATURA MENSAL, GRÁFICOS QUE INFORMEM A VELOCIDADE DIÁRIA MÉDIA DE ENVIO E RECEBIMENTO DE DADOS. INCONSTITUCIONALIDADE.

ADI 5569 - LEI ESTADUAL – OBRIGAÇÃO – PRESTADORAS DE SERVIÇOS DE INTERNET MÓVEL – APRESENTAÇÃO INFORMAÇÕES – CONSUMIDOR – VELOCIDADE MÉDIA DE TRÁFEGO DE PACOTE DE DADOS - INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL - COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO

Na **ADI 5569/MS**, Relatora a Ministra Rosa Weber, discute-se a inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 4.824/2016 de Mato Grosso do Sul. Esta lei estadual determina que as prestadoras de serviço de internet móvel e de banda larga, na modalidade pós-paga, apresentem ao consumidor, na fatura

²⁹⁷ Até o fechamento da edição deste livro, o ARE 953216/ES não havia sido julgado.

mensal, gráficos que informem a velocidade diária média de envio e recebimento de dados entregues no mês, transmitidos pela rede mundial de computadores.²⁹⁸

Aponta-se a inconstitucionalidade da referida lei por violação aos arts. 21, inc. XI, 22, inc. IV e 175 da Constituição Federal. Na petição inicial, defende-se que os serviços de internet móvel e internet fixa são típicos serviços de telecomunicações. De consequência, a competência da União em legislar privativamente sobre os serviços de internet móvel e fixa.

Em parecer, o Ministério Público Federal arguiu ilegitimidade das partes autoras da ADI 5.569/MS, eis que representam apenas segmento de categoria econômica. Quanto ao mérito, pela procedência do pedido de cautelar para o fim de suspender os efeitos da lei do estado do Mato Grosso do Sul acima referida, sob o fundamento da usurpação da competência privativa da União para legislar sobre o tema.²⁹⁹ Segundo o parecer: “Materialmente, a exigência da lei sul-mato-grossense é conveniente e mais bem defenderia os interesses dos consumidores, pois lhes daria mais informação sobre os contratos de que são parte. Não obstante, falta competência legislativa ao estado-membro para o fazer”.

O Supremo Tribunal Federal, em 18 de maio de 2017, julgou procedente o pedido. Declarou a legitimidade das associações autoras. No mérito, declarou a inconstitucionalidade formal da Lei n. 4.824/2016 do Estado do Mato Grosso do Sul, sob o fundamento da violação à regra de competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações.

298 Requerentes: Associação das Operadoras de Celulares - ACEL e ABRAFIX - Associação Brasileira de Concessionárias de Serviço Telefônico Fixo Comutado. Julgamento em 18.5.2017, pela procedência da ADI 5569/MS.

299 Nas páginas 7 e 8 do Parecer do MPF: “Não podem a ACEL e a ABRAFIX ser consideradas entidades representativas de classe, pois reúnem apenas frações de categoria econômica. Não abrange cada uma individualmente considerada, toda a categoria de prestadoras de serviços de telecomunicações – das quais os serviços celular e de telefonia fixa são espécie.” Como já referido anteriormente, o autor deste livro defende em capítulo próprio a tese de uma interpretação ampla do art. 103, inc. IX, da Constituição, que prevê o direito de propor ação direta de inconstitucionalidade às entidades representativas de categoria econômica de âmbito nacional, adequada à garantia do amplo acesso à jurisdição, bem como aos direitos das minorias.

No acórdão de procedência desta ADI 5569, ficou pontuado que a lei estadual, “a pretexto de tutelar interesses consumeristas, altera, no tocante às obrigações das empresas prestadoras, o conteúdo dos contratos administrativos no âmbito federal para a prestação do serviço público de telefonia, perturbando o pacto federativo”.

Por este fundamento principal foi julgada procedente a ADI por inconstitucionalidade formal porque a lei referida invadiu competência privativa da União “para regular a exploração do serviço público de telefonia – espécie do gênero telecomunicação”. Aqui o Supremo Tribunal Federal concluiu que os efeitos da lei estadual “não se esgotam na relação entre o consumidor-usuário e o fornecedor-prestador, interferindo na relação jurídica existente entre esses dois atores e o Poder Concedente, titular do serviço”

Destaca-se ainda da fundamentação do acórdão, pautada nos artigos 21, XI e 22, IV, da Constituição Federal:

“O significado da competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações (art. 22, IV) há de ser compreendido na ótica da titularidade da União para a exploração dessa atividade (art. 21, XI). Consagrado, na Carta de 1988, o monopólio da União sobre os serviços públicos de telecomunicações – ainda que a atividade seja delegada a particulares mediante autorização, concessão ou permissão – somente a ela cabe dispor acerca do seu regime de exploração, aí incluídas as obrigações específicas das prestadoras do serviço. O art. 21, XI da Carta Política, não apenas reserva à união a exploração das atividades de telecomunicações, como remete expressamente à lei federal a ‘organização dos serviços’”.

(...)

“(...) A despeito de traduzirem os serviços de telefonia, mormente quando prestados por empresas particulares, uma dimensão de efetiva atividade

econômica, comercial, de consumo – e, nessa medida sujeitos aos princípios e normas de proteção aos direitos e interesses do consumidor -, não se pode perder de vista que se trata, antes, de prestação de serviço público. E nesse contexto, a prestação de serviços de telefonia se dá em ambiente jurídico marcado por regulamentação complexa, em que convivem empresas submetidas a diferentes condições e regimes jurídicos de exploração, além de metas ligadas aos objetivos da política nacional de telecomunicações.

Nessa linha enfatizo, embora ostente características de relação de consumo, a relação jurídica entre o usuário do serviço e a empresa prestadora é um segmento de uma relação jurídica trilateral que envolve, além desses sujeitos, o Poder Público, titular do serviço, a quem compete a definição dos parâmetros técnicos e econômicos da sua prestação”.

(...)

“E, a meu juízo, a norma estadual impugnada interfere no conteúdo dos contratos administrativos firmados no âmbito federal para prestação do serviço público, pelo que não vejo como afirmar que se esgota na tutela de interesses consumeristas.

(...)

De outro lado, o Tribunal não tem atribuído validade constitucional a normas estaduais que, embora animadas pelo desiderato de afirmar a proteção do sujeito hipossuficiente em uma relação de consumo, têm a consequência prática de interferir na estrutura de prestação do serviço público e no equilíbrio dos contratos administrativos”.

Com todo respeito, há que se fazer uma distinção a partir da fundamentação adotada na decisão do Supremo Tribunal Federal, que se refere à hipótese de telefonia. Aqui nesta ADI, há a singularidade do regime jurídico: serviços de conexão à internet. Deste modo, não se está diante de litígio entre a empresa prestadora do serviço de acesso à internet e a União contrato administrativo.

Não há relação de concessão de serviço público. A relação jurídica é mediada pelo regime privado de autorização administrativa. O serviço de conexão à internet não é serviço de telefonia. Esta é a importante distinção que se coloca.

Neste caso específico, ADI 5569, diferentemente de outras situações em que foi reconhecida a violação da regra de competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações, observe-se que está relacionado à impugnação de lei estadual sobre a prestação do serviço de internet móvel na modalidade pós-paga.

A lei estadual que impõe a apresentação de informações aos consumidores sobre a velocidade média do tráfego de pacote dados nos serviços de internet foi editada com fundamento na competência legislativa concorrente dos Estados-membros para legislar normas sobre produção e consumo, bem como responsabilidade por dano aos consumidores, prevista no art. 24, V e VIII, da Constituição.³⁰⁰

Ora, formalmente, o serviço de conexão à internet não é propriamente serviço de telecomunicações. Trata-se de serviço de valor adicionado à rede de telecomunicações, sob o regime de autorização administrativa.

Há distinções relevantes entre o regime jurídico de empresa prestadora de serviços de telecomunicações em relação ao regime jurídico da empresa provedora do serviço de conexão à internet, por banda larga fixa ou móvel. Daí as dificuldades em enquadrar o tema da internet fixa e móvel, sob o fundamento da competência legislativa privativa da União para legislar sobre serviços de telecomunicações, no art. 21, inc. IX, bem como art. 22.

Cumprido destacar que a matéria relativa à informação sobre as velocidades médias aos serviços de acesso à internet é objeto de regulação setorial, na forma de

300 Sobre o tema, a Constituição dispõe que, no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais (art. 24, §1º). Também, a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados (art. 24, §2º). Se inexistir lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades (art. 24, §3º). E se houver a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário”.

Resolução 614, que trata dos direitos dos usuários dos serviços de telecomunicações e internet, editada pela Anatel.³⁰¹

6 OFENSA PESSOAL VEICULADA PELA INTERNET: COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE AÇÕES DE RESPONSABILIDADE POR DANOS E RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR DE CONTEÚDO NA INTERNET - REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 208

RE 601220/SP - TEMA 208 – REPERCUSSÃO GERAL – COMPETÊNCIA JURISDICIONAL PARA PROCESSAR E JULGAR AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS CAUSADOS POR CRÍTICA VEICULADA PELA INTERNET

O Supremo Tribunal Federal enfrenta o Tema 208 que trata do foro competente para o julgamento de ações por danos na internet: “Competência jurisdicional para processar e julgar ação de reparação de danos causados por crítica veiculada pela internet”.

O caso decorre de ação de indenização por danos proposta por estabelecimento de ensino contra blog/site da internet em relação ao conteúdo de apostila de história e geografia, supostamente ofensivos ao estabelecimento comercial.

No RE 601220/SP,³⁰² Relator o Min. Celso de Mello, e originalmente o Min. Eros Grau, o Supremo Tribunal Federal analisa a competência para julgamento de ações de responsabilidade pela veiculação de crítica realizada através de sites da internet. O Tribunal de Justiça de São Paulo, ao interpretar o art. 100, parágrafo

³⁰¹ Ver Resolução n. 634 da Anatel sobre o Direitos dos Consumidores nos Serviços de Telecomunicações e Internet.

³⁰² Fundamentação Constitucional: Art. 5º, 6º e 220, §1º. Dispositivo Legal Questionado: Art. 100, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Requerente: Miguel Francisco Urbano Nagib. Julgamento Repercussão Geral: Em 01.10.2009.

único, do antigo Código de Processo Civil, assentou ser competente o foro do domicílio do autor para julgar as ações de responsabilidade civil.³⁰³

No recurso extraordinário, alega-se que o acórdão recorrido, ao fixar a competência para julgamento do caso em razão do domicílio do autor da ação, viola a plena liberdade de informação jornalística e o exercício do direito de defesa. Daí o pedido de reconhecimento da competência da Justiça de Brasília – Distrito Federal, para julgamento da ação indenizatória.

A repercussão geral no RE 601.220 foi reconhecida pelo Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal. Consta do voto do Relator Min. Eros Grau visto que “milhões de indivíduos que exercem, regular ou esporadicamente, a liberdade de informação jornalística por meio da internet estarão expostos ao risco de ser processados em qualquer comarca do país, dependendo do domicílio de quem venha a se sentir prejudicado pela informação ou pela crítica veiculada.”

Em seu voto o Min. Marco Aurélio, favorável à admissibilidade da repercussão geral, destaca:

303 Conforme CPC/1973, o art. 100 dispõe expressamente o seguinte:

Art. 100. É competente o foro:

I - da residência da mulher, para a ação de desquite e de anulação de casamento;

I - da residência da mulher, para a ação de separação dos cônjuges e a conversão desta em divórcio, e para a anulação de casamento;

II - do domicílio ou da residência do alimentando, para a ação em que se pedem alimentos;

III - do domicílio do devedor, para a ação de anulação de títulos extraviados ou destruídos;

IV - do lugar:

a) onde está a sede, para a ação em que for ré a pessoa jurídica;

b) onde se acha a agência ou sucursal, quanto às obrigações que ela contraiu;

c) onde exerce a sua atividade principal, para a ação em que for ré a sociedade, que carece de personalidade jurídica;

d) onde a obrigação deve ser satisfeita, para a ação em que se lhe exigir o cumprimento;

V - do lugar do ato ou fato:

a) para a ação de reparação do dano;

b) para a ação em que for réu o administrador ou gestor de negócios alheios.

Parágrafo único. Nas ações de reparação do dano sofrido em razão de delito ou acidente de veículos, será competente o foro do domicílio do autor ou do local do fato.

Com o novo Código de Processo Civil, tal disposição está prevista no artigo 53.

“No tocante ao fundo, comungo inteiramente com o relator. A controvérsia deste processo é de envergadura maior porque envolve o alcance da garantia constitucional, do preceito do §1º do artigo 220 da Carta Federal, revela que nenhuma lei conterà dispositivo – gênero – que possa consubstanciar embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer meio de comunicação social. Indago: lei que viabilize o ajuizamento de reparação de dano decorrente da veiculação de ideias no local do domicílio do autor implica cerceio à liberdade de expressão no que o responsável pelas notícias fica sujeito a responder a processo nas mais diversas comarcas desse continental Brasil? Ao Supremo incumbirá a resposta”.

O tema relacionado à jurisdição civil, especificamente do foro competente para julgamento de ações por danos decorrentes de ofensas propagadas em sites, é importante sob o ângulo das pessoas vítimas destas ofensas, bem como no direito de defesa e o princípio do devido processo legal. É fundamental que seja fixada a competência jurisdicional para julgamento de ações judiciais decorrentes de conflitos na plataforma internet.

Também, o princípio da segurança jurídica demanda a clareza quanto ao foro competente para julgamento das ações por danos na internet.³⁰⁴

7 ICMS SOBRE SERVIÇOS DE ACESSO À INTERNET. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL TEMA 263.

ICMS - SERVIÇOS DE ACESSO À INTERNET - SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO - AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

³⁰⁴ Até a conclusão deste livro, não julgado o mérito da repercussão geral no RE 601220/SP.

Em relação à incidência do ICMS sobre serviços de acesso à internet, o Supremo Tribunal Federal, no **Recurso Extraordinário 583327/MG**,³⁰⁵ Relator o Min. Ayres Britto, decidiu que o tema é eminentemente infraconstitucional, daí porque não qualificou a questão como objeto de repercussão geral. Assim, foi revisto o Tema 263: ‘incidência de ICMS sobre os serviços prestados pelos provedores de acesso à internet’.³⁰⁶ Fixada a tese de inexistência de repercussão geral.

Segundo a Ementa do julgado:

“Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o tema atinente à incidência do ICMS aos serviços de acesso à internet está circunscrito ao âmbito infraconstitucional. Não havendo, em rigor, questão constitucional a ser apreciada por esta nossa Corte, falta ao caso elemento de configuração da própria repercussão geral, conforme salientou a Ministra Ellen Gracie, no julgamento da Repercussão Geral no RE 584.608”.

Diversamente, o Min. Marco Aurélio e Min. Ricardo Lewandowski entenderam pela configuração da repercussão geral.

Ou seja, a questão sobre incidência do ICMS sobre os serviços de acesso à internet encontra-se no âmbito da interpretação da legislação infraconstitucional. Não há, segundo o Supremo Tribunal Federal, questão constitucional em relação à matéria.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido da não incidência do ICMS sobre os serviços de acesso à internet, nos termos da Súmula n. 334.

305 Fundamento Constitucional: Arts. 5º; incs. II, IV, IX, XIV, XXXIII, XXXV; 12, inc. III, “a” e § 3º; 220, § 1º, § 2º e §6º. Recorrente: Internet Group do Brasil. Julgamento Plenário: Em 08.04.2010, o STF, por maioria, não conheceu o recurso extraordinário ante a ausência de repercussão geral da questão, por não se tratar de matéria constitucional, vencido os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Não se manifestou a Ministra Cármen Lúcia.

306 Súmula n. 334 do STJ: “O ICMS não incide no serviço dos provedores de acesso à Internet.”

8 CRIAÇÃO DO PROGRAMA INTERNET POR BANDA LARGA GRATUITA. LEI MUNICIPAL DE INICIATIVA DA CÂMARA DE VEREADORES. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DO PREFEITO. INCONSTITUCIONALIDADE.

LEI MUNICIPAL – INICIATIVA CÂMARA DE VEREADORES -
AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA - CRIAÇÃO DE PROGRAMA MUNICIPAL
DE INTERNET GRATUITA – MATÉRIA DE INICIATIVA PRIVATIVA DO
PREFEITO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL

No **ARE 785227/SP**,³⁰⁷ Relator o Min. Roberto Barroso, o Supremo Tribunal Federal admitiu o recurso extraordinário para examinar a questão da constitucionalidade de lei municipal que autoriza a criação de programa municipal de banda larga gratuita, especificamente para submissão ou não da matéria à iniciativa do Prefeito.³⁰⁸

O interessante deste caso é a atuação de Câmara de Vereadores quanto à criação de política pública para incentivar a oferta de internet por banda larga gratuita para seus cidadãos. Para além do debate sobre a competência para iniciar projeto de lei sobre o tema, quanto ao mérito, a relevância da atuação do poder público municipal quanto à formulação de política pública de inclusão digital, algo incentivado inclusive no Marco Civil da Internet.

307 Fundamentação Constitucional: Arts. 29, caput; 30, incs. I e II. Recorrente: Presidente da Câmara Municipal de Americana. Julgamento: Em 24.06.2014, decisão monocrática dando provimento ao agravo para admitir o recurso extraordinário apenas quanto à suposta usurpação da iniciativa privativa do Prefeito.

308 Superada a questão da competência de iniciativa legislativa do Prefeito, é constitucional a lei editada pelo Município para a adoção de programas de incentivo à instalação de serviços de banda larga no âmbito territorial municipal.

Mas, conforme decisão do Relator, o Supremo Tribunal Federal somente apreciará a questão formal em relação à iniciativa do projeto de lei, se da competência do Prefeito ou da Câmara de Vereadores.³⁰⁹

309 Até o fechamento da edição deste livro, a repercussão geral do recurso extraordinário ainda não fora fixada.



TELEVISÃO E RÁDIO POR RADIODIFUSÃO

Capítulo 3 - Televisão e rádio por radiodifusão

O Supremo Tribunal Federal decidiu diversos temas sobre televisão e rádio por radiodifusão do setor privado. Há também questões constitucionais que aguardam decisão. Antecipando um pouco do conteúdo que segue nos próximos itens, exemplifica-se: i) houve a decisão sobre a recepção da lei dos serviços de TV e rádio, por radiodifusão (ADI 561/DF); ii) a declaração da constitucionalidade do decreto que mudou o padrão de transmissão para TV digital (ADI 3944/DF); iii) classificação indicativa da programação (ADI 2404/DF); iv) direito de antena dos partidos políticos (ADI 956/DF, ADI 5105/DF e ADI 1408); v) a política pública sobre recursos de acessibilidade à programação de televisão por deficientes visuais (ADPF 309); vi) aguarda julgamento o Tema 786, relativo ao direito ao esquecimento no âmbito civil no âmbito dos programas de TV, entre outros, a seguir analisados.

A liberdade de radiodifusão quanto à ampla difusão de conteúdos foi intensamente debatida na ADPF n. 130. No voto do Min. Relator Ayres Britto, nesta ADPF 130, está a questão da ampla liberdade na divulgação de conteúdos audiovisuais pelas emissoras de televisão:

“Atente-se para as novelas da televisão brasileira e demais programações em canal aberto. Não há censura prévia quanto à exposição de capítulos, cenas, fatos, mas os temas polêmicos ou de mais forte quebra de paradigmas culturais são retratados com perceptível cuidado. Cuidado ou acautelamento que nada tem a

ver com o receio de intervenção estatal (proibida pela Constituição, ressalvado o estado de direito) ...”.³¹⁰

Daí a plena proteção constitucional à liberdade de programação de televisão, com a vedação à censura artística. Para além deste aspecto do entretenimento, há a plena liberdade de informação jornalística sob responsabilidade das emissoras de televisão e rádio. Também, o direito à comunicação publicitária exercido pelas empresas de TV e rádio por radiodifusão, em benefício dos anunciantes, agências e dos consumidores.

A seguir, a análise pelo Supremo Tribunal Federal da recepção pela Constituição de 1988 da Lei n. 4.177/1962 que trata dos serviços de TV e rádio por radiodifusão do setor privado.

1 RECEPÇÃO DA LEI DA TV E RÁDIO COMERCIAL PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI 4.117/1962

ADI 561 - RECEPÇÃO DA LEI Nº 4.117/1962 DOS SERVIÇOS DE RADIODIFUSÃO SONORA E RADIODIFUSÃO DE SONS E IMAGENS PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988 – PRESERVAÇÃO DO CONCEITO TÉCNICO-JURÍDICO DE TELECOMUNICAÇÕES – DECRETO REGULAMENTAR n. 177/1991 – SERVIÇOS LIMITADOS DE TELECOMUNICAÇÕES - IMPUGNAÇÃO NÃO CONHECIDA - ADI 561/DF –

³¹⁰ A televisão e o rádio por radiodifusão são a fonte para a concretização dos direitos fundamentais à liberdade de expressão, liberdade de informação jornalística, liberdade artística e cultura. Sobre o tema: Scorsim, Ericson M. Direito à informação e serviços de televisão. In *Direito Constitucional brasileiro. Teoria da Constituição e Direitos fundamentais*. vol. I (Clèmerson Merlin Clève - Coordenador). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pps. 450-481. Ver, também, sobre a relação entre Comunicação Social e democracia, ver: Scorsim, Ericson M. Comunicação Social e Democracia: regime jurídico dos serviços de televisão aberta. In *Direito Constitucional brasileiro. Teoria da Constituição e Direitos fundamentais*. vol. III (Clèmerson Merlin Clève - Coordenador). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pps. 497-529.

Na questão aqui trazida, o Supremo Tribunal Federal analisou se a Lei n. 4.117/1962 foi recepcionada pela Constituição de 1988 e se o diploma legislativo ainda é aplicável ao setor de radiodifusão comercial.

Na **ADI 561/DF**,³¹¹ Relator o Ministro Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal deliberou acerca da constitucionalidade do Decreto Regulamentar n. 177/1991 e, por conseguinte, da recepção e compatibilidade da Lei n. 4.117/1962 com a Constituição de 1988, uma vez que o referido decreto nela se fundamentava.

Esta Lei n.º 4.117/1962 é originariamente conhecida como Código Brasileiro de Telecomunicações. Mas, a Lei Geral de Telecomunicações (Lei n.º 9.492/1997) acabou por revogar os preceitos aplicáveis aos serviços de telecomunicações, previstos na Lei n. 4.117/1962; porém, manteve os dispositivos relacionados aos serviços de radiodifusão sonora e radiodifusão de sons e imagens.

Registre-se que o objeto principal da ADI 561/DF consistia na impugnação do Decreto n.º 177/1991, o qual aprovou a regulamentação dos serviços limitados de telecomunicações. O fundamento da ADI: ofensa ao art. 21, inc. IX, que tratava do monopólio estatal sobre os serviços de telecomunicações, bem como a competência do Congresso Nacional, no art. 48, inc. II, para deliberar a respeito do tema envolvendo serviços de telecomunicações.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal não conheceu a ADI 561/DF, por entender que não cabe o controle abstrato de constitucionalidade sobre ato regulamentar. Apesar de não ter sido conhecida a ADI 561, curiosamente, ela é invocada, frequentemente, pelo Supremo Tribunal Federal em suas decisões para justificar

311 Fundamentação Constitucional: Art. 48, inciso XII. Requerente: Partido dos Trabalhadores – PT. Julgamento Plenário: Em 23.08.1995. Ou seja, por maioria de votos o Supremo Tribunal Federal acolheu a tese no sentido de que o Decreto n. 177/1991, que se destina a regulamentar o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n. 4.117/1962), não é suscetível de ser atacado por ação direta de inconstitucionalidade. Vencidos, em parte, os Ministros Sepúlveda Pertence, Presidente, e Maurício Corrêa, que julgavam prejudicada a ação quanto aos arts. 6º e 8º do Decreto n. 177, de 17.7.91, em face da superveniência da EC n. 8/95 e não conheciam da ação quanto ao restante.

a recepção da Lei nº 4.117/1962, especialmente nos casos relacionados à obrigatoriedade da transmissão do programa oficial Voz do Brasil pelas emissoras de rádio comercial.

O referido entendimento vem conduzido em voto do Relator Min. Relator Celso de Mello:

“A Lei n. 4.117/62, em seus aspectos básicos e essenciais, foi recebida pela Constituição promulgada em 1988, subsistindo vigentes, em conseqüência, as próprias formulações conceituais nela enunciadas, concernentes às diversas modalidades de serviços de telecomunicações. A noção conceitual de telecomunicações - não obstante os sensíveis progressos de ordem tecnológica registrados nesse setor constitucionalmente monopolizado pela União Federal - ainda subsiste com o mesmo perfil e idêntico conteúdo, abrangendo, em conseqüência, todos os processos, formas e sistemas que possibilitam a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons e informações de qualquer natureza. O conceito técnico-jurídico de serviços de telecomunicações não se alterou com o advento da nova ordem constitucional.

Prossegue, ainda, o voto do Min. Relator expressando que a Constituição recepcionou o Código Brasileiro de Telecomunicações:

“Conseqüentemente - e à semelhança do que já ocorrera com o texto constitucional de 1967 - a vigente Carta Política recebeu, em seus aspectos essenciais, o Código Brasileiro de Telecomunicações, que, embora editado em 1962, sob a égide da Constituição de 1946, ainda configura o estatuto jurídico básico disciplinador dos serviços de telecomunicações.”

Portanto, a Lei nº. 4.117/1962 é aplicável aos serviços de televisão e rádio por radiodifusão do setor comercial. Esta lei contém os preceitos básicos aplicáveis às empresas de TV e rádio por radiodifusão do setor privado. São regras legais sobre

outorga dos serviços de radiodifusão, obrigações societárias, obrigações na grade de programação, garantias à liberdade de radiodifusão e sanções aplicáveis às concessionárias, entre outras.

Entende-se aqui, em que pese a referida decisão na ADI 561, cada artigo da Lei nº 4.117/1962 pode ser submetido ao exame de sua constitucionalidade, de modo individual, diante da Constituição de 1988. Ou seja, se houver dúvidas quanto à constitucionalidade de alguns dos artigos da Lei nº 4.117/1962 é possível a respectiva impugnação e invocar o exercício da jurisdição constitucional. É cabível inclusive a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), para fins de controle da constitucionalidade da lei anterior à Constituição.

Na visão do autor, é necessária a edição de nova lei para o setor privado dos serviços de TV e Rádio por radiodifusão, em substituição à Lei nº 4.117/1962, alinhada à Constituição Federal de 1988, bem como à evolução tecnológica e às mudanças estruturais do mercado audiovisual e ao ambiente da internet. Evidente que o novo marco regulatório dos serviços de TV e rádio por radiodifusão do setor comercial há de respeitar o núcleo fundamental da liberdade de radiodifusão de titularidade da empresa de TV e rádio, o qual impede qualquer forma de censura à difusão de conteúdo audiovisual.³¹²

312 Ver: SCORSIM, Ericson M. Direito. Direito a Informação e Serviços de Televisão. Direito Constitucional Brasileiro. Coordenação Clèmerson Merlin Clève, 1ª ed, vol. I, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 115-151; e SCORSIM, Ericson M. TV Digital e Comunicação Social: aspectos regulatórios – TVs pública, estatal e provada. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008.

2 DECRETO DA TV DIGITAL. SISTEMA BRASILEIRO DE TELEVISÃO DIGITAL

DECRETO TV DIGITAL – ADOÇÃO DO SISTEMA BRASILEIRO DE TELEVISÃO DIGITAL (SBTVD) - CONSIGNAÇÃO DE MAIS UM CANAL DE RADIOFREQUÊNCIA ÀS CONCESSIONÁRIAS E “AUTORIZADAS” DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE RADIODIFUSÃO DE SONS E IMAGENS, SEM APRECIÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL - DIFERENÇA ENTRE AUTORIZAÇÃO DE USO DO ESPECTRO DE RADIOFREQUÊNCIAS E CONCESSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE RADIODIFUSÃO DE SONS E IMAGENS - INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO § 5º DO ART. 220 E AO ART. 223, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O Poder Executivo Federal, por meio do Decreto nº 5.820/2006, impôs às concessionárias do serviço de TV por radiodifusão do setor comercial, a obrigatoriedade em adotar o padrão técnico da TV Digital. Daí o tema em julgamento é a constitucionalidade do decreto que instituiu o padrão da TV digital.

Na **ADI 3944/DF**,³¹³ Relator o Ministro Ayres Britto, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, pela constitucionalidade do Decreto nº 5.820/2006 que impôs para as concessionárias do serviço público de televisão por radiodifusão a mudança do padrão analógico para o digital sob os argumentos da necessidade de atualização e eficiência dos serviços públicos. Ao enfrentar a alegação de que a consignação de mais um canal de radiofrequência às concessionárias e autorizatárias dos serviços públicos de radiodifusão de sons e imagens sem autorização do Congresso Nacional seria inconstitucional, na ADI 3944/DF. O

313 Fundamentação Constitucional: Arts. 5º, 220 e 223. Dispositivo Legal Questionado: Arts. 7º, 8º, 9º e 10, todos do Decreto nº 5.820, de 29 de junho de 2006. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Julgamento Plenário: 05.08.2010. Publicado no DJe 185, de 01.10.2010.

Supremo Tribunal Federal concluiu pela constitucionalidade do referido decreto federal, e julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade.

A decisão destacou que o decreto federal não modifica o contrato de concessão do serviço de radiodifusão de sons e imagens, inclusive não representa nova outorga. Trata-se apenas de mera atualização técnica, com vistas à modernização da prestação dos serviços de radiodifusão para o público.

Em decisão não unânime, o Supremo Tribunal Federal acolheu a tese no sentido de que não houve ofensa aos arts. 223, caput, e 220, § 5º, da Constituição Federal, pois o Decreto nº 5.820/2006 apenas regula o modo da transição da transmissão analógica de sons e imagens para a tecnologia digital. Assim, não outorga, modifica nem renova concessão, permissão ou autorização de serviço de radiodifusão de sons e imagens.

O Supremo Tribunal Federal diferenciou os dois regimes jurídicos: o regime de autorização de direito de uso de frequências, necessária à concessionária de televisão no período da transição do padrão analógico para o digital; e o regime propriamente dito de concessão de televisão por radiodifusão. Aqui, destaque-se que as frequências do espectro, imprescindíveis à execução dos serviços de radiodifusão, são classificadas como bem público, daí o fundamento para a sua regulação pelo poder público.

Conforme voto do Min. Relator Carlos Ayres Britto:

“A televisão digital, comparativamente com a TV analógica, não consiste em novo serviço público. Cuida-se da mesma transmissão de sons e imagens por meio de ondas radioelétricas. Transmissão que passa a ser digitalizada e a comportar avanços tecnológicos, mas sem perda de identidade jurídica.”

(...)

“O Decreto 5.820/2006 não outorga, não modifica, nem renova concessão, permissão ou autorização de serviço de radiodifusão de sons e imagens. Tampouco prorroga qualquer prazo”.

Daí a conclusão no sentido da inexistência de violação ao art. 223 da Constituição Federal, bem como ao § 5º do art. 220 da Carta da República.

A tese principal acolhida pelo Supremo Tribunal Federal é no sentido da validade de mudança por mero Decreto do Poder Executivo do regime jurídico da concessão do serviço de TV por radiodifusão, com atualização à nova tecnologia digital da prestação dos serviços de radiodifusão de sons e imagens.

Por isso a validade da imposição por decreto federal da obrigação das concessionárias em assumir os ônus decorrentes desta mudança tecnológica digital. Segundo a decisão, não é necessária a edição de lei para resolver esta questão sobre a mudança na concessão de televisão do padrão tecnológico na transmissão de sons e imagens.

Também, na ADI 3944 houve a distinção entre o direito de uso das frequências, necessárias à execução do serviço de radiodifusão sonora e de imagens, o qual pode ser objeto de mera autorização, do direito à transmissão da programação de TV, por radiodifusão, objeto central do contrato de concessão.

Diferentemente, em voto dissidente o Min. Marco Aurélio, entendeu pela necessidade de de nova lei para regular a adoção da tecnologia digital na prestação dos serviços de televisão por radiodifusão comercial. Esta conclusão decorreria da interpretação do princípio da estrita legalidade.³¹⁴ Nesse sentido, em voto vencido, assim se pronunciou:

314 Para mais detalhes sobre a tese da necessidade de edição de nova lei para tratar da adoção da tecnologia digital na prestação dos serviços de televisão por radiodifusão comercial, ver: SCORSIM, Ericson M. TV Digital e Comunicação Social: aspectos regulatórios – TVs pública, estatal e privada. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008.

“Temos como pacífico (...) que o decreto consubstancia um ato normativo abstrato autônomo. E diria um ato normativo abstrato autônomo da maior envergadura, um ato normativo abstrato autônomo que versa inúmeros institutos. Institutos que deveriam estar disciplinados mediante lei, no sentido formal e material; mediante ato, portanto, aprovado não pelo governo, não pelo Poder Executivo, mas pelos representantes do povo brasileiro – os deputados federais – e pelos representantes dos Estados – os senadores (...) E, evidentemente, se a Carta da República prevê que, até mesmo renovações de concessões devem passar pelo Congresso Nacional, o que se dirá quando se altera uma outorga primitiva para elastecer – e de forma potencializada – essa mesma outorga, fazendo-o não só sob o ângulo material, do conteúdo propriamente dito, mas também o temporal.”

Em síntese, esta decisão do Supremo Tribunal Federal declarou constitucional decreto presidencial que provocou a mudança no padrão tecnológico da forma de prestação do serviço de TV por radiodifusão e, conseqüentemente, nas condições de execução para empresa concessionária do serviço de radiodifusão de sons e imagens.

3 CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA DA PROGRAMAÇÃO DE TELEVISÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA DA PROGRAMAÇÃO DE TELEVISÃO – INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 254 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – NÃO OBRIGATORIEDADE DAS EMISSORAS DE TELEVISÃO EM SEGUIR OS HORÁRIOS DA CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA – SANÇÃO NA HIPÓTESE DE AS EMISSORAS DE TV NÃO INFORMAREM A FAIXA ETÁRIA INDICADA NA PROGRAMAÇÃO

O Estatuto da Criança e do Adolescente, na forma da Lei n. 8.069/1990 contém inúmeros direitos e garantias fundamentais em relação aos meios de comunicação social. Esta lei protege os direitos das crianças e adolescentes, no que se refere à programação das emissoras de televisão. Daí a regra constitucional da classificação indicativa da programação de televisão bem como a faixa horária recomendada ao público infantil e juvenil, com preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas.³¹⁵

O Supremo Tribunal Federal, em duas oportunidades (ADI 2404 e ADI 869), se pronunciou sobre a impugnação da constitucionalidade de regras do Estatuto da Criança e Adolescente, diante da classificação indicativa da programação das emissoras de televisão.

Assim, no primeiro caso há o julgamento da regra legal prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente que trata do enquadramento como infração da conduta da emissora de televisão que exibir programa de TV em desacordo com a faixa horária designada pela autoridade competente, no caso o Ministério da Justiça.

A **ADI 2404/DF**³¹⁶ impugna o art. 254 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A petição inicial argumenta que o art. 254 ofende, imediatamente, a regra prevista no art. 21, inciso XVI e, mediadamente, as regras previstas no art. 5º, inciso IX,

315 Também, em modificação recente da legislação, a obrigação do poder público em divulgar os direitos da criança e do adolescente nos meios de comunicação social.

Art. 265-A, do Estatuto da Criança e do Adolescente, acrescido pela Lei nº 13.257, de 2016: “O poder público fará periodicamente ampla divulgação dos direitos da criança e do adolescente nos meios de comunicação social.”

316 Fundamentação Constitucional: Arts. 5º, inc. IX, 21, inc. XVI e 200 e parágrafos. Dispositivo Legal Questionado: Art. 254 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Requerente: Partido Trabalhista Brasileiro - PTB. Amicus Curiae: Associação Brasileira das Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT; Agência de Notícias dos Direitos da Infância – ANDI; Instituto de Estudos Socioeconômicos – INESC; Conectas Direitos Humanos e Instituto Alana. Julgamento Plenário: Em 30.11.2011, os votos dos Ministros Dias Toffoli, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Ayres Britto foram no sentido de declarar a inconstitucionalidade da expressão “em horário diverso do autorizado”, contida no art. 254 da Lei nº 8.069/90, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Em 31/8/2016, o Pleno, por maioria, julgou procedente o pedido formulado.

e art. 220 e parágrafos, ambos da Carta Magna³¹⁷, na medida em que “a lei não pode, sem gravíssima ofensa à Constituição, transformar a classificação indicativa ou informativa em ato de permissão ou autorização, de modo a criar hipóteses de proibição para impor penalidade”. Também, sustenta o autor da ADI que “A classificação mediante a distribuição de temas em horários vinculantes das emissoras transborda das delimitações de competências constitucionais”.

Na ADI 2404, o Ministro Relator Dias Toffoli entendeu pela inconstitucionalidade da regra do art. 254, da Lei do Estatuto da Criança e do Adolescente. Votou pela procedência da ADI, concluindo que as emissoras de televisão não são obrigadas a seguir os horários da classificação indicativa. Assim, somente poderiam ser multadas as emissoras de televisão que não informarem a faixa etária indicada:

“Com efeito, para que ocorra a real concretização da liberdade de expressão, consagrada no art. 5º, IX, da Carta Maior, é preciso que haja liberdade de comunicação social, prevista no art. 220 da Carta Maior, garantindo-se a livre circulação de ideias e informações, a comunicação livre e pluralista, protegida da ingerência estatal.

(...)

A liberdade de programação é essencial à construção e consolidação de uma esfera de discurso público qualificada.”

No voto, do Min. Rel. Dias Toffoli também as questões da autorregulação e autocontrole das emissoras pautou a conclusão:

³¹⁷ Art. 21. Compete à União:

XVI - exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão;

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

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

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

“(...) tem sido cada vez mais adotada no direito comparado a sistemática de classificação indicativa calcada na autorregulação e no autocontrole pelas próprias emissoras ou mediante correção, a qual combina elementos de autorregulação com os da regulação pública.

(...)

O exercício da liberdade de programação pelas emissoras impede que a exibição de determinado espetáculo dependa de ação estatal prévia”.

Especificamente quanto à constitucionalidade do artigo 254 do ECA, consta no voto:

“Diante disso, o dispositivo ora questionado, ao estabelecer punição às empresas de radiodifusão por exibirem programa em horário diverso do “autorizado”, incorre em abuso constitucional. Lembre-se: não há horário autorizado, mas horário recomendado.

(...)

Esse caráter autorizativo, vinculativo e compulsório conferido pela norma questionada ao sistema de classificação, data venia, não se harmoniza com os arts. 5º, IX; 21, inciso XVI; e 220, § 3º, I, da Constituição da República.”³¹⁸

Nesta linha, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento concluído em 31/8/2016, por maioria, por acórdão ainda não publicado, julgou procedente o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade da expressão “em horário diverso do autorizado”, contida no art. 254 da Lei nº 8.069/90.³¹⁹

³¹⁸ O voto do Min. Rel. Dias Toffoli foi acompanhado pelos votos dos Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia e Carlos Ayres Britto. O Ministro Edson Fachin votou no sentido da constitucionalidade da regra do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao entender no sentido da tese contrária que reconhece a nulidade de qualquer sentido ou interpretação que condicione a veiculação de espetáculos públicos, por radiodifusão, ao juízo censório da administração, admitindo apenas, como juiz indicativo, a classificação de programas para sua exibição nos horários recomendados ao público infantil.

³¹⁹ No julgamento da ADI 2.404 restou vencido, em parte, o voto do Ministro Marco Aurélio, que julgava procedente em maior extensão a referida Lei, bem como os votos dos Ministros Edson Fachin, Rosa We-

Consequentemente, nos termos da conclusão do julgamento da ADI 2404/DF, as emissoras de televisão por radiodifusão possuem a liberdade para definir a faixa horária de sua programação, ficando obrigadas apenas a informar sobre a natureza dos espetáculos, com a recomendação dos horários em que a exibição do programa seria inadequada.

Daí porque o poder público não poderá obrigar emissora de televisão a classificar em determinada faixa horária sua programação. Ou seja, na ADI 2404 a decisão foi no sentido de priorizar a liberdade de radiodifusão da emissora de televisão e o direito à informação do público, com a classificação meramente indicativa da faixa horária da programação.

4 SUSPENSÃO DA PROGRAMAÇÃO DE EMISSORAS DE TV. SANÇÃO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 247, § 2º, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – IMPOSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO À LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE CRIAÇÃO, DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO

Em outro momento, além da já referida ADI 2404/DF, o Supremo Tribunal Federal apreciou a constitucionalidade de outro dispositivo do Estatuto da Criança e Adolescente (Lei nº 8.069/90) no aspecto da penalidade de suspensão da programação de emissora de televisão, em razão de descumprimento a esta mesma lei, especialmente na hipótese de exibição de nome, ato ou documento referente a procedimento de ato infracional imputado a criança ou adolescente (art. 247).

ber e Ricardo Lewandowski (Presidente), que davam interpretação conforme ao dispositivo impugnado. Plenário, 31 de agosto de 2016.

Na **ADI 869/DF**³²⁰, Min. Rel. Ilmar Galvão, é analisada a constitucionalidade do § 2º do art. 247 do Estatuto da Criança e do Adolescente, especialmente a expressão “ou a suspensão da programação da emissora até por dois dias, bem como da publicação do periódico até por dois números”.

Segundo o Estatuto da Criança e Adolescente:

“Art. 247. Divulgar, total ou parcialmente, sem autorização devida, por qualquer meio de comunicação, nome ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo a criança ou adolescente a que se atribua ato infracional: Pena – multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência”. (...) §2º. Se o fato for praticado por órgão de imprensa ou emissora de rádio ou televisão, além da pena prevista neste artigo, a autoridade judiciária poderá determinar a apreensão da pública ou a suspensão da programação da emissora até por dois dias, bem como da publicação do periódico por dois números”.

Ao julgar procedente a ADI, o Supremo Tribunal Federal afirmou a liberdade de informação do veículo de comunicação ao determinar a inconstitucionalidade da sanção administrativa de suspensão da programação da emissora por até dois dias, na hipótese de divulgação de nome, ato, documento referente procedimento administrativo ou judicial relativo à imputação de ato infracional à criança e adolescente. A ADI 869 foi julgada procedente ao fundamento de que o dispositivo legal ofende a liberdade de manifestação de pensamento, de criação, de expressão e de informação, prevista no art. 220, da Constituição.

320 Fundamentação Constitucional: Art. 220, § 1º. Dispositivo Legal Questionado: Expressões “ou a suspensão da programação da emissora até por dois dias, bem como da publicação do periódico até por dois números”, constantes da parte final do parágrafo 2º do artigo 247, da Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Requerente: Procurador-Geral da República. Julgamento Plenário: Em 03.08.1998, voto do Ministro Relator Ilmar Galvão. Julgamento final: Em 04.08.1999. Publicado em 04.06.2004.

No voto do Ministro Relator Ilmar Galvão destacou que qualquer restrição à liberdade de expressão do pensamento, se houver, deve ter previsão na Constituição:

“Todas as limitações passíveis de serem opostas à liberdade de manifestação do pensamento, pelas suas variadas formas, ante a peremptoriedade dos textos indicados, hão de estar estabelecidas, de modo explícito ou implícito, na própria Constituição.”

(...)

“(...) se mostra de todo inadequada como sanção, posto que (sic), na verdade, o efeito que dela resulta vem justamente de encontro ao direito que tem o público à informação sobre fatos e ideias, privado que dela pode ficar por até dois dias.”

A seguir, a análise do caso referente à publicidade comercial de bebidas alcoólicas.

5 PUBLICIDADE COMERCIAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO LEGISLATIVA QUANTO À REGULAÇÃO DE PROPAGANDA DE BEBIDAS DE TEOR ALCOÓLICO

PUBLICIDADE COMERCIAL - RÁDIO - E TELEVISÃO - AUSÊNCIA DE OMISSÃO LEGISLATIVA QUANTO À REGULAÇÃO DE PROPAGANDA DE BEBIDAS DE TEOR ALCOÓLICO – IMPOSSIBILIDADE DE ATUAR O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR POSITIVO, SUBSTITUINDO-SE AO PODER LEGISLATIVO NA DEFINIÇÃO DE CRITÉRIOS ADOTADOS NA APROVAÇÃO DAS NORMAS DE PROPAGANDA DE BEBIDAS ALCOÓLICAS

Em análise, o tema da regulação legislativa da propaganda de bebidas alcoólicas. Este primeiro caso aqui trazido refere-se ao enfrentamento da questão em se saber

se houve ou não omissão legislativa quanto à regulamentação da publicidade comercial de bebidas alcólicas, em descumprimento à Constituição Federal.

Na doutrina do Direito Constitucional, predomina o entendimento de que a propaganda comercial tem a proteção da liberdade de expressão, ainda que tenha mais restrições que os discursos políticos, religiosos, culturais, artísticos e científicos.³²¹

Destaque-se a conexão entre o comércio e a comunicação, daí a essencialidade da publicidade comercial para a venda de produtos e serviços. A comunicação comercial faz parte, portanto, das atividades econômicas. Aqui, o livre fluxo da informação comercial é indispensável ao funcionamento da economia de mercado.³²² Existem restrições legislativas possíveis à publicidade comercial, desde que dentro dos limites impostos pela Constituição Federal. Em termos de mercado, um dos pilares estruturantes é a comunicação comercial.

O Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (**ADO**) **22/DF**,³²³ Relatora a Ministra Carmén Lúcia, decidiu sobre

321 CLÈVE, Clèmerson Merlin. Liberdade de expressão, de informação e propaganda comercial. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs). Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: 2006, p. 205-266; BINENBOJM, Gustavo. Temas de direito administrativo e constitucional – artigos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 473-504; KOTZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. As liberdades de expressão e de imprensa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET; Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 415-417.

322 Sobre o tema, Colling Ronald. K. L. and Skover, David M. Commerce & Communication. Texas Law Review, volum 71, march 1993. Os autores abordam a metáfora do mercado livre de ideias adotada pelo juiz Holmes da Suprema Corte dos EUA. Segundo eles: “then, the constitutional law of communication might, for the first time, be aligned with the realities of commerce”, p. 745. Daí a afirmação também dos autores: “Communication is the handmaiden of commerce”. E, ainda: “We must think less about the marketplace of ideas and more about the marketing of items”, p. 699.

323 Fundamentação Constitucional: Art. 220, § 3º, inc. II e § 4º. Dispositivo Legal Questionado: Art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 9.294/96. Requerente: procurador-geral da república. Amicus Curiae: Associação Brasileira da Indústria da Cerveja – CERVBRAZIL; Associação Brasileira das Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT e Associação Brasileira de Psiquiatria – ABP. Julgamento Plenário: Em 22.04.2015. Publicado em 03.08.2015. Como voto dissidente, o Ministro Marco Aurélio apontou a carência da ação, pela impossibilidade jurídica flagrante do pedido formulado de atuação do STF como legislador positivo.

tema relacionado à alegação de omissão legislativa parcial na regulamentação sobre a propaganda de bebidas de teor alcoólico (inferior a treze graus Gay Lussac). E, em cumprimento ao art. 220, § 4º, da Constituição, acolheu a tese da impossibilidade de o Supremo Tribunal Federal atuar como legislador positivo, em substituição à tarefa do Poder Legislativo quanto à definição dos critérios das normas de propagandas de bebidas alcoólicas.³²⁴ Julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ao entender que não houve omissão legislativa inconstitucional. Reconheceu a suficiência da Lei n. 9.294/1996, em relação à edição de normas para bebidas com teor alcoólico inferior a 13º Gay Lussac

Na decisão, deliberou pela autocontenção do Judiciário, em respeito à deferência e ao princípio da harmonia e colaboração entre os poderes, juntamente com o princípio da legalidade.³²⁵ Ou seja, é da competência legislativa do Congresso Nacional regular a publicidade comercial das bebidas alcoólicas. Em embargos de declaração, a Min. Carmén Lúcia esclareceu que não há omissão legislativa sanável pela via da ação direta de inconstitucionalidade por omissão em relação à propaganda de bebidas alcoólicas.³²⁶

Com fundamento nessa decisão, a ABERT ajuizou a ADPF 333 em face de acórdãos prolatados pelo TRF da 4ª Região em ações civis públicas. Estes acórdãos fundamentaram-se nas razões da ADO 22 para considerar novo entendimento do legislador federal sobre as bebidas alcoólicas a partir da edição da Lei n. 11.705/2008. Esta lei considerou como bebidas alcoólicas aquelas que contenham grau de concentração igual ou superior a meio grau Gay-Lussac (0,5ºGL). Isto

324 A propósito, o STJ, no Resp n. 1.583.083/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, seguiu o efeito vinculante da questão julgada pelo STF na ADO 22.

325 CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Governo democrático e jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2016.p. 125-147.

326 ADO 22 ED, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 26/11/2015, DJe-247 DIVULG 07-12-2015 PUBLIC 09-12-2015.

é, passou-se do conceito jurídico que considerava bebidas potáveis alcoólicas somente acima de 13^oGL para 0,5^oGL.

As decisões do TRF da 4^a Região determinaram, então, prazo para que as emissoras de rádio e TV alterassem seus contratos de publicidade comercial conforme o balizamento legal de 2008, na forma da Lei n. 11.705/2008.³²⁷

Na ADPF 333 argumenta-se que os acórdãos do Tribunal Regional Federal violam diversos preceitos fundamentais, tais como: (i) o princípio da separação de Poderes (art. 2^o); (ii) os princípios da legalidade (arts. 5^o, II; 22, XXXIX, 170, parágrafo único, e 220, §4^o) e da livre iniciativa (arts.1^o, IV e 170, caput); (iii) as liberdades de expressão e de informação (arts. 5^o, IV, IX e XIV e 220 e ss.); bem como (iv) a orientação firmada pelo E. Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1755, que tratou especificamente sobre constitucionalidade do parágrafo único do art. 1^o, da Lei n. 9.294/1996. Ademais, afirma que a Lei n. 9.294/1996 é a lei específica para a situação da propaganda comercial de bebidas alcoólicas, sendo vedada a aplicação do disposto na Lei n. 11.705/2008, tendo em vista o princípio da legalidade (arts. 5^o, II, 22,XXXIX, 170, parágrafo único e 220, §4^o) e o princípio da livre iniciativa (arts.1^o, IV e 170, caput), que estabelecem reserva de lei formal para a fixação de restrições à publicidade de bebidas alcoólicas e ao livre exercício de qualquer atividade econômica.

Em decisão monocrática publicada em 29.05.2015, a Relatora Min. Cármen Lúcia negou seguimento à ADPF 333 por não ter cumprido com o princípio da subsidiariedade, isto é, porque a questão poderia ser discutida por outras vias recursais que não a “ação especial de índole constitucional”. Ou seja, nos

327 Segue Ementa do Acórdão do TRF/4^a Região: “AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRELIMINARES AFASTADAS. REUNIÃO DAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS PARA JULGAMENTO CONJUNTO EM FACE DA CONEXÃO. SUSPENSÃO PROCESSUAL - ADO 22/SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - DESNECESSIDADE. PROPAGANDA COMERCIAL DE BEBIDAS ALCOÓLICAS. RESTRIÇÕES LEGAIS. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA LEI SEGUNDO SEUS FINS SOCIAIS E AS EXIGÊNCIAS DO BEM COMUM. ABRANGÊNCIA NACIONAL.”

termos da lei que disciplina o rito da arguição de descumprimento de preceito fundamental, é preciso inexistir outro meio processual para atacar a ofensa a preceito fundamental, para fins de cabimento da ADPF.

Assim, a questão não teve pronunciamento final do Supremo Tribunal Federal, podendo, no futuro, provocar a sua respectiva atuação por meio do controle incidental – recursos extraordinários interpostos eventualmente contra os mencionados acórdãos do TRF da 4^a Região.³²⁸

6 PUBLICIDADE COMERCIAL. LEI ESTADUAL QUE PROÍBE PROPAGANDA DE MEDICAMENTOS

PUBLICIDADE COMERCIAL - INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL - PROIBIÇÃO DE PROPAGANDA DE MEDICAMENTOS NOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SONOROS, AUDIOVISUAIS E ESCRITOS – INCOMPETÊNCIA DO ESTADO PARA LEGISLAR SOBRE PROPAGANDA COMERCIAL DE MEDICAMENTOS – COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DA UNIÃO

Outro tema analisado pelo Supremo Tribunal Federal consiste no julgamento da constitucionalidade de lei estadual que proíbe propaganda de medicamentos em quaisquer meios de comunicação, na perspectiva da competência privativa da União para legislar sobre o assunto.

Nas Ações Diretas de Inconstitucionalidades **ADI 5424/SC**³²⁹ e **ADI 5432/**

³²⁸ Em consulta realizada junto ao sítio eletrônico do TRF/4^a Região, em data de 14 de fevereiro de 2017, verifica-se que as partes (CERVBRASIL, ABERT e MPF) solicitaram o arquivamento dos autos, após o trânsito em julgado da decisão proferida na ADO 22, que julgou improcedente a ação para reconhecer a impossibilidade de atuar o Supremo Tribunal Federal como legislador positivo, para definição de critérios adotados na aprovação de normas de propaganda de bebidas alcólicas.

³²⁹ Fundamentação Constitucional: Art. 1º, inc. IV; 5º, inc. IV, IX, XIV, LIV; 22, XXIX; 170, caput, inc. IV; 220, caput, e § 3º e § 4º. Dispositivo Legal Questionado: Lei n. 16.751, de 09 de novembro de 2015,

SC,³³⁰ Relator o Ministro Dias Toffoli, o Supremo Tribunal Federal analisa a constitucionalidade da Lei n. 16.751/2015, do Estado de Santa Catarina, que proíbe a propaganda de medicamentos e similares nos meios de comunicação sonoros, audiovisuais e escritos daquele estado da federação.

Argumenta-se no sentido da competência privativa da União para legislar sobre propaganda comercial de medicamentos, conforme artigos 22, inciso XXIX e 220, parágrafos 3º e 4º, da Constituição Federal. Também, aborda-se a regra da Constituição que estabelece expressamente que a propaganda de medicamentos estará sujeita apenas a restrições legais, mas não à proibição total.

Na decisão liminar das referidas ADIs, o Min. Relator Dias Toffoli determinou a suspensão da eficácia da Lei n. 16.751/2015 de Santa Catarina. Na decisão monocrática conclui que: “(...) o Estado de Santa Catarina não apenas legislou em matéria que não é da sua competência, como também o fez contrariando a lei federal que disciplina a matéria, o que reforça a inconstitucionalidade da norma”. A lei federal em comento é a já referida Lei Federal n. 9.294/1996.

O Min. Relator baseou sua decisão no precedente formado no Supremo Tribunal Federal na ADI 2815, a “inconstitucionalidade de lei também do Estado de Santa Catarina que proibia a publicação, em jornais, revistas e similares, de anúncios comerciais com fotos de natureza erótica e/ou pornográfica que caracterizassem afronta ao pudor, bem como de anúncios comerciais de conteúdo explicitamente libidinoso.” Naquele momento, destacou-se a competência privativa da União em

do Estado de Santa Catarina. Requerente: Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão - ABERT. Julgamento: Em 14.12.2015, concedida medida cautelar pleiteada, ad referendum do Plenário, para suspender, com efeito ex nunc, a eficácia da Lei nº 16.751, de 9 de novembro de 2015, do Estado de Santa Catarina.

330 Fundamentação Constitucional: Art. 22, XXIX; 170, parágrafo único e 220. Dispositivo Legal Questionado: Lei n. 16.751, de 09 de novembro de 2015, do Estado de Santa Catarina. Requerente: Associação Brasileira de Rádio e Televisão - ABATEL. Julgamento: Em 14.12.2015, concedida medida cautelar pleiteada, ad referendum do Plenário, para suspender, com efeito ex nunc, a eficácia da Lei nº 16.751, de 9 de novembro de 2015, do Estado de Santa Catarina.

legislar a respeito da propaganda comercial para se manter um “regramento uniforme dispendo a respeito do tema em âmbito nacional”.

De modo que, segundo o Min. Relator:

“Apenas excepcionalmente os Estados poderão legislar acerca dos temas previstos no art. 22 da Constituição Federal, tão somente em relação a questões específicas relativas a tais temas e desde que haja delegação mediante lei complementar federal (parágrafo único do art. 22). Essa sistemática evita a superveniência de legislações contraditórias nos diferentes Estados da federação acerca de temas que, pela sua natureza, merecem tratamento uniforme no país.”

Tal competência da União vem reforçada pelo art. 220, §3º, da Constituição Federal, que prevê ser competência da lei federal dispor sobre propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde, como é o caso dos medicamentos.

O mérito das Ações Diretas de Inconstitucionalidade relativas à Lei n. 16.751/2015, que proíbe a propaganda de medicamentos e similares nos meios de comunicação sonoros, audiovisuais e escritos no Estado de Santa Catarina (ADI 5424 e ADI 5432), aguarda julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, até o momento da conclusão deste livro.

7 LIBERDADE DE RADIODIFUSÃO PARA VEICULAR PROGRAMA DE TV. A QUESTÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO ÂMBITO CIVIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, IMAGEM, HONRA E INTIMIDADE. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 786

REPERCUSSÃO GERAL – TEMA 786 - REPERCUSSÃO GERAL - PROGRAMA DE TELEVISÃO - CRIME OCORRIDO HÁ DÉCADAS - OFENSA AO DIREITO AO ESQUECIMENTO – ÂMBITO CIVIL – DIGNIDADE DA PESSOA - DIREITOS À IMAGEM, À HONRA E À INTIMIDADE DAS PESSOAS - HARMONIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DO DIREITO À INFORMAÇÃO.

O tema 786 objeto de repercussão geral versa sobre a aplicabilidade do direito ao esquecimento da pessoa ou de sua família, fundamentado na dignidade humana³³¹, inviolabilidade da imagem, intimidade e vida privada, e a liberdade da programação e veiculação de emissora de televisão. No caso, o direito ao esquecimento diante de programas de televisão é invocado pelos familiares da vítima de crime ocorrido há décadas.

Eis o Tema com Repercussão Geral, ainda não decidido no mérito:

Tema 786: “Aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares”.

O Recurso Extraordinário 1010606/RJ impugna acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que negou o direito à indenização em razão de uso não autorizado da imagem da falecida irmã dos autores em programas televisivos. Em debate,

331 O princípio da dignidade humana atua como fundamento da liberdade de expressão e de informação, mas, também, como limite a estas liberdades fundamentais, inclusive como limite à liberdade de programação das emissoras de televisão. Ver: Machado, Jonatás. Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social, obra citada, p. 638.

o princípio da dignidade e os direitos constitucionais à imagem, à honra e à intimidade. Também em pauta a configuração ou não do direito ao esquecimento em respeito à memória de vítima de crime, bem como de sua família.

No acórdão proferido no ARE 833.248, no qual foi reconhecida a repercussão geral do Tema, e que foi depois substituído como paradigma de repercussão geral pelo RE 1010606, a questão constitucional foi assim apresentada:

“Entendo que as matérias abordadas no recurso extraordinário, além de apresentarem nítida densidade constitucional, extrapolam os interesses subjetivos das partes, uma vez que abordam tema relativo à harmonização de importantes princípios dotados de status constitucional: de um lado, a liberdade de expressão e o direito à informação; de outro, a dignidade da pessoa humana e vários de seus corolários, como a inviolabilidade da imagem, da intimidade e da vida privada.”

Recentemente, por decisão de 10/05/2017, o Supremo Tribunal Federal convocou audiência pública para ouvir as autoridades e os especialistas sobre as seguintes questões: “i) a possibilidade de a vítima ou seus familiares invocarem a aplicação do direito ao esquecimento na esfera civil; e ii) a definição do conteúdo jurídico desse direito, considerando-se a harmonização dos princípios constitucionais da liberdade de expressão e do direito à informação com aqueles que protegem a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da honra e da intimidade ...”.

Aqui, a questão constitucional a ser decidida: a configuração da liberdade de radiodifusão e a liberdade de informação jornalística para veicular imagem de pessoa falecida em programa de televisão, referente à cobertura de eventos delituosos. Ou, alternativamente, do dever da concessionária de TV por

radiodifusão de respeitar a dignidade, o direito à imagem,³³² à honra e à intimidade de vítima de crime.

Em outras palavras, o Supremo Tribunal Federal decidirá sobre a liberdade de radiodifusão ou liberdade de informação jornalística quanto à seleção do fato a ser veiculado em programa de televisão, e o direito à proteção à vida privada e à imagem da família da pessoa vítima de crime acontecido há décadas. Se há o direito à privacidade da família, com o respeito à memória afetiva familiar, cujo familiar foi vítima de crime, bem como limite à exposição da cobertura do episódio pela emissoras de televisão.

Também, resta saber se o Supremo Tribunal Federal concluirá pela existência de limites constitucionais à liberdade de programação da televisão, bem como se a imagem de pessoa falecida integra o âmbito normativo da liberdade de informação jornalística, diante do direito ao esquecimento da pessoa vítimas de crimes e/ou seus familiares.

332 Em outro caso, ainda, em relação a direito de imagem e configuração de dano moral em decorrência de exibição de programa de televisão, destaque-se o ARE 758478/RJ, Min. Rel. Dias Toffoli, no qual se alega contrariedade aos artigos 5º, incisos IX e X, 93, inciso IX, e 220, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal. Aqui, o Supremo Tribunal Federal concluiu pela ausência de repercussão geral, conforme a seguinte ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. DIREITO À IMAGEM. PROGRAMA DE TELEVISÃO. DANO MORAL. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DEMONSTRADOS NA ORIGEM. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL DO TEMA. RESPONSABILIZAÇÃO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO. CENSURA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. PRECEDENTES. (ARE 758478 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 16/09/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-224 DIVULG 13-11-2014 PUBLIC 14-11-2014). Fundaram-se, em essência, no precedente veiculado pelo ARE n 739.382/RJ-RG, sendo Relator o Ministro Gilmar Mendes, onde se “concluiu pela ausência de repercussão geral do tema relativo à configuração da responsabilidade civil por danos causados à imagem ou à honra, haja vista que o deslinde da questão não ultrapassa o interesse subjetivo das partes, tampouco prescinde do reexame de fatos e provas.”

8 POLÍTICA PÚBLICA DE ACESSIBILIDADE AOS RECURSOS DE AUDIODESCRIÇÃO NA PROGRAMAÇÃO DE TV. PRORROGAÇÃO DE PRAZO DE IMPLANTAÇÃO. DEFINIÇÃO EM ATO DO PODER EXECUTIVO

POLÍTICA PÚBLICA DE ACESSIBILIDADE AOS SERVIÇOS DE TELEVISÃO POR RADIODIFUSÃO DE SONS E IMAGENS – RECURSOS DE AUDIODESCRIÇÃO REGULAMENTAÇÃO – PRORROGAÇÃO DE PRAZO PARA IMPLEMENTAÇÃO - MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES - CONSTITUCIONALIDADE – DECISÃO DE TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES – SEGURANÇA JURÍDICA

O Tribunal Regional Federal da Primeira Região decidiu no sentido da plena aplicabilidade do direito fundamental à informação e à comunicação das pessoas com deficiência visual e intelectual, em relação aos serviços de televisão por radiodifusão. Daí concluiu pela imediata implantação dos recursos de audiodescrição nos serviços de radiodifusão sonora e imagens.³³³

Na ADPF 309, o Supremo Tribunal Federal suspendeu os efeitos de acórdão do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, o qual declarava a inconstitucionalidade da Portaria do Ministério das Comunicações que prorrogava o referido prazo, e determinava a implantação imediata do cronograma estabelecido

³³³ O Tribunal Regional Federal da Primeira Região decidiu: EMENTA – CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PORTADORES DE NECESSIDADE VISUAL – APLICAÇÃO DA NORMA COMPLEMENTAR N. 01/2006 DO MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES QUE ESTABELECEU O CRONOGRAMA DE APLICAÇÃO DO RECURSO DE AUDIODESCRIÇÃO NA PROGRAMAÇÃO DAS EXPLORADORAS DE SERVIÇO DE RADIODIFUSÃO DE SONS E IMAGENS. GARANTIA FUNDAMENTAL – PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO COM A EDIÇÃO DA PORTARIA N. 188/2010 – NÃO OCORRÊNCIA. (Apelação Cível n. 000412-38.2009.4.01.3400, julgada pela 5ª Turma do E. Tribunal Federal da 1ª Região).

originariamente. Acolheu-se, cautelarmente, a tese pela competência do Ministério das Comunicações para prorrogar o cronograma dos recursos de audiodescrição, diante da matéria de alta complexidade técnica.

No voto da cautelar, o Min. Relator Marco Aurélio, referendado pelo colegiado, registra o seguinte entendimento:

“Ressaltada a capacidade decisória do Ministério das Comunicações antes a conjuntar de incertezas, é possível assentar, em juízo de cognição inicial, que o afastamento das razões do órgão do Executivo, lançadas na Portaria n. 188, pode corresponder a imposições impossíveis de serem realizadas e à usurpação de competência do agente constitucionalmente legitimado para resolver questões dessa natureza, resultando na transgressão de preceitos fundamentais como a separação de poderes, o devido processo legal, a eficiência administrativa e razoabilidade como congruência (...).

Sob o ângulo do risco, a declaração de inconstitucionalidade da Portaria n. 188 pelo Tribunal Regional consiste em pronunciamento que se sobrepõe ao que será assentado pelo Supremo nesta arguição e na de n. 160, causando insegurança jurídica e sendo capaz de retirar, presentes os efeitos, a natureza e o conteúdo da ordem judicial, qualquer viabilidade prática dos futuros atos deste Tribunal Maior”.

Os demais Ministros, ao referendar o deferimento da cautelar, destacaram algumas questões.

No voto, o Ministro Luiz Fux frisou o tema da incompetência institucional do Poder Judiciário em estabelecer a política pública de acessibilidade em relação aos recursos de audiodescrição, em substituição ao Poder Executivo.

Por outro lado, o voto do Ministro Gilmar Mendes destacou a importância da utilização da ADPF para o controle de ato de descumprimento a preceito fundamental, aí incluído o acórdão do Tribunal Regional Federal que julgou inconstitucional a Portaria do Poder Executivo.

Neste aspecto, o acórdão do Tribunal Regional Federal destaca, em voto do Relator Des. Federal Souza Prudente, o seguinte: “o cronograma estabelecido pela Portaria n. 188/2010 do Ministério das Comunicações, que restringiu os direitos fundamentais dos portadores de necessidade visual, em manifesto desrespeito ao princípio da proibição do retrocesso, que assegura os avanços conquistados pelos portadores de necessidade visual ...”.

Além disto, está no acórdão proferido pelo Tribunal local: “... afiguram-se como graves violações aos princípios da não discriminação, da proibição do retrocesso e da isonomia, na medida em que impõe tratamento diferenciando ao mesmo universo de telespectadores que pretender ter acesso às fontes de cultura nacional (CF, art 215). Ainda, o voto consigna que não há que se falar em inobservância da cláusula da reserva do possível, baseando-se no ARE 639.337, AGR, Rel. Min. Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, pois esta cláusula não pode ser invocada para inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição. Como ponto interessante o registro pelo acórdão impugnado do TRF a cláusula da proibição do retrocesso social, em termos de efetivação de políticas públicas em favor de direitos fundamentais.

A questão debatida na ADPF n. 309 mostra o conflito entre a competência do Poder Executivo para tratar da política pública da acessibilidade dos direitos das pessoas com deficiência visual aos serviços de televisão por radiodifusão, e o controle judicial da constitucionalidade desta política pública.

Daí a visão dominante do Supremo Tribunal Federal no sentido do limite do Poder Judiciário sobre questões de implementação de política pública (autocontenção judicial), especialmente do controle do prazo para implantação dos recursos de acessibilidade para pessoas com deficiência visual aos serviços de TV por radiodifusão.

Ou seja, mesmo se tratando de tema relevante para a efetivação de direitos fundamentais à informação, à comunicação e acesso às fontes de cultura, nos

serviços de televisão por radiodifusão, o Supremo Tribunal Federal, em medida cautelar na ADPF referida, acolheu a tese da autocontenção judicial, com deferência à solução técnica adotada pelo Poder Executivo, na regulação do tema da política pública e acessibilidade das pessoas com deficiência visual no âmbito dos serviços de televisão por radiodifusão.

Para além dos referidos pontos, o Supremo Tribunal Federal pautou seu julgamento na perspectiva do risco à regulação setorial adotada pelo Poder Executivo, causada pelo acórdão do Tribunal Regional da Primeira Região, ao determinar a implantação imediata dos recursos de audiodescrição na programação da televisão.³³⁴

Importante registrar que, até o momento, não houve o debate do tema na perspectiva dos direitos fundamentais à informação, à comunicação e o acesso às fontes de cultura, pelas pessoas com deficiência em relação aos serviços de TV por radiodifusão, bem como sua eficácia direta e imediata sobre as empresas de televisão e a responsabilidade quanto à efetivação dos respectivos direitos fundamentais.³³⁵

334 Sobre o tema, há a Lei que aprova o Estatuto da Pessoa com Deficiência. No que se refere à acessibilidade das pessoas com deficiência em relação à programação de televisão, note-se que a lei dispõe o seguinte:

Art. 67. Os serviços de radiodifusão de sons e imagens devem permitir o uso dos seguintes recursos, entre outros:

I - subtítuloção por meio de legenda oculta;

II - janela com intérprete da Libras;

III - audiodescrição.

335 Aguarda-se a decisão final de mérito desta ADPF 309.

9 LEGISLAÇÃO ELEITORAL. RESTRIÇÕES LEGAIS ÀS EMISSORAS DE TELEVISÃO E RÁDIO POR RADIODIFUSÃO EM DETRIMENTO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E INFORMAÇÃO

INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 45 DA LEI N. 9.504/97 - LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA - DIREITO À INFORMAÇÃO DAS EMISSORAS DE RÁDIO E TELEVISÃO - DEVER DE GARANTIR A ISONOMIA E O EQUILÍBRIO POLÍTICO DURANTE AS ELEIÇÕES – IMPOSSIBILIDADE DAS EMISSORAS DE RÁDIO E TELEVISÃO POR RADIODIFUSÃO FORNECER, APOIAR OU REJEITAR CANDIDATO A CARGO ELETIVO – POSSIBILIDADE DE DIVULGAÇÃO DE OPINIÕES OU CRÍTICAS JORNALÍSTICAS SOBRE CANDIDATOS

Na ADPF 4451/DF a questão apresentada refere-se ao julgamento da constitucionalidade da lei eleitoral que restringe liberdade de informação jornalística e do direito à informação das emissoras de rádio e televisão, no sentido de manifestar opinião favorável ou críticas a determinado candidato.

O Relator desta **ADI 4451/DF**³³⁶, Ministro Ayres Britto, deferiu a liminar, depois referendada pelo Plenário, para suspender a eficácia dos incisos II e III do art. 45 da Lei n. 9.504/1997 e conferir interpretação conforme à Constituição do inc. III do mesmo artigo legal. Eis a redação dos dispositivos legais:

336 Dispositivo Legal Questionado: Art. 45, incisos II e III, da Lei nº 9504, de 30 de setembro de 1997 e Lei nº 9504, de 30 de setembro de 1997. Fundamentação Constitucional: Art. 5º, inc. IV, V, IX e XIV e art. 220, caput e § 1º e 2º. Requerente: Associação Brasileira das Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT. Amicus Curiae: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Julgamento Plenário: Em 02.09.2010, o Tribunal, por maioria, referendou a liminar, suspendendo as normas do inciso II e da segunda parte do inciso III, ambos do artigo 45, bem como, por arrastamento, dos §§ 4º e 5º do mesmo artigo da Lei federal nº 9.504, de 30/9/97, contra os votos dos Senhores Ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, que, nos termos do pedido sucessivo da inicial, deferiam a liminar, declarando a inconstitucionalidade parcial das normas impugnadas mediante interpretação conforme. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Publicado no DJ 125 de 01.07.2011; tendo sido republicado no DJ 167 de 24.08.2012.

“Art. 45. A partir de 1º de julho do ano da eleição, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e noticiário:

I - omissis;

II - usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito;

III - veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes;”

Tais disposições da Lei n. 9.504/1997 tratam da proibição, em ano de eleição, para emissoras de rádio e televisão por radiodifusão, em utilizar na sua programação normal e noticiário de trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que degradem ou ridicularizam e candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito.

Na decisão cautelar, o Supremo Tribunal Federal suspendeu a eficácia da expressão “ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes”, contida no inciso III do referido artigo da Lei. Segundo o voto do Relator Min. Carlos Ayres Britto:

“É que o próprio texto constitucional trata de modo diferenciado a mídia escrita e a mídia sonora ou de sons e imagens. Tanto assim que o art. 223 da Magna Carta estabelece competir ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

Enquanto isso, o § 6º do art. 220 da Constituição impõe que a publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade. Daí o Tribunal Superior Eleitoral (Resolução 22.874/08) haver decidido que o rádio e a televisão, por constituírem serviços públicos, dependentes de “outorga” do Estado e prestados mediante a utilização de um bem público (espectro de

radiofrequências), têm um dever que não se estende à mídia escrita: o dever da imparcialidade ou da equidistância perante os candidatos. Imparcialidade, porém, que não significa ausência de opinião ou de crítica jornalística. Equidistância que apenas veda às emissoras de rádio e televisão encamparem, ou então repudiarem, essa ou aquela candidatura a cargo político-eletivo.”

O Supremo Tribunal Federal confirmou a liminar e suspendeu integralmente a eficácia dos incisos II e parte do inciso III e, por arrastamento, também suspendeu os §§ 4º e 5º, do art. 45, da Lei das Eleições.³³⁷ Ou seja, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em cautelar, a existência de um limite à lei, decorrente da liberdade de informação jornalística.

Destaque-se que o Min. Dias Toffoli, na ADI 4451/DF, propôs, em seu voto divergente, a interpretação conforme a Constituição dos referidos dispositivos legais, nos termos requeridos na petição inicial. Apresenta a distinção entre “os meios de comunicação social concedidos, permitidos ou autorizados pelo Poder Público e meios de comunicação social independentes de prévia licença oficial, ao lado das manifestações autônomas da liberdade comunicativa”.

De acordo com o voto divergente do Ministro Dias Toffoli:

“A tese da repartição entre meios comunicativos pelo critério da outorga pública foi adotada, sem maior divergência no Supremo Tribunal Federal, como se vê da ementa da MC 1241, Relator Ministro Sepúlveda Pertence: “A diversidade de regimes constitucionais aos quais submetidos, de um lado, a imprensa escrita – cuja atividade independe de licença ou autorização (CF, art. 220, § 6º) –, e, de

337 Cf. dispõe a Lei n. 9.504/97:

“§ 4º Entende-se por trucagem todo e qualquer efeito realizado em áudio ou vídeo que degradar ou ridicularizar candidato, partido político ou coligação, ou que desvirtuar a realidade e beneficiar ou prejudicar qualquer candidato, partido político ou coligação. § 5º Entende-se por montagem toda e qualquer junção de registros de áudio ou vídeo que degradar ou ridicularizar candidato, partido político ou coligação, ou que desvirtuar a realidade e beneficiar ou prejudicar qualquer candidato, partido político ou coligação.

outro, o rádio e a televisão – sujeitos à concessão do poder público – se reflete na diferença marcante entre a série de restrições a que estão validamente submetidos os últimos, por força da legislação eleitoral, de modo a evitar-lhes a interferência nos pleitos, e a quase total liberdade dos veículos de comunicação escrita”.

Em síntese, as emissoras de rádio e televisão por radiodifusão não podem apoiar ou rejeitar candidato a cargo eletivo; porém, elas podem divulgar opiniões ou críticas jornalísticas sobre determinado candidato, algo sob o âmbito normativo da liberdade de expressão política.

Este tema da liberdade de imprensa e da liberdade de radiodifusão repete-se durante o período eleitoral e enseja o relevante debate sobre as teses de defesa destas liberdades, bem como de eventuais limites e abusos em casos concretos, submetidos à apreciação do Poder Judiciário.

10 PROPRIEDADE E (OU) PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA POR DEPUTADOS E SENADORES EM EMPRESAS DE TV E RÁDIO POR RADIODIFUSÃO, EM CONCESSÃO, PERMISSÃO OU AUTORIZAÇÃO

PODER LEGISLATIVO E EXECUTIVO - IMPEDIMENTO DE RENOVAÇÃO DE CONCESSÃO, PERMISSÃO E AUTORIZAÇÃO DE OUTORGA DE RADIODIFUSÃO A PESSOAS JURÍDICAS QUE POSSUAM EM SEU QUADRO DE SÓCIOS OU ASSOCIADOS POLÍTICOS TITULARES DE MANDATO ELETIVO – PODER JUDICIÁRIO – NÃO DIPLOMAÇÃO DOS POLÍTICOS ELEITOS QUE SEJAM, DIRETA OU INDIRETAMENTE, SÓCIOS OU ASSOCIADOS A PESSOAS JURÍDICAS CONCESSIONÁRIAS, PERMISSONÁRIAS OU AUTORIZATÁRIAS DE RADIODIFUSÃO - ART. 54, I, “a”, e 54, II, “a”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Na **ADPF 246/DF** o tema debatido é a participação de agente político detentor de mandato eletivo no quadro societário de pessoas jurídicas que sejam concessionárias, permissionárias ou autorizatárias de serviço de radiodifusão.

Nesta Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Relator Ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal analisará pedido para que o Poder Executivo não mais outorgue ou renove, e que nem mesmo o Poder Legislativo aprove, concessões, permissões e autorizações de radiodifusão a pessoas jurídicas que possuam em seu quadro de sócios ou associados políticos titulares de mandato eletivo, em obediência ao art. 54 da Constituição.

Requisita-se, também, na ADPF n. 246 que a Justiça Eleitoral não mais diplome políticos eleitos que sejam, direta ou indiretamente, sócios ou associados às pessoas jurídicas concessionárias, permissionárias ou autorizatárias de radiodifusão. Ademais, que o Poder Legislativo não mais dê posse a políticos que sejam, direta ou indiretamente, sócios ou associados às pessoas jurídicas concessionárias, permissionárias ou autorizatárias de radiodifusão. Requer-se, também, a aplicação da vedação do art. 54, I, “a”, e inc. II, “a”, da Constituição para fins de declaração da inconstitucionalidade do controle de concessões, permissões e autorizações de radiodifusão por pessoas jurídicas das quais deputados ou senadores sejam sócios ou associados.

No mesmo sentido, os pedidos formulados na **ADPF 379/DF**³³⁸, Min. Relator Gilmar Mendes,: i) além de requerer a proibição, pelo Congresso Nacional, da aprovação das outorgas de radiodifusão a pessoas jurídicas que possuam em seu quadro de sócios ou associados políticos titulares de mandato eletivo; ii) requer a proibição, pelo Judiciário, de diplomar políticos eleitos que sejam, direta ou indiretamente, sócios ou associados de tais pessoas jurídicas; iii) bem como a proibição, pelo Legislativo, de dar posse a políticos eleitos que sejam, direta ou

338 Fundamentação Constitucional: Arts. 1º, incs. II, e V, 5º, incs. IX e XIV, 14, 54, inc. I, “a” e II, “b”, 60, § 4º, inc. II, 220 e 223.

indiretamente, sócios ou associados das pessoas jurídicas referidas, também requer a realização de audiência pública para debater sobre o tema.

A participação de titulares de mandato eletivo como sócios ou associados de pessoas jurídicas concessionárias, permissionárias ou autorizatárias de serviços públicos de radiodifusão também é objeto de debate na **ADPF 429/DF**,³³⁹ Relatora Min. Rosa Weber.

Na ADPF 429/DF, proposta pelo Presidente da República, almeja-se a declaração da inconstitucionalidade de todas as decisões judiciais que impedem a outorga ou a renovação de concessões, permissões e autorizações de serviços de radiodifusão a pessoas jurídicas que possuem titulares de mandato eletivo como sócios ou associados, por afronta aos preceitos fundamentais da legalidade, livre iniciativa, liberdade de manifestação do pensamento, da informação e comunicação, liberdade de associação, dentre outros. A liminar foi indeferida pela Min. Relatora Rosa Weber, sob o fundamento de falta de demonstração da divergência interpretativa que enseje a suspensão geral dos processuais judiciais relacionadas ao tema da outorga de serviços de radiodifusão sonora e radiodifusão de sons e imagens para agentes políticos titulares de mandato eletivo.

Também, é objeto da ADPF 429 a unificação do entendimento acerca do tema, tendo em vista a existência de diversas decisões judiciais conflitantes. Assim, há pedido liminar para suspensão do andamento de todos os processos e dos efeitos de todas as decisões judiciais proferidas que guardam relação com a matéria, até o julgamento da referida ADPF.

Verifica-se que o objeto da ADPF 429/DF apresenta distinção quanto ao que se requer nas ADPFs 246/DF e 379/DF. Nas ADPFs 246/DF e 379/DF pede-se que o Poder Executivo não mais outorgue ou renove, e que nem mesmo o

339 Fundamentação Constitucional: Arts. 1º, inc. IV, 5º, caput, incs. II, IX e XVII, 54, inc. I, “a”, 170, 220 e 222.

Poder Legislativo aprove concessões, permissões e autorizações de radiodifusão a pessoas jurídicas que possuam em seu quadro de sócios ou associados políticos titulares de mandato eletivo. Também, o pedido de que a Justiça Eleitoral não mais diplome agentes políticos sócios ou associados a empresas concessionárias, permissionárias ou autorizatárias de serviços de radiodifusão de sons e imagens ou radiodifusão sonora.

Por sua vez, a ADPF 429/DF pretende a declaração da inconstitucionalidade de todas as decisões judiciais que impedem a outorga ou a renovação de concessões, permissões e autorizações a tais pessoas jurídicas.³⁴⁰

A Constituição Federal, no art. 54, inc. I, alínea “a”, dispõe que Deputados e Senadores não podem, desde a expedição do diploma, firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes.³⁴¹

Por sua vez, a Constituição, no art. 54, inc. II, alínea “a”, preceitua que os Deputados e Senadores, desde a posse, não podem ser proprietários, controladores ou diretores de empresas que desfrutem de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exerçam função remunerada. A infração desse dispositivo constitucional é sancionada com a perda do mandato. Resta saber,

340 Até o momento da conclusão desse livro a ADPF 429/DF não havia sido julgada.

341 A título exemplificativo de cláusulas contratuais uniformes, a doutrina de SILVA, José Afonso da. Manual do Vereador. Edição Fundação Prefeito Faria Lima – CEPAM. p. 52:

“A proibição não alcança os contratos de cláusulas uniformes. A caracterização desse tipo de contrato é controvertida na doutrina. Típicos contratos de cláusulas são os chamados contratos de adesão, que são os de conteúdo determinado por um dos contratantes. Suas cláusulas são sempre as mesmas, quaisquer que sejam os demais contratantes. Trata-se de uma repetição de contrato, variando apenas o nome de uma das partes. Por isso mesmo, geralmente é impresso, deixando-se um claro onde se inscreve o nome e qualificação do outro contratante. Não se pode dar uma enumeração completa desses contratos, mas são de cláusulas uniformes, em regra; o contrato de seguro, o de transportes, o de fornecimento de luz, força, gás e água, o de prestação de serviços de telefone e telégrafos, certos contratos bancários, contratos de direito marítimo, de certo modo o contrato de trabalho regido pela CLT.” Ver, também, Grau, Eros Roberto e Forgioni. O Estado, a empresa e o contrato. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 39-51.

portanto, se da interpretação desta norma constitucional é possível extrair a sua aplicação para a proibição da participação societária de deputado e senador em concessionária, autorizada ou permissionária dos serviços de televisão e rádio por radiodifusão.

A Lei n. 4.117/1962, no parágrafo único do art. 38, contém apenas a proibição do exercício da função de diretor ou gerente de concessionária, permissionária ou autorizada de serviços de radiodifusão da pessoa com imunidade parlamentar ou foro especial.³⁴²

Relevante registrar aqui que, na Ação Penal **(AP) 530/MS**,³⁴³ Relatora a Ministra Rosa Weber, o tema das concessões, permissões e autorizações de radiodifusão a pessoas jurídicas que possuam em seu quadro de sócios ou associados políticos titulares de mandato eletivo também é enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal. Porém, na perspectiva da legislação penal. Neste aspecto, quanto ao que importa no presente contexto, o voto da Ministra Relatora Rosa Weber analisa primeiramente o tema sob o prisma das disposições presentes nos artigos 54, inc. I, “a”, e 54, inc. II, “a”, da Constituição, da seguinte maneira:

“Não importa o *nomen iuris* pelo qual o serviço foi repassado ao parlamentar ou à empresa por ele controlada, se concessão, permissão ou autorização. Viola a proibição constitucional qualquer outorga ao parlamentar de benefício extravagante por parte da Administração Pública direta ou indireta.”

Por outro lado, evidente é que este contrato não se enquadra na exceção permitida na parte final do art. 54, I, “a”, da Constituição Federal. A exceção em questão visa

342 Cf. Lei 4.117/1962, Art. 38 parágrafo único.

343 De acordo com o relatório presente no Acórdão do Supremo Tribunal Federal publicado pelo DJ 250 em 19.12.2014, referente à AP 530:

“Trata-se de ação penal proposta contra (...) por dois crimes de falsidade ideológica e por crime de uso de documento falso dos artigos 299 e 304 do Código Penal. A falsificação teria sido efetuada o acusado exerceria o mandato de Deputado Federal e “não poderia integrar o contrato social da sociedade referida, exercendo função de diretor ou gerente de empresa permissionária de exploração de serviço de radiodifusão, em afronta ao art. 54, I e II, da Constituição Federal e ao art. 38 da Lei nº 4.117/1962.

a contemplar contratos por adesão ou de cláusulas uniformes, cuja celebração jamais teria o condão de implicar qualquer espécie de cooptação. Assim, por exemplo, são contratos de fornecimento de água e luz entre consumidor e empresa concessionária de serviços da espécie.

O objetivo das incompatibilidades do titular de mandato eletivo do art. 54 da Constituição consiste exatamente na prevenção de riscos ao interesse público, para evitar abusos na prevalência do interesse particular sobre o interesse público. Não há como qualificar um contrato como por adesão ou de cláusulas uniformes quando precedido por licitação, influenciando essa na variação de aspectos relevantes do pacto, como o preço e o objeto da prestação.”

Em seguida, o voto da Min. Rel. Rosa Weber aborda as questões inerentes ao artigo 38 da Lei n. 4.117/1962:

“Em segundo lugar, se a empresa de radiodifusão for controlada pelo parlamentar incide a proibição prevista no parágrafo único do art. 38 da Lei nº 4.117/1962.

(...)

Enfim, a proibição prevista no parágrafo único do art. 38 da Lei nº 4.117/1962, apesar de constituir limitação de acesso a meio de comunicação, serve antes ao propósito de proteger à livre formação da opinião pública contra abusos do poder político.”

E conclui a Ministra Rosa Weber:

“Entendo que a concessão - ou a permissão - para a exploração de serviços de radiodifusão a parlamentar ou a empresa dirigida ou pertencente a parlamentar viola as proibições constitucionais e legais acima examinadas.

(...)

Assim, incidindo no caso as proibições do art. 54, I, “a”, e II, “a”, da Constituição Federal e do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 4.117/1962, era e é vedado

ao parlamentar ou empresa por este controlada receber do Governo Federal a outorga de serviço de radiodifusão sonora.”

Em que pese a respeitável conclusão da Min. Rosa Weber na Ação Penal 530/MS, na visão do autor deste livro, da interpretação constitucional do art. 54, inc. I, letra “a”, inc. II, letra “a”, da Constituição, não resulta a proibição aos deputados e senadores de deter participação societária em empresas de TV e rádio por radiodifusão, integrantes do setor privado. Talvez, teria aplicação esta restrição constitucional nos casos dos serviços de radiodifusão pública, representados pela Empresa Brasil de Comunicação.

Ao que nos parece, as normas constitucionais do art. 54 aplicam-se à hipótese de contrato de deputado ou senador com empresa concessionária de serviço público, mas excepcionam quando o contrato tem cláusulas uniformes que imponham condições iguais a todos os interessados em obter o contrato com o poder público. O propósito da Constituição é proibir a criação de privilégio indevido para deputado e senador na obtenção da outorga do serviço de radiodifusão. Porém, se observadas as regras constitucionais (licitação), e, se o contrato contiver cláusulas uniformes, então é possível a realização do contrato de concessão de serviços de radiodifusão sonora ou radiodifusão de sons e imagens.

Ora, nos contratos de concessão do serviço de televisão e rádio por radiodifusão há cláusulas uniformes.³⁴⁴ As cláusulas uniformes do contrato de concessão do serviço de TV e rádio por radiodifusão decorrem da própria Lei n. 4.117/1962, principalmente do seu art. 38 que estabelece os preceitos de cláusulas das concessões, permissões e autorizações relativas à prestação do serviço de radiodifusão.³⁴⁵ Reprise-se que a concessão dos serviços de radiodifusão de sons

344 Cláusulas uniformes nos contratos de concessão por radiodifusão são aquelas definidas na legislação e/ou editais de licitação que respeitam o princípio da isonomia, em termos de igualdade de oportunidades quanto às condições de competição para obter outorga dos serviços de radiodifusão.

345 Sobre o tema, consultar: CLÈVE, Clèmerson; SCORSIM, Ericson M. Concessão de serviço de televisão por radiodifusão, liberdade de expressão e produção de conteúdos por terceiros ou em regime de copro-

e imagens e radiodifusão sonora é especialíssima, daí a não aplicação do regime geral das concessões de serviço público.

Também, a exigência da licitação, para a formalização do contrato de concessão, tem o efeito de assegurar a imposição de cláusulas uniformes nestes contratos de radiodifusão para todo o território nacional.³⁴⁶ Além disso, nos contratos de concessão dos serviços de radiodifusão o poder público não há desembolso financeiro, sequer há o recolhimento de tarifa cobrada dos usuários dos serviços. Daí a inexistência de benefício financeiro para a pessoa contratada. Em verdade, o contratado é obrigado a suportar os ônus dos investimentos na manutenção dos serviços de radiodifusão para o público em geral.

Igualmente, as empresas de rádio e televisão por radiodifusão, de propriedade de deputados e senadores, não se enquadram na situação de desfrutar de favor decorrente de contrato com pessoa de jurídica de direito público. Não há favor, há direito obtido após a participação em procedimento licitatório ao contrato de concessão com a União. Ao contrário, se vencer a licitação, a empresa de televisão ou rádio por radiodifusão é obrigada a custear a programação diária, semanal, mensal e anual, ofertando-a gratuitamente ao público.

Além disto, da Lei n. 4.117/1962, com redação na forma da Lei n. 10.610/2002, extrai-se norma proibitiva unicamente em relação ao exercício do deputado e senador da função de direção e gestão da empresa de TV e rádio por radiodifusão. Daí porque, até declaração judicial em contrário, presume-se constitucional o

dução. Revista Brasileira de Direito Público: RBDP, Belo Horizonte: Editora Fórum, julho-setembro, 2015, p. 41-71.

346 A título ilustrativo, a doutrina de DALLARI, Adilson Abreu. Contrato Regido por Cláusulas Uniformes. Revista de Direito Administrativo. 192. Abr./Jun. 1993. p. 89-90:

“Em síntese, a celebração ou manutenção de contrato administrativo precedido de regular licitação não configura infringência da proibição contida no art. 1º, II, “i”, da Lei Complementar nº 64/90, nem incide na proibição constante do art. 54, I, “a” da Constituição Federal, porque o contrato administrativo precedido de licitação se enquadra perfeitamente na ressalva contida nos mesmos dispositivos. Contrato administrativo precedido de licitação pode ser entendido como contrato regido por cláusulas uniformes.” Ver, também, Grau, Eros Roberto, obra citada anteriormente.

art. 38, parágrafo único, da Lei n. 4.117/1962. E, mais, se existirem provas válidas e suficientes da violação ao art. 38, parágrafo único, da Lei n. 4.117/1962, aí sim, nesta hipótese, o parlamentar pode ser afastado das funções de gerência ou direção da empresa de rádio e televisão por radiodifusão.³⁴⁷

11 RÁDIO COMERCIAL. OBRIGAÇÃO DA TRANSMISSÃO DO PROGRAMA VOZ DO BRASIL. VISÃO CRÍTICA. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA COMPLEMENTARIDADE. SISTEMAS DE RADIODIFUSÃO PRIVADO, PÚBLICO E ESTATAL

RÁDIO COMERCIAL – OBRIGATORIEDADE DA TRANSMISSÃO DA “VOZ DO BRASIL” – RECEPÇÃO INTEGRAL DA LEI N. 4.117/1962 PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988 – APLICABILIDADE DO ARTIGO 38, LETRA E, DA REFERIDA LEI – PEDIDO DE FLEXIBILIZAÇÃO NA TRANSMISSÃO DO HORÁRIO DO PROGRAMA DE RÁDIO – INDEFERIMENTO

Outro relevante tema debatido no Supremo Tribunal Federal refere-se à constitucionalidade da obrigatoriedade legal da transmissão do programa oficial “Voz do Brasil” pelas emissoras de rádio comercial.³⁴⁸

A Lei nº 4.117/1962 dispõe, em seu art. 38, sobre a obrigatoriedade da retransmissão pelas emissoras de rádio comerciais do programa “Voz do Brasil” no período das 19 às 20 horas.

O Supremo Tribunal Federal, na **ADI 561/DF**,³⁴⁹ Min. Rel. Celso de Mello,

347 Até o momento da conclusão deste livro, não julgado o mérito da questão sobre a propriedade de emissoras de TV e rádio por radiodifusão por agentes políticos (ADPF 429/DF e 246/DF).

348 O programa de rádio Voz do Brasil seria mais propriamente designado como Voz de Brasília, eis que é a voz oficial dos poderes da República, sediados em Brasília.

349 Dispositivo Legal Questionado: Decreto Federal nº 177, de 17 de julho de 1991, que regulamenta os Serviços Limitados de Telecomunicações. Fundamentação Constitucional: Art. 48, inciso XII. Requerente: Partido dos Trabalhadores – PT. Julgamento Plenário: Em 23.08.1995, o STF não conheceu da ação e

concluiu que a atual Carta Constitucional recepcionou a Lei nº 4.117/1962 na sua integralidade, e, respectivamente, recepcionou o artigo 38 que prevê obrigatoriamente a retransmissão do programa oficial “Voz do Brasil” pelas emissoras de rádio comerciais.³⁵⁰

Importante considerar que, embora a ADI 561 não tenha sido conhecida, a fundamentação adotada nesta decisão é utilizada nos precedentes referentes ao caso do programa de rádio Voz do Brasil.

Nos casos pertinentes à Voz do Brasil, julgados pelo Supremo Tribunal Federal invoca-se o julgamento na ADI n. 561/DF. A título ilustrativo, AG. Reg. No Recurso Extraordinário n. 679.672/RJ, Em. Decl. No Recurso extraordinário n. 601.412/PR, entre outros.

No RE n. 601.412, Rel. Min. Dias Toffoli:

“O Plenário desta Corte, no exame da ADI N. 561/DF concluiu que a Lei n. 4.117/62 foi recepcionada pela vigente Constituição Federal. Desse modo, não de reveste de ilegalidade a determinação para que empresas de radiodifusão estejam obrigadas à retransmissão diária do programa a Voz do Brasil no horário determinado na mencionada lei”.

Porém, na ADI 561/DF houve a apreciação tão-somente do aspecto da recepção formal da Lei nº 4.117/1962, à luz da Constituição de 1988. Naquela decisão, não foi devidamente decidida a questão sobre a inconstitucionalidade da veiculação

julgou prejudicado o pedido de medida liminar, vencidos, em parte, os Ministros Sepúlveda Pertence, Presidente, e Maurício Corrêa, que julgavam prejudicada a ação contra os arts. 6º e 8º do Decreto nº 177, de 17.07.91, em face da superveniência da EC nº 008/95 e não conheciam da ação quanto ao restante. Votou Ministro Maurício Corrêa; não participou da votação o Ministro Francisco Rezek (art. 134, §2º, com a redação da ER nº 002/85). Publicado o acórdão no DJ de 23.03.2001.

350 O mesmo entendimento do Supremo Tribunal Federal foi confirmado em dois casos mais recentes: RE 490769 AgR, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 01/02/2011, DJe-034 PUBLIC 21-02-201; RE 571353 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 31/05/2011, DJe-115 Publicado em 16-06-2011.

obrigatória do programa Voz do Brasil. Na ADI n. 561/DF não houve o debate sobre o art. 38, letra e, da Lei nº 4.117/1962. Daí porque o aperfeiçoamento do exercício da jurisdição constitucional demanda a análise adequada da Lei nº 4.117/1962, no que se refere à sua (in)compatibilidade com a Constituição, em especial à exigência da veiculação pelas emissoras de rádio do setor privado do programa estatal Voz do Brasil.

Com o devido respeito, há equívoco na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ao invocar a decisão proferida na ADI 561, para fins de justificar a recepção da regra do art. 38, letra e, da Lei nº 4.117/1962.

O tema deve ser objeto do adequado enquadramento jurídico. O programa de rádio “Voz do Brasil” representa espécie de comunicação estatal. Trata-se de formato sonoro, a serviço da comunicação dos três poderes da República: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Ora, a comunicação estatal deve ser realizada, a princípio, nos canais estatais de comunicação social. Para tanto, existe a previsão do princípio constitucional da complementaridade dos sistemas de radiodifusão privado, público e estatal, na Constituição Federal. A imposição do modelo de comunicação estatal, no formato do programa “Voz do Brasil”, de modo compulsório sobre o setor privado de radiodifusão, é inconstitucional.

Destaque-se que o pedido das emissoras de rádio comercial, veiculado em recursos extraordinários interpostos perante o Supremo Tribunal Federal, foi no sentido de transmissão do programa “Voz do Brasil” em horário alternativo à determinação legal de transmissão no horário das 19hs às 20hs.

Ora, a tese da transmissão do programa de rádio “Voz do Brasil”, em horário sob a escolha da emissora de rádio do setor privado, é compatível com a liberdade de programação das emissoras de radiodifusão, protegido no âmbito normativo da liberdade de comunicação social, prevista no art. 5º, inc. IX, bem como na plena liberdade de informação jornalística, do art. 220, caput, da Constituição.

Também, a flexibilidade no horário da transmissão é mais adequado ao direito à veiculação de publicidade comercial, também tutelada pela Constituição.

A propósito, cumpre lembrar a medida provisória que flexibilizou o horário de transmissão da “Voz do Brasil”, durante o período dos jogos olímpicos ocorridos na cidade do Rio de Janeiro. Destaque-se que, durante os Jogos Olímpicos no Rio de Janeiro, foi flexibilizado o horário de retransmissão do programa Voz do Brasil, na forma da Medida Provisória n. 742/2016. A referida Medida Provisória perdeu sua eficácia, em decorrência do término do prazo para sua votação no Congresso, não sendo convertida em lei.

Ora, a Constituição Federal oferece plena proteção às liberdades comunicativas, no âmbito dos direitos individuais e coletivos. Trata-se de garantia para as pessoas naturais e jurídicas. Assim, a obrigatoriedade do programa “Voz do Brasil” em relação às rádios comerciais é incompatível com a garantia do livre fluxo das comunicações.

O Estado, pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, deve garantir a proteção às liberdades comunicativas das pessoas. Assim, os ouvintes da programação das emissoras de rádio comercial têm a liberdade informativa e comunicativa quanto à recepção da programação livre, na forma definida pela emissora de rádio comercial, integrante do setor privado da radiodifusão.

Igualmente, a emissora de rádio comercial tem o direito e o dever de tutelar seus ouvintes, inclusive anunciantes e agências de publicidade, diante de intervenção legislativa excessiva sobre sua liberdade de radiodifusão, liberdade de programação e liberdade comunicativa. Daí a razoabilidade mínima da tese da flexibilização do horário da transmissão do programa Voz do Brasil, em horário a ser definido pela própria emissora de rádio comercial.

Registrando-se o respeito à conclusão do Supremo Tribunal Federal, na visão do autor do presente livro, as emissoras de rádio comerciais não deveriam

ser obrigadas a retransmitir o programa “Voz do Brasil”, diante do princípio constitucional da complementaridade dos sistemas de radiodifusão privado, público e estatal.

A veiculação do programa “Voz do Brasil” é encargo das emissoras de rádio estatais, eis que se trata de programa de interesse dos três Poderes da República. Acrescenta-se que a veiculação do programa “Voz do Brasil” poderia ficar sob o encargo da Empresa Brasil de Comunicação (EBC), empresa responsável pela radiodifusão pública, nos termos da Lei Federal nº 11.652/2008.³⁵¹

Ou seja, diferentemente do que decidiu o Supremo Tribunal Federal sobre o tema, entende-se que configura verdadeiro abuso legislativo sobre as emissoras de rádio do setor privado a obrigatoriedade de veiculação do programa de rádio “Voz do Brasil”; daí a inconstitucionalidade da Lei Federal n. 4.117/1962 (art. 38, letra e). Em verdade, a transmissão obrigatória do programa Voz do Brasil representa expropriação do direito da empresa prestadora do serviço de radiodifusão sonora sobre o tempo de sua programação a ser ofertada ao público em geral.

A empresa de rádio comercial não pode ser injustamente privada de faixa de seu horário de transmissão de sua programação, bem como de fontes de receitas decorrentes da veiculação de publicidade. Igualmente, o abuso estatal é sobre o direito à livre informação do público. Os cidadãos brasileiros deveriam ter a opção de escolher o programa de rádio para escutar no horário que quisessem, e não ser obrigados a ouvir a “Voz do Brasil” ou a Voz de Brasília.

Além disto, o fundamento do interesse público não tem a capacidade de justificar a intervenção legislativa no sentido de sacrificar a liberdade de radiodifusão do setor privado. Ao contrário, o direito do público à informação livre, isenta e imparcial, sem a interferência do poder estatal sobre este setor da comunicação social.

³⁵¹ A Lei Federal n. 11.652/2008 foi modificada pela Lei n. 13.417/2017.

Atualmente, diante de novo cenário das comunicações, representado pelo ambiente da internet, não é admissível que o estado-legislador mantenha este ônus excessivo sobre o setor de radiodifusão comercial de fixar de forma rígida e inflexível o horário de transmissão do programa.

No novo ambiente das comunicações, na plataforma da internet, o programa “Voz do Brasil” pode ser transmitido pela rede, com o sinal acessível em diversos dispositivos de tecnologia de informação e comunicação (computadores, notebooks, celulares, etc.). Também, reitere-se, o programa pode ser transmitido pela Empresa Brasil de Comunicação, pelos seus canais de comunicação. Ou seja, existem diferentes canais de comunicação a disposição dos poderes públicos, para fins de realização da comunicação estatal. Daí as razões para desobrigar as emissoras de rádio comercial da transmissão do programa “Voz do Brasil”.

Aqui, é evidente o excesso do poder legislativo, representado pelo art. 38, letra e, da Lei nº 4.117/1962, bem como a ofensa aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. A transmissão obrigatória do programa “Voz do Brasil” representa verdadeiro retrocesso legislativo no âmbito da comunicação social, em ambiente de plena democracia. Por isso a necessidade de se respeitar o direito à proteção jurisdicional em relação à tutela dos direitos à liberdade de expressão, informação e comunicação.

A exigência de veiculação do programa “Voz do Brasil” viola a liberdade de radiodifusão, bem como a liberdade de comunicação social, garantias fundamentais das emissoras de rádio comercial, previstas no caput do art. 220, da Constituição. Como referido, a exigência da veiculação do programa oficial “Voz do Brasil” pelas rádios comerciais é contrária ao livre fluxo de comunicação que deve prevalecer no mercado e na sociedade. Há forte conexão entre a liberdade de expressão, informação e de comunicação e os serviços de radiodifusão. Há, também, a intensa conexão entre o comércio e a comunicação social. Daí a necessidade de proteção ao livre fluxo de expressões, informações, comunicações, publicidade comercial, de interesse da sociedade e do mercado.

Como já referido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o programa oficial “Voz do Brasil” invoca o que foi decidido na ADI n. 561. Acontece que a decisão da ADI n. 561 não é fundamento suficiente e pertinente para a apreciação da constitucionalidade do art. 38, letra e, da Lei n.º 4.117/1962.

Na ocasião do julgamento histórico da ADI n. 561, não houve formalmente a impugnação ao art. 38, letra e, da Lei n. 4.177/1962, que trata da transmissão obrigatória do programa Voz do Brasil. O fundamento central da ADI n. 561 foi a impugnação sobre o Decreto n. 177/91. Não estava na ocasião em pauta a constitucionalidade do art. 38, letra e, da Lei n. 4.117/1962. Aliás, sequer a ADI n. 561 foi conhecida, eis que o objeto principal consistia na apreciação da constitucionalidade de Decreto n. 177/1991.

Sobre o tema, é esclarecedora a Ementa da ADI n. 561/DF:

“Ação direta de inconstitucionalidade – regulamento dos serviços limitados de telecomunicações – Decreto n. 177/1991 – ato de natureza meramente regulamentar – descabimento do controle abstrato de constitucionalidade – ação direta não conhecida”.

Com todo respeito, é necessária a revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de declarar a inconstitucionalidade parcial da Lei Federal n. 4.117/1962 (art. 38, letra e) ou de aprovação pelo Congresso Nacional de lei que revogue a referida exigência de veiculação obrigatória do programa “Voz do Brasil” pelas emissoras de rádio privadas, ou, alternativamente, permita a flexibilização do horário de transmissão.

12 RADIODIFUSÃO PÚBLICA. CRIAÇÃO DA EMPRESA BRASIL DE COMUNICAÇÃO – EBC. REGIME DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

SERVIÇOS DE RADIODIFUSÃO PÚBLICA – ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA CRIAÇÃO DA EMPRESA BRASIL DE COMUNICAÇÃO (EBC) – ART. 25, DA LEI N. 11.652, DE 7 DE ABRIL DE 2008 – AUTORIZAÇÃO DA CONTRATAÇÃO PELA EBC DE BENS E SERVIÇOS EM REGIME SIMPLIFICADO – POSSÍVEL AFRONTA AO ART. 37, INC. XXI, DA CF

O tema central aqui debatido é a possível inconstitucionalidade da medida provisória que trata dos serviços de radiodifusão pública.

Importante referir aqui que o regime dos serviços de radiodifusão pública é diferente do regime dos serviços de radiodifusão comercial do setor privado. A Constituição assim estabelece a distinção entre os sistemas de radiodifusão privado, público e estatal, nos termos do art. 223. Também, as leis setoriais são diferentes, sendo o setor da radiodifusão privada regulado pela Lei n. 4.117/1962, enquanto o setor da radiodifusão público pela Lei n. 11.652/2008, com redação na forma da Lei n. 13.417/2017.

Na **ADI 3994/DF**,³⁵² Relator o Ministro Luiz Fux, e Relator originário o Min. Eros Grau, discute-se a constitucionalidade da criação da Empresa Brasil de Comunicação pela Medida Provisória n. 398/2007. Posteriormente, esta medida provisória foi convertida na Lei n. 11.652/2008.³⁵³ Alega-se, entre outros

352 Fundamentação Constitucional: Arts. 5º, inc. XXXVI; 37, incs. IX e XXI; 62, §1º, inc. I, alínea “d”; 176, § 1º e 246. Dispositivo Legal Questionado: Medida Provisória nº 398, de 10 de outubro de 2007. Reque-rente: Democratas – DEM.

353 A Lei n. 11.652/2008 foi modificada pela Lei n. 13.417/2017.

argumentos, a afronta ao art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, ao autorizar a EBC a contratar bens e serviços em regime simplificado, em vez de se submeter às regras da Lei de Licitações (8.666/1993). Daí o pedido de inconstitucionalidade do art. 25 da referida lei.

De acordo com o parecer do Ministério Público Federal, a ADI n. 3994 somente deve prosperar em relação à autorização para que a EBC realize procedimento licitatório simplificado. De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, somente é inexigível a licitação quando o procedimento inviabilizar o desempenho de atividades específicas das empresas públicas exploradoras de natureza econômica. O que não é o caso, eis que a EBC é empresa prestadora de serviço público. Por este aspecto, o parecer do MPF no sentido da procedência parcial do pedido, para a declaração de inconstitucionalidade do art. 25, da Lei n. 11.652, de 7 de abril de 2008. Consta do parecer, lavrado à época pelo Procurador-Geral da República Antônio Fernando de Barros e Silva de Souza:

“No caso da EBC, entretanto, não há que se falar em intervenção na atividade econômica, visto que como reconhecido pelo próprio requerido, trata-se de uma empresa pública prestadora de serviço público, enquadrada, assim, na situação prevista no art. 175 da Constituição Federal”.

A EBC é prestadora do serviço público de radiodifusão, daí seu regime é diferente das empresas de TV e rádio por radiodifusão do setor privado. O ponto relevante neste caso é a definição da Empresa Brasil de Comunicação como prestadora de serviço público e a sua submissão ao regime licitatório. Também outro ponto em destaque é a própria criação pelo legislador da Empresa Brasil de Comunicação, para realizar o serviço de radiodifusão pública, em concretização ao princípio constitucional da complementaridade dos sistemas de radiodifusão privado, público e estatal, estabelecido pelo art. 223 da Constituição.

A Empresa Brasil de Comunicação é prestadora de espécie de serviço público de radiodifusão, sob delegação da União, na forma de lei específica. Daí o regime

jurídico especialíssimo a que está submetida a EBC. Como referido, um dos fundamentos constitucionais para criação da EBC encontra-se no princípio da complementaridade dos sistemas de radiodifusão privado, público e estatal, previsto no art. 223 da Constituição.

O regime de prestação da radiodifusão pública é diferente do regime aplicável à radiodifusão do setor comercial. Por isso a necessidade de se observar a distinção entre os dois regimes jurídicos da radiodifusão comercial, na forma da Lei n. 4.117/1962, e radiodifusão pública, nos termos da Lei n. 11.652/2008, com redação na forma da Lei n. 13.417/2017. Ou seja, o legislador adotou dois regimes jurídicos diferentes: um para as TVs e rádios comerciais, outro para a radiodifusão pública, representada pela Empresa Brasil de Comunicação, pessoa jurídica sob controle da União.³⁵⁴ O regime de serviço público é inteiramente aplicável à Empresa Brasil de Comunicação. Diversamente, este regime puro não pode ser aplicado às empresas de TV e rádio por radiodifusão do setor privado.

Outro aspecto relevante é que, em 02 de março de 2017, foi publicada no Diário Oficial da União, a Lei n. 13.417/2017, que altera a Lei n. 11.652/2008. Dentre as principais inovações criadas pela Lei n. 13.417/2017 está a alteração da composição do Conselho de Administração e da forma de nomeação de seus membros.³⁵⁵ A indicação dos membros que compõem a diretoria executiva deve

354 Até o momento da conclusão deste livro, não houve o julgamento do mérito desta ADI n. 3994/DF, relativa à Empresa Brasil de Comunicação, encarregada de executar os serviços de radiodifusão pública do Poder Executivo Federal.

355 Cf. Lei n. 13.417/2017:

“Art. 13. O Conselho de Administração, cujos membros serão nomeados pelo Presidente da República, será constituído:

I - por um Presidente, indicado pelo Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República;

II - pelo Diretor-Presidente da Diretoria Executiva;

III - por um membro indicado pelo Ministro de Estado da Educação;

IV - por um membro indicado pelo Ministro de Estado da Cultura;

V - por um membro indicado pelo Ministro de Estado do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão;

VI - por um membro indicado pelo Ministro de Estado da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações;

seguir as regras da Lei nº 13.303/2016 que trata do regime jurídico das empresas estatais. Portanto, a nova lei revogou a regra que estabeleceu o mandato para o Diretor-Presidente da Empresa Brasil de Comunicação, agora, cargo sujeito à livre nomeação e exoneração pelo Presidente da República.

A Lei n. 13.417/2017, que decorre da conversão da Medida Provisória n. 744/2016³⁵⁶, não altera as disposições presentes no artigo 25 da Lei n. 11.652/2008, objeto de debate na ADI 3994/DF.

13 RADIODIFUSÃO PÚBLICA. EMPRESA BRASILEIRA DE COMUNICAÇÃO – EBC. EXONERAÇÃO DO DIRETOR-PRESIDENTE PELA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

DIRETOR-PRESIDENTE DA EMPRESA BRASIL DE COMUNICAÇÃO – EBC
– EXONERAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – MANDATO FIXO - ART. 19 DA
LEI N. 11.652/2008 – MUDANÇA NA LEI POR MEDIDA PROVISÓRIA – LEI
DE CONVERSÃO 13.417/2017 - PERDA DO OBJETO DO MANDADO DE
SEGURANÇA

O tema aqui é o Mandado de Segurança impetrado contra o ato de exoneração do Diretor-Presidente da Empresa Brasil de Comunicação pelo Presidente da República, antes do término do prazo do mandato.

VII - por um membro representante dos empregados da EBC, escolhido na forma estabelecida por seu Estatuto; e

VIII - por dois membros independentes, indicados na forma do art. 22 da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016

356 A Lei n. 13.417/2017 é assim emendada: Altera a Lei no 11.652, de 7 de abril de 2008, que institui os princípios e objetivos dos serviços de radiodifusão pública explorados pelo Poder Executivo ou outorgados a entidades de sua administração indireta e autoriza o Poder Executivo a constituir a Empresa Brasil de Comunicação – EBC.

O Ex-Diretor-Presidente da Empresa Brasil de Comunicação – EBC ingressou com Mandado de Segurança (MS 34205),³⁵⁷ Relator o Ministro Dias Toffoli, contra ato do Presidente da República que o exonerou do referido cargo, antes do prazo final do mandato para o qual havia sido nomeado. Alega-se, com base no art. 19 da Lei n. 11.652/2008, alterado recentemente pela Lei n 13.417/2017, dos serviços de radiodifusão pública, que o cargo de Diretor-Presidente da EBC tem mandato fixo de quatro anos, justamente para garantir a independência do canal público-estatal diante da influência do Chefe do Poder Executivo.

De acordo com as argumentações do Ex-Diretor Presidente, uma vez sendo nomeado para o cargo, somente poderia ser exonerado durante o mandato de quatro anos se verificadas as condições estabelecidas no Estatuto da referida empresa – Decreto n. 6.689/2008 - e na Lei de criação da EBC (Lei n. 11.652/2008).³⁵⁸

Daí a suposta ilegalidade do ato de exoneração do Diretor-Presidente da Empresa Brasil de Comunicação, antes do prazo final do mandato, com pedido no mandado de segurança do direito líquido e certo do exercício do mandato no cargo, até o termo final.

Mas a controvérsia tem um ponto adicional de análise. É que a Empresa Brasil de Comunicação é sociedade de economia mista. Portanto, a dúvida é sobre a aplicação de regras de estabilidade dos dirigentes de uma empresa estatal, no modelo do direito privado. É conhecida a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a estabilidade no cargo dos dirigentes de agências reguladoras (autarquias), mas a questão a ser resolvida é saber da aplicação deste entendimento no caso de uma empresa pública.³⁵⁹

357 Supremo Tribunal Federal, Impetrante: Ricardo Pereira de Melo. Impetrado: Presidente da República, julgado pela perda do objeto do Mandado de Segurança.

358 Ver artigos 16, § 2º do Decreto 6.689/2008 e 19, § 4º, da Lei n. 11.652/2008.

359 Sobre o tema, SCORSIM. Ericson M. TV Digital e Comunicação Social: aspectos regulatórios – TVs pública, estatal e provada. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008. p. 280.

Em decisão liminar, proferida pelo Ministro Relator Dias Toffoli no dia 02 de junho de 2016, o Supremo Tribunal Federal garantiu o retorno de Ricardo Pereira de Melo ao cargo de diretor-presidente da Empresa Brasileira de Comunicação S/A – EBC.

Na decisão, o Ministro Dias Toffoli considerou a autonomia de gestão que deve ser garantida à EBC em relação ao Governo Federal para definir produção, programação e distribuição de conteúdo no sistema público de radiodifusão. Também, por analogia, equiparou a autonomia conferida à EBC (empresa pública) àquela garantida às agências reguladoras. Destacou ainda, citando a ADI 1949/RS,³⁶⁰ que as hipóteses de perda de mandato “devem sempre observar a necessidade de motivação e de processo formal, não havendo espaço para discricionariedade pelo chefe do Executivo”.

No curso do Mandado de Segurança, todavia, o dispositivo legal que trata do mandato de quatro anos ao Diretor-Presidente da EBC foi alterado. Com a medida provisória nº 744, de 1º de setembro de 2016, houve a revogação expressa do inciso VIII do caput do art. 8º e dos arts. 15³⁶¹ a 17 da Lei n.º 11.652/2008. Assim, excluiu-se a previsão de mandato de quatro anos ao Diretor-Presidente, para fazer constar que a nomeação e exoneração dos membros da Diretoria Executiva

360 STF, ADI 1949-RS, Fundamentação Constitucional: Arts. 2º, 37, inc. II in fine, e art. 4º, inc. XXV da Constituição Federal. Dispositivo Legal Questionado: Arts. 7º e 8º da Lei Estadual n. 10.931/1997, que cria a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul e arts. 1º, 7º e 8º da Lei do Estado do Rio Grande do Sul n. 11.292/1998. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Min. Rel. Dias Toffoli. Julgamento Plenário: Em 17.09.2014, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou parcialmente procedente a ação.

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. AGÊNCIA ESTADUAL DE REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DO RIO GRANDE DO SUL (AGERGS). NECESSIDADE DE PRÉVIA APROVAÇÃO PELA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DA INDICAÇÃO DOS CONSELHEIROS. CONSTITUCIONALIDADE. DEMISSÃO POR ATUAÇÃO EXCLUSIVA DO PODER LEGISLATIVO. OFENSA À SEPARAÇÃO DOS PODERES. VÁCUO NORMATIVO. NECESSIDADE DE FIXAÇÃO DAS HIPÓTESES DE PERDA DE MANDATO. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. Acórdão publicado no DJ 224 de 14.11.2014.

361 Ver Lei n.º 11.652/2008, alterada pela MP n. 744/2016.

(entre eles o Diretor-Presidente) competem ao Presidente da República, e que o exercício em tais cargos se dará no prazo máximo de quatro anos.

Diante desse novo contexto normativo, o Min. Relator Dias Toffoli declarou “prejudicado o presente *mandamus* por perda de seu objeto, nos termos do art. 485, VI, do CPC, cassada a liminar anteriormente deferida”, pois o “objeto do presente *mandamus* é o ato de exoneração do impetrante praticado pelo Presidente da República quando em vigência a previsão legal de mandato ao Diretor-Presidente da Empresa Brasileira de Comunicação – EBC. A alteração normativa, com exclusão dessa previsão, faz perder, portanto, o objeto do mandado de segurança impetrado.”

De fato, a mudança na Lei Federal 11.652/2008, por força de Medida Provisória n. 744/2016, posteriormente convertida na Lei 13.417/2017, com a extinção do mandato do Diretor-Presidente da Empresa Brasil de Comunicação, foi a causa para a extinção do mandado de segurança.

Destaque-se que, em 02 de março de 2017, a medida provisória n. 744/2016 foi convertida na Lei n. 13.417/2017. A nova lei modificou as disposições presentes no art. 19, §2º, da referida medida provisória, que previa prazo máximo de quatro anos para exercício dos cargos que compõem a Diretoria Executiva (entre eles o Diretor-Presidente). Nos termos da lei n. 13.417/2017, os membros da Diretoria Executiva são livremente nomeados e exonerados pelo Presidente da República, sem qualquer menção ao prazo de exercício do mandato.

14 RADIODIFUSÃO EDUCATIVA. ESTABILIDADE NO EMPREGO DOS SERVIDORES DA FUNDAÇÃO PADRE ANCHIETA. TV CULTURA. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 545

ESTABILIDADE NO EMPREGO - FUNDAÇÃO PADRE ANCHIETA - TV CULTURA - NATUREZA PRIVADA - REGRA CONSTITUCIONAL DO ART. 19 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO – TEMA 545 – REPERCUSSÃO GERAL

Na pauta do Supremo Tribunal Federal, questão sobre a extensão da estabilidade excepcional do artigo 19 do ADCT a empregados de fundação privada. O Supremo Tribunal Federal, Rel. Ministro Relator Dias Toffoli, reconheceu a existência de repercussão geral no RE 659039/SP:³⁶²

“TEMA 545 - Extensão da estabilidade excepcional do art. 19 do ADCT a empregados de fundação privada”.

O caso envolve a TV Cultura de São Paulo, entidade sob a gestão da Fundação Padre Anchieta. A TV Cultura é organização privada sob a gestão da Fundação Padre Anchieta. Trata-se de fundação de direito privado, cuja produção e programação se encontram sob o aconselhamento de um Conselho Curador, integrado por representantes das Secretarias Estaduais do Estado de São Paulo, reitores de universidades estaduais e representantes da sociedade civil. A indicação e

³⁶² De acordo com o voto vencido do Min. Marco Aurélio, que concluiu pela inadequação do instituto da repercussão geral:

“Observem a organicidade do Direito. O instituto da repercussão geral refere-se a recurso extraordinário que veicule matéria de índole constitucional. É o que decorre do disposto no § 3º do artigo 102 da Carta Federal (...). Até aqui, para apreciação do Supremo, há o agravo interposto, que veio, ante a legislação instrumental, no próprio processo. Em síntese, o recurso extraordinário teve a sequência indeferida na origem. O interessado protocolou o agravo, o qual deve ser julgado pelo relator, o que ainda não ocorreu. Descabe fragilizar o instituto da repercussão geral e isso acontecerá caso, de cambulhada, seja colado a processo que não se apresenta a este Tribunal com o recurso extraordinário admitido.”

nomeação do Presidente da TV Cultura é realizada pelo Conselho Curador. Há a previsão da Diretoria Executiva indicada pelo Conselho Curador.

No ARE 659039/SP, Relator o Ministro Dias Toffoli, a Fundação Padre Anchieta defende a tese de que, por se tratar de fundação privada, com regime de direito privado, possui em seus quadros servidores celetistas, e não servidores públicos, daí a inaplicabilidade do art. 19 do ADCT, da CF.

Na ementa do acórdão que fixou a repercussão geral do tema no ARE 659039/SP (agora substituído pelo RE 716378/SP como paradigma de julgamento de repercussão geral) está clara a questão constitucional:

“Direito do Trabalho e Constitucional - Ação Trabalhista - Servidor da Fundação Padre Anchieta que demanda o reconhecimento de sua estabilidade no emprego, em razão do disposto no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - Discussão acerca do alcance da referida norma constitucional - Matéria Passível de repetição em inúmeros processos, a repercutir na esfera de interesse de inúmeros trabalhadores. Presença de Repercussão Geral”.

O Supremo Tribunal Federal julgará o tema da repercussão geral, sobre a incidência ou não do artigo 19, do ADCT. Tal dispositivo constitucional trata dos “servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição” seriam considerados estáveis no serviço público.

Ocorre, entretanto, que se trata de fundações públicas, não de fundações de direito privado. Há que se considerar a distinção de regimes jurídicos impostos, não devendo confundir a participação de agentes políticos no Conselho Curador,

como os Secretários Estaduais, por exemplo, com o regime jurídico de direito público das fundações públicas.³⁶³

15 RÁDIOS COMUNITÁRIAS. VEDAÇÃO LEGAL AO PROSELITISMO POLÍTICO E RELIGIOSO. CONSTITUCIONALIDADE

RÁDIOS COMUNITÁRIAS - VEDAÇÃO LEGAL AO PROSELITISMO POLÍTICO E RELIGIOSO – CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 4º, §1º, DA LEI 9.612/1998

O Supremo Tribunal Federal, na **ADI 2566/DF**³⁶⁴, Relator originário o Min. Sidney Sanches, e, atualmente, o Min. Rel. Alexandre de Moraes, discute a constitucionalidade do art. 4º, §1º, da Lei n. 9.612/1998, que trata dos serviços de radiodifusão sonora de âmbito comunitário. Esta lei contém artigo que veda o proselitismo de qualquer natureza na programação das emissoras de radiodifusão comunitária.³⁶⁵ A medida cautelar foi indeferida. Consta do acórdão:

363 Há outra questão relevante no caso das TVs e rádios educativas referentes ao Decreto-lei n. 236/1967, sobre a inexigibilidade de licitações para a outorga dos serviços de radiodifusão educativa. Nesta hipótese, há o debate no âmbito dos tribunais sobre a recepção do referido decreto-lei pela Constituição de 1988. Mas, esta questão ainda não chegou à pauta do Supremo Tribunal Federal. A título ilustrativo, a Apelação/Reexame Necessário n. 0014205.81.2010.4.03.6105-SF, em que o Tribunal Regional da Terceira Região acolheu a tese da compatibilidade do Decreto-lei n. 236/1967 com a Constituição de 1988. Daí porque entendeu que: “... a exigência de licitação não se justifica, uma vez que não há preço a ser discutido, antes a inexistência de valoração da prestação de serviço de caráter educativo, executado sem fins lucrativos”.

364 Fundamentação Constitucional: Arts. 5º, incisos VI e IX, e 220 e seguintes a Constituição. Dispositivo Legal Questionado: Art. 4º, da Lei n. 9.612/1988. Requerente: Partido Liberal – PL. Julgamento Plenário: Em 22.05.2002, o Tribunal, por maioria de votos, indeferiu a medida acauteladora, vencidos os Senhores Ministros Celso de Mello e o Presidente, o Exmo. Senhor Ministro Marco Aurélio. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Ilmar Galvão e Carlos Velloso. Publicado no DJ 27.02.2004.

365 Nos termos do dicionário, proselitismo consiste na “tentativa persistente de persuadir ou convencer outras pessoas a aceitar suas crenças, em geral relativas à religião ou à política.” Disponível em <http://michaelis.uol.com.br/busca?id=D9YbD>.

“O dispositivo visou apenas a evitar o desvirtuamento da radiodifusão comunitária, usada para fins a ela estranhos, tanto que, ao tratar de sua programação, os demais artigos da lei lhe permitiram a maior amplitude e liberdade, compatíveis com suas finalidades. Quis, portanto, o artigo atacado, tão-somente, afastar o uso desse meio de comunicação como instrumento, por exemplo, de pregação político-partidária, religiosa, de promoção pessoal, com fins eleitorais, ou mesmo certos sectarismos e partidarismos de qualquer ordem.”

A decisão destacou que abusos na gestão das rádios comunitárias serão apurados caso a caso:

“Caberá, então, ao intérprete dos fatos e da norma, no contexto global em que se insere, no exame de casos concretos, no controle difuso de constitucionalidade e legalidade, nas instâncias próprias, verificar se ocorreu, ou não, com o proselitismo, desvirtuamento das finalidades da lei. Por esse modo, poderão ser coibidos os abusos, tanto os das emissoras, quanto os do Poder Público de seus agentes.”

O voto divergente do Min. Celso de Mello lembrou que o Estado brasileiro é laico e, portanto, não pode censurar ideias religiosas professadas por quem quer que seja:

“Entendo, por isso mesmo que a prática do proselitismo representa elemento de concretização do direito à livre difusão de idéias.

(...)

O Estado não tem, – nem pode ter – interesses confessionais. Ao Estado é indiferente o conteúdo das idéias religiosas que eventualmente venham a circular e a ser pregadas por qualquer grupo confessional, mesmo porque não é lícito ao Poder Público interditar-las ou censurá-las, sem incorrer, caso assim venha a agir, em inaceitável interferência em domínio naturalmente estranho às atividades estatais.”

O voto do Min. Marco Aurélio foi no mesmo sentido, da ampla liberdade de informação e de manifestação de crença pelas rádios comunitárias:

“É certo que a lei versa sobre empresas de radiodifusão voltadas à comunidade, mas essa circunstância não é conducente, a meu ver, a respaldar uma censura prévia que não coabita os novos ares constitucionais quanto à certa temática.

(...)

É possível a ocorrência de abusos, mas não se procederá, antecipadamente, quanto ao que denominei aqui como censura prévia.”

O sistema de radiodifusão público de âmbito comunitário deve ser uma garantia de acesso dos cidadãos aos meios de comunicação social. O objetivo da lei da radiodifusão comunitária é garantir a autonomia na gestão comunitária do canal, diante das forças das entidades partidárias e religiosas. Os serviços de radiodifusão comunitária diferenciam-se dos demais serviços de radiodifusão comercial, na medida da vedação à finalidade lucrativa. Daí a exigência de lei específica para a radiodifusão comunitária (rádios comunitárias), na forma da Lei nº 9.612/1998.³⁶⁶

O fundamento constitucional da radiodifusão comunitária encontra-se no princípio da complementaridade dos sistemas de radiodifusão privado, público e estatal, previsto no art. 223 da CF. Daí a complementaridade do sistema de radiodifusão comunitária em relação à radiodifusão privada.

Concluindo-se, na radiodifusão comunitária é fundamental à garantia da pluralidade e diversidade de vozes, pensamentos, sentimentos, opiniões, ideias, de todos, sejam majorias ou minorias. Não é admissível que a rádio comunitária seja

³⁶⁶ No âmbito penal, há no Supremo Tribunal Federal alguns julgados no sentido de reconhecer a atipicidade da conduta do exercício de rádio comunitária, de baixa potência, sem a autorização do poder público, sob a perspectiva do princípio da insignificância da conduta. Daí a não configuração de crime na forma do art. 183 da Lei n. 9.472/1997 e art. 70 da Lei n. 4.117/1962. Ver: HC 115.729, Rel. Min. Ricardo Lewandowski e RHC 119.123, Rel. Min. Cármen Lucia.

a porta voz de uma única corrente ideológica, política ou religiosa. Ao contrário, a rádio comunitária deve ser o canal de comunicação de toda a comunidade.³⁶⁷

16 LEI MUNICIPAL SOBRE RÁDIOS COMUNITÁRIAS. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DA UNIÃO

INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL QUE DISPÕE SOBRE O FUNCIONAMENTO DAS RÁDIOS COMUNITÁRIAS LOCAIS – ANÁLISE DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA SOBRE O TEMA RÁDIOS COMUNITÁRIAS - COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DA UNIÃO

O tema sobre os limites da competência dos municípios para editar leis para o licenciamento de rádios comunitárias é abordado em arguição de descumprimento de preceito fundamental, sob o fundamento da violação à competência privativa da União para legislar sobre serviços de telecomunicações.³⁶⁸

Na **ADPF 335/MG**,³⁶⁹ Relator o Ministro Luís Roberto Barroso, decide sobre a constitucionalidade da Lei n. 9.418/2004, do Município de Uberaba (MG), que dispõe sobre o funcionamento das rádios comunitárias locais. Também, em análise a questão da competência legislativa sobre o tema das rádios comunitárias, definindo a competência legislativa privativa da União.

O Ministério Público Federal, autor da ADPF 335, defende que a atuação dos municípios na edição de leis sobre rádios comunitárias viola o pacto federativo por ser da União a competência para explorar o serviço de radiodifusão, bem como

³⁶⁷ Até a conclusão deste livro, não foi julgado o mérito desta ADI 2566/DF.

³⁶⁸ Sobre o tema, há a Lei Federal n. 13.116/2015 que trata das normas gerais para licenciamento das infra-estruturas de redes de telecomunicações, no caso as estações rádio-base de comunicações.

³⁶⁹ Dispositivo Legal Questionado: Lei n° 9418, de 20 de dezembro de 2004, do Município de Uberaba-MG. Fundamentação Constitucional: Arts. 1º, caput, 18, 21, inc. XII, 22, inc. IV, 49, inc. XII, 60, § 4º, inc. I e 223. Requerente: Procurador-Geral da República. Distribuído: 17.03.2015.

para legislar sobre a matéria (artigos 21, inciso XII; 22, inciso IV; da Constituição Federal - CF).

De fato, a princípio, a competência legislativa sobre o tema das rádios comunitárias é da União. Mas, ressalvada, a competência dos municípios para legislar sobre aspectos de urbanismo e uso e ocupação do solo urbano, o que poderia afetar a localização das rádios comunitárias.³⁷⁰

17 ACESSO DOS PARTIDOS POLÍTICOS À TELEVISÃO E RÁDIO. DIREITO DE ANTENA

PROPAGANDA ELEITORAL GRATUITA - ACESSO PARTIDOS POLÍTICOS
– TEMPO DE TELEVISÃO E RÁDIO - ARTIGO 76 DA LEI 8.713/93 - LEI
12.875/2013 E LEI 9.110/1995 - ARTIGO 220 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

A Constituição Federal dispõe que os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei, conforme art. 17, §4º.

Sobre o tema, na **ADI 956/DF**, rel. Min. Francisco Rezek, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o horário eleitoral gratuito não tem sede constitucional. Daí julgou, por maioria de votos, pela improcedência da ação direta de inconstitucionalidade proposta em face do art. 76 da Lei n. 8.713/1993. O referido dispositivo assim estabelece:

“Art. 76. Os programas destinados à veiculação no horário gratuito pela televisão devem ser realizados em estúdio, seja para transmissão ao vivo ou pré-gravados, podendo utilizar música ou jingle do partido, criados para a campanha eleitoral.

³⁷⁰ Até o momento da conclusão deste livro, não decidido o mérito da ADPF 335/MG.

1º Nos programas a que se refere este artigo, é vedada a utilização de gravações externas, montagens ou trucagens.

O Supremo Tribunal Federal concluiu que a lei pode estabelecer as condições sobre a produção e a veiculação dos programas dos partidos políticos para transmissão no horário gratuito pela televisão, daí porque a lei pode proibir a realização de gravações externas, montagens ou trucagens. Também, assentou que não há ofensa ao princípio da liberdade de informação e de imprensa. Ao decidir pela constitucionalidade da Lei n. 8.713/1993, o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no seguinte sentido:

“Sem prejuízo da livre manifestação das opiniões, idéias e propostas dos candidatos e dos partidos nos programas eleitorais gratuitos, que não podem sofrer em nenhuma hipótese e sob qualquer pretexto cortes instantâneos ou qualquer tipo de censura prévia (Lei n. 8.173/93, art. 75), a vedação contida no § 1º do art. 76, combate o exercício abusivo e desenfreado desse instrumento democrático de comunicação social, quando dirigido a falsear ou tergiversar a verdade dos fatos, regras que vem tutelar a lisura e autenticidade das eleições, com vistas a assegurar que a discussão e a informação políticas cheguem ao eleitorado livres de deturpações, de forma a garantir a sua participação ativa e consciente no processo eleitoral.”

Por outro lado, na **ADI 1408/DF**, Rel. Min. Ilmar Galvão, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, indeferiu a cautelar que impugnava a Lei n. 9.110/1995, especialmente a regra de distribuição do tempo de propaganda eleitoral gratuita em função do número de representantes de cada partido na Câmara Federal.

O Supremo Tribunal Federal fixou jurisprudência no sentido de que o critério legal de divisão do tempo de propaganda eleitoral não fere o princípio da isonomia, pois como os partidos políticos são profundamente desiguais, em termos de representatividade nas urnas, devem ser tratados desigualmente em

relação ao uso gratuito da televisão.³⁷¹ O mérito da referida ADI não foi objeto de julgamento, pois com o encerramento do pleito municipal realizado no ano de 1996 o preceito impugnado exauriu seus efeitos. Assim, acolhendo parecer da Procuradoria-Geral da República, o Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática, julgou prejudicada a demanda.

Também, em outro caso, na **ADI 5105/DF**, Rel. Min. Luiz Fux, o Supremo Tribunal Federal declarou, por maioria³⁷² e nos termos do voto do Relator, a inconstitucionalidade das restrições da Lei n. 12.875/2013 em relação ao acesso pelos novos partidos políticos ao direito de antena, bem como aos recursos do fundo partidário.³⁷³

Note-se que o Supremo Tribunal Federal analisou estes casos sobre o direito de antena, à luz de considerações sobre o princípio do pluralismo político, bem como da isonomia, verificando-se as igualdades de oportunidades entre os partidos políticos, no que se referente ao campo da comunicação social, por intermédio dos canais de televisão e rádio.

Em síntese, o direito de antena dos partidos políticos representa meio de acesso aos serviços de TV e rádio por radiodifusão do setor comercial, previsto na Constituição. O direito de antena dos partidos políticos representa ônus para as emissoras de TV e rádio por radiodifusão do setor comercial, regulamentado na forma de lei específica. Daí a previsão legal do mecanismo de compensação fiscal

371 Em voto divergente, o Ministro Relator Ilmar Galvão sustentou que a regulamentação do acesso gratuito dos Partidos Políticos ao rádio e à televisão pela Lei n. 8.713/1993 não pode servir à discriminação entre partidos, em razão de sua maior ou menor expressão político-representativa, sem considerar as peculiaridades regionais ou locais.

372 Vencidos os Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente).

373 Dispositivo legal questionado: Art. 1º da Lei Federal nº 12875, de 30 de outubro de 2013, que conferiu nova redação ao art. 29, § 6º e ao art. 41-A da Lei Federal nº 9096, de 1995; art. 2º da Lei Federal nº 12875, de 30 de outubro de 2013, na parte em que acrescentou o § 7º ao art. 47 da Lei Federal nº 9504, de 1997.

às emissoras de TV e rádio pela cessão obrigatória de espaço da programação aos partidos políticos.³⁷⁴

A seguir, a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade da Lei da TV por assinatura.

³⁷⁴ Cf, art. 52, parágrafo único, da Lei n. 9.096/1995.



TELEVISÃO POR ASSINATURA

Capítulo 4 - Televisão por assinatura

1 LEI DO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO AUDIOVISUAL DE ACESSO CONDICIONADO. SEAC. ADI'S 4679, 4747, 4756 E 4923. ANÁLISE SETORIAL

LEI DA TV POR ASSINATURA – SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO AUDIOVISUAL DE ACESSO CONDICIONADO (SEAC) - REGIME PRIVADO POR AUTORIZAÇÃO ADMINISTRATIVA OUTORGADA PELA ANATEL - REGRAS DE RESTRIÇÃO À PROPRIEDADE CRUZADA ENTRE EMPRESAS DE TV POR RADIODIFUSÃO E EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES - REGIME DE COTAS DE CONTEÚDO BRASILEIRO NA PROGRAMAÇÃO DA TV POR ASSINATURA - DISTRIBUIÇÃO OBRIGATÓRIA DE CANAIS DE TV - REGRA “MUST CARRY” – DESLIGAMENTO TV ANALÓGICA - TV DIGITAL - ANCINE - COMPETÊNCIA PARA OUTORGAR O CREDENCIAMENTO DAS EMPRESAS DE EMPACOTAMENTO E PROGRAMAÇÃO DE CANAIS DE TV - INCONSTITUCIONALIDADE DA REGRA DE CONTRATAÇÃO DE PUBLICIDADE NO EXTERIOR POR AGÊNCIA BRASILEIRA

O tema da constitucionalidade da lei da TV por assinatura contém diversas questões sobre a regulação setorial ora classificados serviços de comunicação audiovisual de acesso condicionado. Conforme, destacou o Min. Relator Fux, o desafio de julgar o marco regulatório setorial dos serviços de TV por assinatura, à luz de uma suposta leitura da Constituição Econômica.

Destaque-se que a nova Lei da TV por assinatura adotou novo regime jurídico, diferente do modelo tradicional. A inovação legislativa constitui-se na regulação dos serviços de comunicação audiovisual de acesso condicionado em camadas: produção audiovisual, programação, empacotamento e distribuição dos canais de programação.

Nos termos da Lei n. 12.485/2011, a produção audiovisual é: “atividade de elaboração, composição, constituição ou criação de conteúdos audiovisuais em qualquer meio de suporte.”

Por sua vez, programação audiovisual é: “atividade de seleção, organização ou formatação de conteúdos audiovisuais apresentados na forma de canais de programação, inclusive nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado;”

Empacotamento é a “atividade de organização, em última instância, de canais de programação, inclusive nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado, a serem distribuídos para o assinante.”

Canal de programação é: “resultado da atividade de programação que consiste no arranjo de conteúdos audiovisuais organizados em sequência linear temporal com horários predeterminados”.

A regulação setorial não foi desenhada por tecnologia. A Lei n. 12.485/2011 é aplicável aos serviços de comunicação audiovisual por acesso condicionado, sejam ofertados por cabos ou satélites. Diferentemente, o regime anterior da Lei da TV a cabo, na forma da Lei n. 8.977/1995, era aplicável somente aos serviços de TV por assinatura por sistemas a cabo. Os serviços de TV por assinatura, por satélite, não se encontravam sob o regime desta lei.³⁷⁵ Atualmente, a Lei n. 12.485/2011 regula os serviços de comunicação audiovisual de acesso condicionado, por cabo e por satélite.

375 Sobre o tema, ver: SCORSIM. Ericson M. Regime jurídico dos serviços de TV a cabo. Dissertação de Mestrado defendida perante o Curso de Mestrado na Faculdade de Direito da UFPR, não publicada.

O Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento das referidas ADI's em 2015, ainda sem conclusão do mérito.³⁷⁶ É um dos julgamentos mais importantes no âmbito da regulação setorial dos serviços de comunicações. Daí a atualidade do tema e sua repercussão, tanto pelas inovações legislativas em termos de regulação setorial do serviço de comunicação audiovisual de acesso condicionado e apresentação de novas questões regulatórias.³⁷⁷

Antes de se iniciar o julgamento, foram realizadas diversas audiências públicas, para debater as questões envolvidas, para além do aspecto jurídico das ADI's.

376 Até o momento da conclusão deste livro, não concluído o julgamento.

377 A título comparativo, nos EUA, há décadas a Suprema Corte enfrentou diversas questões regulatórias sobre os serviços de TV a cabo, a saber: a competência da Federal Communication Commission (FCC) para regular os serviços de TV a cabo, as regras must-carry (obrigações de transporte de determinados canais públicos de programação), a incompetência de estados e municípios em legislar sobre o tema, considerações sobre a proteção da Primeira Emenda à programação de TV a cabo, entre outras. Ver: Belmass, Genelle e Overbeck, Wayne. Major principles of media law. 2012 edition. Boston: Wadsworth, p. 497-509. Também, lá houve um intenso debate sobre a política pública de regulação de preços dos serviços de TV paga, oscilando-se em fases históricas de regulação, desregulação e re-regulação. Ver: Hazlett, Thomas W. and Spitzer, Matthew. Public policy toward cable television. The economics of rate controls. Washington: Mit Press, 1997.

Iniciado o julgamento das ADIs 4679,³⁷⁸ 4747,³⁷⁹ 4756,³⁸⁰ e 4923,³⁸¹ o Min.el. Luiz Fux, proferiu voto no sentido da constitucionalidade das regras da Lei da TV por assinatura: Lei n. 12.485/2011, que dispõe sobre o serviço de comunicação audiovisual de acesso condicionado (SeAC). Nas ADIs foram impugnados 23 (vinte e três) artigos da Lei n. 12.485/2011.³⁸²

Diversas questões reguladas pela Lei n. 12.485/2011 são debatidas nas ADIS sobre a Lei da TV por assinatura: i) inconstitucionalidade da regra da lei da tevê

378 Fundamentação Constitucional: Arts. 5º, caput, incs. II, IV, V, IX, XIII, XIV, XXII, XXVII e XXXII; 21, inc. XI; 37, caput e inc. XXI; 84, incs. II, III e VI; 170, caput, incs. IV e V; 174, caput; 175, caput; 220, caput, § 1º e § 2º; 221; 222; 223; 224. Dispositivo Legal Questionado: Arts. 9º, parágrafo único; 10; 12; 13; 15, na parte em que acrescenta o inciso VIII ao art. 7º da Medida Provisória nº 2228-1, de 2001; Arts. 16; 17; 18; 19; 20; 21; 22; 23; 24; 25; 31; 32, §§ 2º, 13 e 14; 36; e 37, §§ 5º, 6º e 7º; da Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011. Requerente: Democratas – DEM. Data Julgamento Plenário: Em 25.06.2015, após o voto do Ministro Luiz Fux (Relator), julgando procedente em parte o pedido formulado apenas para declarar a inconstitucionalidade do art. 25 da Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011, o julgamento foi suspenso. Em 05.08.2015, o voto do Ministro Edson Fachin, julgando improcedente o pedido formulado na ação, e os votos dos Ministros Roberto Barroso, Teori Zavascki e Rosa Weber, que julgavam parcialmente procedente o pedido, acompanhando o Relator, pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli. Decisão de julgamento publicada no DJ 161 de 18.08.2015.

379 Fundamentação Constitucional: Arts. 1º, IV; 5º, caput, IV, incs. IX, XIII e LIV; 21, incs. XI, XII, “a”; 22, inc. IV; 48, inc. XII; 49, inc. XII; 29, 37, caput, incs. XXI, e XXXVI; 139, inc. III; 155, inc. X, “d”, § 3º; 170, caput e inc. IV; 175, caput; 220, caput, § 1º; 221; 222, § 1º e § 3º; 223. Dispositivo Legal Questionado: Arts. 5º, caput e § 1º; 6º, caput, incs. I e II; 37, §§ 1º, 5º, 6º, 7º e 11, todos da Lei Federal nº 12.485, de 12 de setembro de 2011. Requerente: Associação NEO TV. Data Julgamento Plenário.

380 Fundamentação Constitucional: Arts. 1º, incs. IV, XIX; 5º, caput, § 1º, incs. IV, IX, XIII, XXVII e LIV; 17, §§ 1º e 4º; 61, § 1º, II, “e” c/c art. 84, incs. II, III e VI, “a”; 170, caput e inc. IV; 220, caput, § 1º. Dispositivo Legal Questionado: Arts. 5º; 6º, caput, incs. I e II; 9º, parágrafo único; 10, §§ 1º e 3º; 012, caput e parágrafo único; 13, caput e parágrafo único; 15; 16; 17; 018, caput e parágrafo único; 19; 20; 21; 22; 23; 25, § 1º; 29; 31; 32, §§ 2º, 12 e 13; 36; 37, §§ 1º, 5º, 6º, 7º e 11; e 42, caput; da Lei Federal nº 12.485, de 12 de setembro de 2011. Requerente: Associação Brasileira de Radiodifusores - ABRA. Data Julgamento Plenário.

381 Fundamentação Constitucional: Arts. 5º, inc. XXXVI; 37, inc. XXI. Dispositivo Legal Questionado: A expressão “até o término dos prazos de validade neles consignados” constante § 1º, art. 37, e a expressão “não sendo objeto de renovação adicional”, constante no § 11, do art. 37, ambos da Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011. Requerente: Associação Brasileira de Televisão por Assinatura em UHF – ABTVU. Amicus Curiae: Associação NEO TV e Associação Brasileira de Radiodifusores - ABRA.

382 Sobre o tema, ver SCORSIM, Ericson M. Supremo Tribunal Federal e julgamento da Lei da tevê por assinatura. Artigo publicado no Jornal Gazeta do Povo, edição de 24/06/2015 e Informativo Migalhas nº 3.642, de 24/06/2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI222241,81042-Supremo%20Tribunal%20Federal+e+o+julgamento+da+Lei+da+TV+por+assinatura>

por assinatura que estabelece restrições à participação e controle societário por empresas de telecomunicações de interesse coletivo nas empresas de radiodifusão; ii) inconstitucionalidade da regra que trata da distribuição obrigatória, pelas prestadoras do serviço de lei da tevê por assinatura, dos canais de televisão por radiodifusão (regras *must-carry*); iii) inconstitucionalidade da norma legal que determina as cotas de conteúdo brasileiro na programação dos serviços de TV por assinatura; iv) questionamento da constitucionalidade das regras de transição do regime antigo, referente aos atos de concessão e respectivos contratos das atuais prestadoras de tevê a cabo, para o regime novo de outorga por autorização administrativa dos serviços de comunicação audiovisual de acesso condicionado, dentre outros.³⁸³

Todavia, o Min. Fux considerou apenas uma única inconstitucionalidade na Lei n. 12.485/2011, do art. 25, que veda a oferta de canais de televisão com publicidade comercial direcionada ao público brasileiro contratada no exterior por agência de publicidade. A inconstitucionalidade decorreria da ofensa ao princípio da isonomia. Daí o voto pela procedência parcial do pedido na ADI 4679, para declarar a inconstitucionalidade material do art. 25 da Lei n. 12.485/2011.³⁸⁴

Na apresentação do voto, o Min. Relator pronunciou-se sobre o desafio de conciliar os valores democrático-republicanos, representado pelo controle judicial dos atos estatais (*judicial review*), com os riscos da intervenção judiciária sobre o marco regulatório da TV por assinatura desenhado pelo legislador. Em suas palavras:

“O desafio que se coloca perante a Corte é, portanto, o de conciliar os valores democráticos-republicanos, especificamente a existência de efetivo controle judicial dos atos estatais (*judicial review*), com os riscos associados à intervenção

383 Sobre o tema, consultar: SCORSIM. Ericson M. Direito da Comunicação - Regime Jurídico: Telecomunicações, Internet, TV por radiodifusão e TV por Assinatura. Edição do Autor. 2016.

384 Em relação às demais ADIS (ns. 4747, 4756 e 4923), o Min. Rel. Luiz Fux votou pela improcedência dos pedidos. Votaram com o Relator, até o momento, os Ministros Luís Roberto Barroso, Teori Zavascki e Rosa Weber. O Min. Edson Fachin considerou a lei totalmente constitucional, inclusive o artigo 25.

judiciária sobre os marcos regulatórios desenhados pelo legislador. É ciente deste delicado equilíbrio que o Supremo Tribunal Federal deverá julgar as presentes demandas”.

Sem dúvida, trata-se de clarificar o desenho do marco regulatório da Televisão por assinatura. Com este intuito, na sequência, faz uma breve apresentação dos principais fundamentos do voto do Ministro Relator Luiz Fux quanto aos seguintes aspectos: i) às regras sobre propriedade cruzada entre empresas de radiodifusão e empresas de telecomunicações; ii) outorga do serviço de acesso condicionado por autorização da Anatel; iii) cotas de conteúdo brasileiro na programação da TV por assinatura; iv) cláusula de não indenização pela mudança legal do regime jurídico dos serviços de TV por assinatura; v) competência da Ancine para credenciar as empresas de empacotamento e programação de televisão; vi) inconstitucionalidade de regra sobre publicidade contratada no território estrangeiro.

2 REGRAS DE RESTRIÇÃO LEGAL À PROPRIEDADE CRUZADA ENTRE EMPRESAS DE TV POR RADIODIFUSÃO E EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES

A Lei n. 12.485/2011 prevê os limites à propriedade cruzada entre as empresas de telecomunicações e as empresas de radiodifusão.

Sobre este tema, nos termos do voto do Min. Fux:

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

Tal regra no art. 5º da Lei 12.485/2011 sobre a restrição à propriedade cruzada entre empresas de telecomunicações e radiodifusão, na conclusão do Min. Relator Fux, tem como propósito (...) “impedir que tanto o segmento das telecomunicações quanto o da radiodifusão controlem toda a cadeia produtiva da comunicação audiovisual de acesso condicionado.”

Ainda conforme o voto do Ministro relator a referida regra legal sobre proibição da propriedade cruzada entre os setores da radiodifusão e de telecomunicações concretiza os comandos constitucionais, referentes ao controle do abuso do poder econômico (art. 170, §4º), bem como proíbe o monopólio e oligopólio dos meios de comunicação social (art. 220, §6º). E serve também à concretização da dimensão objetiva do direito fundamental à liberdade de expressão e de informação, no que se refere ao papel promocional do Estado no combate à concentração do poder comunicativo: “... realizam a dimensão objetiva do direito fundamental à liberdade e de informação, no que tem destaque o papel promocional do Estado no combate à concentração do poder comunicativo”.

As normas da Lei n. 12.485/2011 em questão, artigos 5º e 6º, dizem respeito às estruturas de mercado de telecomunicações e radiodifusão, daí a sua intensa repercussão sobre as empresas destes setores especialmente no aspecto do controle societário. A lei estabelece o limite do controle das empresas de telecomunicações e radiodifusão, sob o fundamento de garantir o equilíbrio do mercado como um todo.

A regra sobre propriedade cruzada entre as empresas de telecomunicações e as empresas de radiodifusão é uma norma de direito econômico e direito concorrencial aplicada no âmbito da regulação setorial dos serviços de TV por assinatura. Exemplificando: no ato de concentração econômica entre as empresas ATT e Time Warner, em trâmite no CADE, a Abert questiona este ato, sob o fundamento dos limites à propriedade cruzada, previstos na Lei n. 12.485/2011.

A conclusão do voto do relator foi no sentido da constitucionalidade da regra de restrição à propriedade cruzada entre empresas de telecomunicações e de radiodifusão, prevista nos arts. 5º e 6º, da Lei n. 12.485/2011.

3 OUTORGA DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO AUDIOVISUAL DE ACESSO CONDICIONADO. SEAC. REGIME PRIVADO DA AUTORIZAÇÃO EXPEDIDA PELA ANATEL

O regime jurídico adotado pelo legislador para regular a outorga dos serviços de comunicação audiovisual de acesso condicionado está em debate nas ADIs.

O Min. Fux destaca em seu voto o modelo privado da autorização:

“Como o SeAC (serviço de acesso condicionado) foi legalmente qualificado como serviço prestado no regime privado, nada mais natural do que a sua sujeição ao modelo de autorizações (e não de concessões ou permissões, típicas do modelo público)”.

Ainda sobre este tópico, o Min. Fux concluiu em seu voto, na página 102 “... pela constitucionalidade do regime de outorga do SeAC mediante autorização administrativa sem necessidade de prévia licitação”.

Neste tema de extrema relevância, está em foco o novo modelo do regime privado na prestação do serviço de TV por assinatura, instituído pela Lei n. 12.485/2011.

No regime privado, há a liberdade de entrada no mercado, liberdade de preços, liberdade contratual, liberdade de investimentos, entre outros aspectos. Diferentemente do tradicional regime de concessão de serviço público, caracterizado por fortes restrições sobre a iniciativa privada. Neste aspecto, a Lei n. 12.485/2011 reconhece a iniciativa privada nos serviços de comunicação audiovisual de acesso condicionado, sob a regulação setorial. Por isso a aplicação dos princípios gerais da atividade econômica, previstos na Constituição.

Nos termos da lei da TV por assinatura, a Anatel é a agência reguladora dos serviços de comunicação audiovisual de acesso condicionado, com competência para outorgar a respectiva autorização para as empresas prestadoras destes serviços de TV paga.

É da competência do legislador federal a definição do regime regulatório do serviço de comunicação audiovisual de acesso condicionado (art. 22, inc. IV, da Constituição). O serviço de TV por assinatura é espécie de serviço de telecomunicações, daí a competência privativa da União para legislar sobre o tema.

A opção regulatória pelo regime privado no serviço de TV por assinatura insere-se no exercício da discricionariedade legislativa. O legislador, a partir da interpretação da Constituição, desenhou o novo regime jurídico da TV por assinatura, o qual está sendo validado pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, a constitucionalidade da adoção do regime privado na forma de autorização no serviço de TV por assinatura.³⁸⁵

A título de referência histórica, a anterior Lei da TV a cabo referia-se à expressão concessão de serviço de TV por assinatura. Mas, uma interpretação adequada do texto legal anterior, revela a incongruência entre o termo adotado pela lei e a natureza das próprias regras legais, amplamente favoráveis à livre iniciativa nos serviços de TV a cabo. Daí porque o autor já defendia, mesmo sob vigência do direito anterior, o regime jurídico sob a forma da autorização nos serviços de TV a cabo. Também, em 2007, em defesa de tese de doutorado, defendi, em relação ao serviço de TV por radiodifusão, do setor privado a qualificação como atividade econômica em sentido estrito, sob a forma de autorização administrativa, abandonando-se o regime da concessão de serviço público em relação aos serviços

385 Sobre o tema: ver: SCORSIM, Ericson M. Regime jurídico dos serviços de TV a cabo, dissertação de mestrado, obra inédita. E, ainda, ver: TV Digital e Comunicação Social: aspectos regulatórios – TVs pública, estatal e privada. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008.

de TV e rádio por radiodifusão. Assim, esta proposta é para garantir a coerência e a unidade do sistema jurídico, no âmbito da regulação setorial das comunicações.

4 NÃO APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO LICITATÓRIO NA OUTORGA DO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO AUDIOVISUAL DE ACESSO CONDICIONADO

Outra questão relevante trazida no voto do Min. Fux é a questão da constitucionalidade do regime de outorga do SeAC, por autorização administrativa, sem a necessária licitação prévia:

“Como o SeAC (serviço de acesso condicionado) foi legalmente qualificado como serviço prestado no regime privado, nada mais natural do que a sua sujeição ao modelo de autorizações (e não de concessões ou permissões, típicas do modelo público)”.

Ainda sobre este tópico, o Min. Fux concluiu em seu voto, na página 102, “... pela constitucionalidade do regime de outorga do SeAC mediante autorização administrativa sem necessidade de prévia licitação”.

Neste aspecto, há o reconhecimento da inovação legislativa quanto à regulação dos serviços de TV por assinatura, na forma da Lei n. 12.485/2011, em sintonia com o modelo da Lei Geral de Telecomunicações, o qual possibilita a outorga dos serviços de telecomunicações, mediante o regime privado da autorização administrativa.

Quanto à inexigibilidade da licitação para outorga dos serviços de TV por assinatura, algumas considerações a seguir detalhadas.

Primeiro, o serviço de TV por assinatura é ofertado aos assinantes. Não é serviço ofertado à administração pública, daí sem sentido a exigência de licitação.

Segundo, o legislador, ao desenhar o marco regulatório setorial da comunicação audiovisual, detém a competência para organizar as regras de outorga dos serviços de TV por assinatura.

Terceira questão, não mencionada no voto do Min. Relator, mas prevista na regulação setorial. Na hipótese de prestação de serviços de TV por assinatura que utilizem frequências do espectro é necessário que a empresa participe do procedimento licitatório, para fins de obtenção de autorização para o exercício do direito de uso das frequências. O direito de uso das frequências, estas classificadas como bem público nos termos da Lei Geral de Telecomunicações, está condicionado à licitação.

Assim, se confirmado pelo colegiado este entendimento, o Supremo Tribunal Federal apresenta importante passo de modernização do direito regulatório da comunicação audiovisual de acesso condicionado, com sua atualização diante dos modelos tradicionais, especialmente ao reconhecer a constitucionalidade da regulação do serviço de TV por assinatura sob o regime privado da autorização.³⁸⁶

5 REGIME DE COTAS DE CONTEÚDO BRASILEIRO NA PROGRAMAÇÃO DA TV POR ASSINATURA

A Lei da TV por assinatura criou o regime de cotas de conteúdo brasileiro nos canais de programação, para incentivar a produção de conteúdo por empresas brasileiras.³⁸⁷

386 A propósito, o projeto de lei n. 79/2016 trata da mudança da lei geral de telecomunicações, para permitir a Anatel a substituição do regime da concessão do serviço de telecomunicações para o regime de autorização.

387 Em razão dos incentivos na Lei dos Serviços de Comunicação Audiovisual de acesso condicionado, foram criados diversos novos programas de TV, com conteúdo brasileiro, para serem distribuídos nos canais de programação.

Sobre este tema, o voto do Min. Relator:

“Na espécie, as cotas de conteúdo nacional consubstanciam, *prima facie*, meio idôneo à promoção da cultura e da identidade nacional ao estimular a indústria audiovisual do país. Com efeito, tanto a veiculação mínima de conteúdo brasileiro nos canais de TV por assinatura quanto a exigência de um número também mínimo de canais brasileiros nos pacotes ofertados aos assinantes estimulam a demanda pelos produtos da indústria audiovisual nacional, o que, em consequência, aquece a cadeia produtiva do setor e favorece seu desenvolvimento e consolidação.”

Desta forma, conclui o Ministro Fux:

“(…) a indústria audiovisual brasileira (…) receberá, por limitado período de tempo (doze anos, *ex vi* do art. 41 da Lei), tratamento jurídico desigual no afã de corrigir ou ao menos minimizar a desigualdade fático-econômica que caracteriza nosso mercado audiovisual. Criam-se, assim, condições de competitividade para a indústria brasileira, em especial a independente, o que, além de valioso *per se*, gera efeitos positivos também sobre os assinantes do serviço”.

E, ainda: “as cotas de conteúdo nacional não se voltam a restringir a liberdade do consumidor, mas sim a ampliá-la, rompendo, ao menos em parte, com a tendência homogeneizante do livre marco audiovisual”.

Também, houve a conclusão no sentido de que o regime de cotas de conteúdo nacional previsto na Lei da TV por assinatura não representa excesso de medida estatal, não há quebra do princípio da proporcionalidade.

Sobre a valorização da cultura brasileira, consta: “como já ressaltado, o que está em jogo são mandamentos constitucionais e supralegais expressos de valorização da cultura e da identidade nacional (CRFB, art. 221, II *c/c* art. 22, §3º, Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, art. 6º), com enormes desdobramentos para a indústria audiovisual do país e para os interesses do consumidor e serviços de TV por assinatura”.

É importante perceber na fundamentação a presença da Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais.³⁸⁸ Ora, nos termos da Constituição, os tratados internacionais celebrados pelo Brasil fazem parte do direito interno. Daí a relevância do direito internacional e sua aplicabilidade no território nacional, no que se refere à proteção da diversidade das expressões culturais.

Para melhor ilustrar o debate, cabe lembrar que, no direito europeu, há a previsão do regime de cotas de produção nacional no âmbito dos serviços de televisão. Também, registre-se as diferenças no tratamento do tema, em relação aos EUA e a Europa. Para os EUA, as obras audiovisuais são mercadorias que devem se submeter ao livre comércio entre os países. Diferentemente, a Europa percebe as obras audiovisuais como bens culturais, que devem merecer tratamento jurídico diferenciado das demais mercadorias. Daí as restrições europeias em relação às obras audiovisuais, para fins de proteção de seu mercado interno diante da competição com os produtos audiovisuais dos EUA.

A adoção do regime de cotas na programação de TV por assinatura tem como fundamentos o direito constitucional de acesso à cultura brasileira, o princípio constitucional da produção e programação da cultura nacional e estímulo à

388 O Decreto n. 6.177/2007 promulga a Convenção sobre a proteção e promoção da diversidade das expressões culturais, assinada em Paris, em 20 de outubro de 2005. Esta Convenção internacional menciona a condição de proteção e promoção da diversidade cultural se garantidas as liberdades fundamentais de expressão, informação e comunicação, bem como a possibilidade de os indivíduos escolherem as expressões culturais. Também, em texto as razões motivadoras da criação da Convenção Internacional: “Reafirmando que a liberdade de pensamento, expressão e informação, bem como a diversidade da mídia, possibilitam o florescimento das expressões culturais nas sociedades”. Também: “Constatando que os processos de globalização, facilitado pela rápida evolução das tecnologias de comunicação e informação, apesar de proporcionarem condições inéditas para que se intensifique a interação entre culturas, constituem também um desafio para a diversidade cultural, especialmente no que diz respeito aos riscos de desequilíbrios entre países ricos e pobres”. Em seu art. 6º, ao tratar dos direitos das partes no âmbito nacional, há disposição de que cada parte signatária do tratado poderá adotar medidas destinadas a proteger e promover a diversidade das expressões culturais em seu território, entre as quais medidas objetivando promover a diversidade da mídia, inclusive mediante serviços públicos de radiodifusão (art. 6, letra h).

produção independente.³⁸⁹ Neste sentido é lei destinada à concretização dos referidos direitos e princípios constitucionais, estabelecer o regime de cotas na programação de TV por assinatura.

Nos termos da Lei da TV por assinatura, o regime de cotas é temporário, delimitado no tempo de 3hs 30min. (três horas e trinta minutos) semanais de conteúdos brasileiros veiculados no horário nobre, com vigência até 12 (doze) anos da promulgação da lei, para alcançar a finalidade de incentivar a produção de conteúdo audiovisual brasileiro e, respectivamente, proporcionar o acesso aos canais de programação da TV por assinatura. A finalidade da Lei da TV por assinatura é criar condições de competitividade para a indústria audiovisual brasileira diante da competição internacional, daí o estímulo com a criação do regime de cotas de programação de conteúdo brasileiro.

A seguir, a análise do regime jurídico da TV por assinatura e o eventual direito à indenização em razão da mudança legal da forma de prestação do serviço.

6 CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAÇÃO AOS PRESTADORES DO SERVIÇO PELA MUDANÇA DO REGIME JURÍDICO DA TV POR ASSINATURA

Outro tema debatido nas referidas ADIs é o exame da constitucionalidade da regra da Lei n. 12.485/2011 sobre a cláusula de não indenização aos prestadores do serviço de TV por assinatura em razão da mudança legal do regime jurídico (art. 37, § 5º).

Assim, a possibilidade de pagamento de indenização aos antigos prestadores dos serviços signatários de contratos em regime diverso de delegação, decorrentes de supostos prejuízos em virtude das novas obrigações criadas pela Lei do SeAC

389 Ver a questão da cultura na Constituição, ver: art. 215, Art. 216-A. § 1º. A Lei n. 12.343/2010, que instituiu o Plano Nacional de Cultura expõe diversas estratégias e ações relacionadas ao acesso à cultura por meio dos serviços de radiodifusão.

e não previstas no ato de outorga original, não merece prosperar. Concluiu o Ministro Relator Fux:

“Ora, em um cenário contratual e regulatório marcado pela liberdade de preços, descabe cogitar de qualquer indenização pela criação de novas obrigações legais (desde que constitucionalmente válidas). Eventuais aumentos de custos que possam surgir deverão ser administrados exclusivamente pelas próprias empresas, que tanto podem repassá-los aos consumidores quanto retê-los em definitivo. A opção por uma ou outra alternativa é questão de política gerencial, a envolver o trade-off típico de todo empreendimento privado (competitividade vs. rentabilidade).

(...)

Veja-se bem: a garantia constitucional do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos (sejam os de prestação de serviços à Administração, sejam os de concessão de serviço público) só existe porque, diante da alteração superveniente da base objetiva do negócio, o particular está impedido de unilateralmente reajustar seu preço.

(...)

No caso dos autos, porém, não existe qualquer vulnerabilidade jurídica (legal ou contratual) do particular. Diante de uma mudança na legislação que incremente seus custos, é lícito ao empresário, com plena liberdade, aumentar seus preços, defendendo-se autonomamente, como ocorre em qualquer mercado sem regulação de preços.”

Com o devido respeito ao entendimento do voto do Min. Fux, que, embora se saiba da possibilidade da mudança de regime jurídico da prestação do serviço de TV por assinatura da concessão para a autorização, não é admissível excluir o direito à indenização por eventuais danos empresariais daí decorrentes. A depender do caso, a empresa prejudicada tem sim o direito a buscar a indenização em função

da mudança do regime jurídico.³⁹⁰ Alterações legais, ainda que consideradas constitucionais, que produzam atos lícitos pela administração pública, podem ocasionar prejuízos patrimoniais às empresas prestadoras do serviço de TV por assinatura.

Por exemplo, no caso da migração das frequências dos 700 MHz, as empresas de telecomunicações que prestam o serviço móvel pessoal indenizarão as empresas de televisão por radiodifusão pelos custos da realocação nestas faixas de frequências. A obrigação de indenizar as empresas de TV por radiodifusão está prevista no Edital do Leilão de Frequências dos 700 Mhz da Anatel.

A propósito, houve pedido das empresas prestadoras do serviço móvel pessoal, vencedoras da licitação destinada à autorização de uso de radiofrequências na faixa de 700 (setecentos) MHz (Megahertz) (Edital nº 2/2014 – ANATEL), para que o prazo de pagamento da segunda parcela dos recursos destinados à realocação da frequência de 700 (setecentos) MHz (megahertz) fosse prorrogado.

Aqui, pode-se assim explicar, a mudança do regime jurídico que causar perda de espaço de frequências do espectro representa, em tese, prejuízos à empresa que opera os serviços de TV por assinatura. Em algumas, a perda da faixa de frequência dos espectros, decorrentes de nova regulação setorial, pode representar perda da base de assinantes. Daí a configuração de prejuízos reais e concretos à empresa prestadora do serviço de TV por assinatura. Com base no direito à adequada prestação jurisdicional, é possível questionar as mudanças na regulação setorial dos serviços de TV por assinatura.

Quanto a este aspect, por exemplo, os pedidos de adaptação do serviço de TV a cabo para o regime do Serviço de Comunicação Audiovisual de acesso condicionado são

390 Sobre o tema, consultar SCORSIM. Ericson M. ANATEL prorroga prazo para pagamento da 2ª parcela dos valores relativos ao ressarcimento da realocação da frequência de 700 MHz. Disponível em <http://meisterscorsim.com/blog/anatel-prorroga-prazo-para-pagamento-da-2a-parcela-da-dos-valores-relativos-ao-ressarcimento-da-realocacao-da-frequencia-de-700-mhz/>

analisados pela Anatel para verificação de sua compatibilidade com a lei. Assim, a Anatel tem decisões no sentido da extinção de outorga do serviço de TV a cabo por falta de atendimento à lei: a apresentação de comprovação de regularidade fiscal. Também, a Anatel fiscaliza as alterações de controle societário para verificar os limites à participação cruzada entre empresas de radiodifusão e de TV por assinatura.

7 DISTRIBUIÇÃO OBRIGATÓRIA DE CANAIS DE PROGRAMAÇÃO DE TV ABERTA PELAS PRESTADORAS DE TV POR ASSINATURA

A Lei da TV por assinatura prevê a regra da distribuição obrigatória em seus canais de programação de canais da TV aberta.

Na petição inicial da ADI, argumenta-se que a regra da obrigação legal de carregamento (*must carry*) dos canais de TV aberta (por radiodifusão) pela TV por assinatura ofenderia o princípio da livre iniciativa e os direitos autorais das empresas de TV por radiodifusão sobre suas criações artísticas e intelectuais.

O voto do Min. Fux aponta a constitucionalidade do art. 32 da Lei n. 12.485/2011. Analisa o teor do art. 32 sob o viés da obrigatoriedade e gratuidade da distribuição dos canais de programação:

“O art. 32 da Lei do SeAC prevê uma série de canais de carregamento obrigatório pelas empresas de TV por assinatura. Diz-se obrigatório porque tais canais deverão constar de todo e qualquer pacote oferecido aos assinantes, sem custos adicionais. Trata-se do que os norte-americanos rotulam como *must carry*.

(...)

A arguição de inconstitucionalidade ventilada nas presentes ações diretas refere-se a apenas uma das hipóteses legais de carregamento obrigatório (e, a rigor, menos pelo fato de ele ser obrigatório). Trata-se da previsão contida no inciso I do supracitado art. 32, que prevê o *must carry* dos canais de TV aberta pela TV

por assinatura. Consoante o §2º do mesmo dispositivo, a cessão deste conteúdo às distribuidoras do SeAC deverá ser feita “a título gratuito e obrigatório.”

Assim, conclui o Min. Relator Fux que as regras do *must carry* promovem finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas:

“A previsão legal consubstancia, a meu sentir, uma escolha legislativa possível dentro de seu espaço legítimo de conformação. A Carta da República não define – nem deveria definir – um formato negocial rígido para distribuição da programação de geradoras locais de radiodifusão de sons e imagens.

(...)

Hoje, por exemplo, as regras de *must carry* apresentam-se como importante instrumento de promoção dos princípios constitucionais da comunicação televisiva, insculpidos no art. 221 da Constituição, tais como a promoção de finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas (§1º), bem como a valorização da cultura nacional regional (§2º)”.

Outro ponto em destaque pelo Relator refere-se à obrigatoriedade de cessão gratuita da programação de TV aberta:

“Registre-se ainda que o direito de exploração do serviço de radiodifusão qualifica-se como serviço público, afastando-se da plena liberdade de iniciativa. Nesse cenário, parece-me razoável reconhecer ao legislador a possibilidade de garantir o acesso livre e gratuito ao conteúdo gerado”.

Neste aspecto, considerou-se a classificação do serviço de TV por radiodifusão como serviço público, um argumento adicional para justificar a obrigação de carregamento os canais de TV aberta pelas empresas de TV por assinatura.

Destaque-se que a regra do dever de carregamento obrigatório dos canais de TV aberta na plataforma da TV por assinatura, prevista na Lei n. 12.485/2011, delimita-se à transmissão dos canais de TV abertos na tecnologia analógica. Daí

a não obrigatoriedade do carregamento destes canais da TV aberta na tecnologia digital.³⁹¹

Com o fim da transmissão do sinal analógico³⁹², e implantação da TV digital, surgiu a contróversia entre as empresas de TV por radiodifusão e as empresas de TV por assinatura a respeito da cobrança de remuneração pelo licenciamento da programação das redes de TV aberta. As empresas de TV por assinatura deixaram de transmitir os canais de TV analógica, diante do advento da TV digital.

Sintetizando-se, a constitucionalidade da regra da distribuição obrigatória de canais de programação da TV aberta pela TV por assinatura decorre da discricionariedade do legislador em escolher o modelo regulatório adequado aos serviços de TV por assinatura.

Sobre o dever legal de carregamento de canais de televisão de programação de distribuição obrigatória pelos prestadores dos serviços de comunicação audiovisual de acesso condicionado, a Lei da TV por assinatura garante à geradora local de radiodifusão de sons e imagens do setor privado o poder ofertar à distribuidora de canais de programação, de modo isonômico e não discriminatório, a sua programação televisiva em tecnologia digital. Na hipótese de acordo entre as empresas de radiodifusão e de distribuição de canais de programação, faculta-se à prestadora do serviço de acesso condicionado a descontinuidade da transmissão da programação com tecnologia analógica, conforme prevê o §12, do art. 32, da Lei n. 12.485/2011.³⁹³

391 Para detalhamento da questão, ver: SCORSIM, Ericson M. A distribuição obrigatória dos canais de programação obrigatórios e as implicações no setor de radiodifusão. *Revista de Direito da Comunicação (RDCom)*. Ano 3, n. 5. Janeiro-Junho. 2012.

392 O desligamento oficial do sinal de analógico ocorreu, em 2017, no maior mercado brasileiro: o Estado de São Paulo.

393 Ainda sobre a aplicação concreta da regra da distribuição obrigatória dos canais de programação da TV por assinatura, em decisão da Anatel houve a inclusão de dois canais adicionais na distribuição obrigatória pela empresa Sky. A propósito, as redes de televisão aberta Record, SBT e Rede TV criaram uma joint venture para a negociação e gestão dos direitos sobre sua programação, diante das empresas de TV por

8 COMPETÊNCIA DA ANCINE. CREDENCIAMENTO DAS EMPRESAS DE EMPACOTAMENTO E PROGRAMAÇÃO DE TELEVISÃO POR ASSINATURA

Outra questão relevante debatida é sobre a competência da Ancine para credenciar empresas de empacotamento e programação dos canais de TV por assinatura.³⁹⁴

No voto o Min. Fux destaca a relevância da função das agências reguladoras no cenário contemporâneo, bem como dos respectivos limites à sua atuação em relação à regulação setorial:

“Ressalto, ab initio, que a questão jurídica suscitada na presente arguição de inconstitucionalidade todo o cerne da dogmática juspublicista e, não por outro motivo, vem sendo objeto de acalorados debates doutrinários aqui e alhures. Cuida-se de definir os limites dos poderes normativos conferidos às agências reguladoras, pauta temática que no Brasil, passou a ganhar relevo na vida política e jurídica com a reforma gerencial por que passou a Administração Pública a partir da década de 90 do século passado. Sua importância é auto-evidente: o reconhecimento de autoridade normativa das agências reguladoras independentes põe em xeque concepções mais tradicionais quanto à centralidade da lei formal na disciplina das relações sociais. O que está em jogo, portanto, é a própria noção conceitual de legalidade, pedra de toque do Estado de Direito.

(...)

Com efeito, o modelo oitocentista de Estado, de perfil minimalista no que diz respeito à atuação junto à iniciativa privada, deu lugar a um Estado interventor nas esferas antes hegemônicas da sociedade civil, assumindo o papel de provedor

assinatura, bem como das plataformas de streaming como Netflix e Amazon. Ver: <http://www.abratel.org.br/wp-content/uploads/2016/09/DESPACHO-ANATEL-GRUPO-DE-GERADORAS-SeAC-2.pdf>

394 Nos termos da Lei n. 12.485/2011, empacotamento é: “atividade de organização, em última instância, de canais de programação, inclusive nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado, a serem distribuídos para o assinante.”

de necessidades fundamentais e corretor de antigas e novas iniquidades. Esse perfil interventivo, ao projetar-se sobre os mais variados ramos da vida social, passou a exigir cada vez mais conhecimento técnico e especializado dos órgãos estatais, além de respostas mais rápidas do que as propiciadas pelo naturalmente moroso processo legislativo formal.

A resposta institucional a essa demanda da sociedade contemporânea veio na forma de agências reguladoras independentes. No Brasil, essas autoridades surgem como autarquias de regime especial, dotadas de autonomia reforçada e concentradoras de funções públicas normalmente distribuídas entre poderes do Estado”.

Quanto à competência da Ancine para realizar o credenciamento prévio de empresas que realizam o empacotamento e programação de televisão, o voto do relator foi pela constitucionalidade:

“(...) pode-se dizer que o credenciamento prévio e a prestação de informações à agência simplesmente servem para que a ANCINE possa determinar se os agentes econômicos estão a prestar o respectivo serviço em conformidade com a disciplina normativa aplicável.

Ora, se existem requisitos legais necessários para que alguém possa realizar alguma atividade, é consequência lógica imediata que exista algum órgão responsável por aferir o seu preenchimento, sob pena de, na prática, não existir requisito nenhum.”

Com relação à vedação de distribuição de conteúdo empacotado por empresa não credenciada pela ANCINE, o Min. Fux assim se posicionou no voto:

“(...) a proibição de distribuição de conteúdo empacotado por empresa não credenciada pela ANCINE ou em desconformidade com a Lei nº 12.485/11 consubstancia mero desdobramento lógico da exigência de credenciamento

das empacotadoras (art. 12) e da necessidade de cumprimento das cotas de programação (arts. 17 e 18).

De fato, se as empacotadoras estão sujeitas a um dever de credenciamento (...) e a um dever de veiculação de conteúdo brasileiro (...), seu descumprimento impede a atuação no mercado audiovisual brasileiro.”

Além disto, sobre o questionamento às competências da Ancine quanto à fixação do horário nobre, em relação à execução do regime de cotas do conteúdo brasileiro, o Relator entende que:

“A bem de ver, a técnica legislativa empregada no diploma em exame é exatamente aquela típica do Estado regulador contemporâneo, em que a lei define as metas principais e os contornos da atividade do órgão regulador, cometendo-lhe (nestes limites e sob o controle do Judiciário e do próprio Legislativo) margem relativamente ampla de atuação”.

E mais, o Relator ao reconhecer a constitucionalidade da delegação legislativa à Ancine quanto à fixação do horário nobre, mas com limites previstos na própria lei, define o seguinte:

“É que o próprio art. 22 da Lei do SeAC, muito embora delegue à ANCINE o poder de fixar o horário nobre na TV por assinatura, impõe, desde logo, limite máximo de horas que podem ser considerados diariamente para este fim, o que, por si, já representa significativa barreira à atuação da agência reguladora”.

Desta forma, alguns dos dispositivos específicos, abordados pelo Min. Relator em seu voto, impactam diretamente TV's e Rádios Comerciais, embora a Lei da TV por assinatura preveja, via de regra, a exclusão dos serviços de radiodifusão de seu campo de aplicação (art. 1º, parágrafo único).

Em síntese, nos termos da Lei da TV por assinatura, a Ancine tem competência para credenciar as empresas empacotadoras e veiculadoras de canais de programação,

regra legal esta com constitucionalidade reconhecida, nos termos do voto do relator.

9 PUBLICIDADE COMERCIAL NA TV POR ASSINATURA. LIMITE DE TEMPO DE VEICULAÇÃO

O Min. Relator concluiu no sentido da constitucionalidade da regra que limita o tempo de publicidade comercial nos canais de TV por assinatura:

“Ressalto, de plano, sua cabal compatibilidade com a ordem constitucional brasileira, em especial com a previsão que impõe ao legislador infraconstitucional um dever de proteção do consumidor (CRFB, art. 170, V). E qual a relação entre a proteção ao consumidor e a limitação do tempo de publicidade na TV por assinatura? Simples e direta: o consumidor do SEAC, ao assinar um pacote de canais, desembolsa recursos justamente para obter maior diversidade, conteúdo e programação audiovisual, o que, obviamente, não se refere a propaganda comercial”.

Ao final, o Min. Relator conclui:

“A proteção do consumidor, portanto, é o interesse constitucional relevante a respaldar a limitação de publicidade na TV por assinatura. A juridicidade da medida fica ainda mais evidente quando se leva em conta que, na TV aberta, já vigora tal limitação ...”.

Sobre este tema, portanto, a conclusão do voto é no sentido da constitucionalidade da regra da Lei da TV por assinatura, que prevê o limite da publicidade comercial em termos iguais ao da TV aberta.

Em síntese, a Constituição Federal e a lei, obviamente, reconhecem o direito à veiculação de publicidade comercial nos canais de programação da TV por assinatura. Porém, há o limite legal do tempo de veiculação de publicidade comercial para, no máximo, 25% (vinte e cinco por cento) do tempo total da programação.

10 CONTRATAÇÃO DE AGÊNCIA DE PUBLICIDADE BRASILEIRA PARA VEICULAR PROPAGANDA EM CANAL NO EXTERIOR

Conforme o voto do Min. Fux, a única inconstitucionalidade da Lei n. 12.485/2011 encontra-se no art. 25, o qual impede a divulgação por empresas de TV por assinatura de anúncios de publicidade realizadas por agências estrangeiras.

Nas palavras do Ministro Relator:

“Quanto ao art. 25, porém, não houve, durante o processo legislativo ou mesmo nestes autos, explicitação de razões mínimas que justificassem restringir o princípio geral da igualdade insculpido no art. 5º, *caput*, da Constituição da República. (...) (i) não houve indicação de qualquer situação de fato que justificasse essa proteção das empresas brasileiras; (ii) há uma completa exclusividade em proveito das empresas brasileiras (e não apenas preferência percentual); (iii) não há prazo para ter fim (*ex vi* do art. 41 da Lei do SeAC), tendo sido pensada para durar eternamente.”

Segundo, ainda, no referido voto: “O privilégio à indústria publicitária brasileira, porém, não tem respaldo imediato em qualquer previsão constitucional”.

Desta forma, a inconstitucionalidade do art. 25, sustentada em decorrência de ofensa ao princípio da isonomia, afasta a necessidade das empresas de TV por assinatura contratar agência de publicidade nacional para veiculação de material produzido no exterior.

E, ainda, a decisão considera: “(...) o puro e simples favorecimento do mercado publicitário nacional não é razão jurídica logicamente idônea a fundamentar a discriminação articulada pelo art. 25 da Lei nº 12.485/11, o que – somado a pouca clareza dos fundamentos da medida – impõe a sua declaração de inconstitucionalidade por violação ao princípio geral da igualdade (CRFB, art. 5º, *caput*).”

Em síntese, a conclusão do voto do Min. Relator foi no sentido da inconstitucionalidade da referida regra legal por ofensa ao princípio da isonomia.

Mas, sobre este aspecto, houve divergência representada pelo voto do Min. Edson Fachin, o qual concluiu pela improcedência dos pedidos formulados na ação, declarando constitucional, inclusive, o art. 25 da Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011.

O tema é relevante na medida em que mostra o impacto direto da lei no regime dos contratos das agências de publicidade que veiculam propaganda nos canais da TV por assinatura.

A seguir, a apresentação das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o setor da imprensa.



IMPRESA

Capítulo 5 - Imprensa

No presente livro, o sentido da expressão imprensa refere-se às decisões do Supremo Tribunal Federal que impactam as atividades das empresas jornalísticas, que ofertam produtos, tais como jornais e revistas, no sentido clássico do termo e, que atualmente, apresentam seus produtos no ambiente online.

No capítulo imprensa serão apresentadas as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre questões que envolvem: i) a revogação da Lei de Imprensa (ADPF 130); ii) reclamações propostas por empresas jornalísticas em defesa da liberdade da imprensa (Reclamação 23899/PR) em aparente confronto com os direitos da personalidade; iii) o afastamento da obrigatoriedade legal da exigência de diploma de jornalista (RE 511961/SP); iv) a constitucionalidade da lei do direito de resposta (ADI 5418); v) a desnecessidade de consentimento de autorização prévia do biografado e/ou de seus herdeiros nos casos de biografias feitas por terceiros (ADI 4815).

1 NÃO RECEPÇÃO DA LEI DE IMPRENSA PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. ADPF 130. A PLENA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA

ADPF 130/DF - REVOGAÇÃO DA LEI DE IMPRENSA - NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI Nº 5.250/1967 CONSTITUIÇÃO DE 1988 - REGIMES CONSTITUCIONAIS DA “LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA” - “PLENA” LIBERDADE DE IMPRENSA COMO CATEGORIA JURÍDICA PROIBITIVA - DIREITO À IMAGEM, HONRA, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA- O DIREITO DE RESPOSTA - RESPONSABILIDADES PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL - INTERDIÇÃO PARCIAL AO LEGISLADOR PARA TRATAR DO NÚCLEO ESSENCIAL DA LIBERDADE DE IMPRENSA – AUTORIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO PARA EDIÇÃO DE LEI SOBRE TEMAS CORRELATOS À IMPRENSA

A questão debatida na ADPF 130/DF está centrada na não recepção da Lei Imprensa (Lei n. 5.250/1967) pela Constituição de 1988, especialmente em face da liberdade de informação jornalística.

A **ADPF 130/DF**³⁹⁵ veiculou requerimento de total inconstitucionalidade da Lei de Imprensa ou, alternativamente, a não recepção de alguns dispositivos da Lei n. 5.250/1967 pela nova ordem constitucional.

395 Fundamentação Constitucional: Arts. 5º, incs. IV, V, IX, X, XIII, XIV, XXXIII; 220, §1º, 221, 222 e 223. Dispositivo Legal Questionado: Lei nº 5250, de 09 de fevereiro de 1967. Requerente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Data de Julgamento Final Plenário: 30.04.2009. Acórdão publicado no DJe 208 de 06.11.2009. Ou seja, por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal acolheu a tese no sentido da não recepção, pela Constituição de 1988, de todo o conjunto de dispositivos da Lei federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. Como votos minoritários, restaram vencidos, em parte, o Ministro Joaquim Barbosa e a Ministra Ellen Gracie, que a julgavam improcedente quanto aos artigos 1º, § 1º; artigo 2º, caput; artigo 14; artigo 16, inciso I e artigos 20, 21 e 22, todos da Lei nº 5.250, de 9.2.1967; o Ministro Gilmar Mendes (Presidente), que a julgava improcedente quanto aos artigos 29 a 36, e vencido integralmente o Ministro Marco Aurélio, que julgava improcedente a ADPF em causa.

Neste aspecto, a arguição de descumprimento de preceito fundamental foi utilizada, com a tese de que a lei de imprensa seria ofensiva à plena liberdade de informação jornalística. Na hipótese, a ADPF serviu para fins de controle de direito anterior à Constituição.³⁹⁶

O Supremo Tribunal Federal, por maioria, nos termos do voto do Relator, decidiu pela não recepção de todo o conjunto dos dispositivos da Lei da Imprensa pela Constituição de 1998.

O voto do Ministro Relator Ayres Britto afirmou que a liberdade de informação jornalística, fundamentada no art. 220 da CF, não admite lei que a limite.

“8. NÚCLEO DURO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E A INTERDIÇÃO PARCIAL DE LEGISLAR. A uma atividade que já era ‘livre’ (incisos IV e IX do art. 5), a Constituição Federal acrescentou o qualificativo de ‘plena’ (§1º do art. 220). Liberdade plena que, repelente de qualquer censura prévia, diz respeito à essência mesma do jornalismo (o chamado ‘núcleo duro da atividade).

(...)

10. NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI 5.250 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL.

10.1. Óbice lógico à confecção de uma lei de imprensa que se torne de compleição estatutária ou orgânica. A própria Constituição, quando o quis, convocou o legislador de segundo escalão para o aporte regratório da parte restante de seus dispositivos (art. 29, art. 93, e §5º, do art. 128). São irregulamentáveis os bens de personalidade que se põem como o próprio conteúdo ou substrato da liberdade de informação jornalística, por se tratar de bens jurídicos que têm na própria interdição da prévia interferência do Estado o seu modo natural, cabal

396 Ver: BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro, 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, e MENDES, Gilmar. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. São Paulo: Editora Saraiva, 2ª edição, 2011.

e ininterrupto de incidir. Vontade normativa que, em tema elementarmente de imprensa, surge e se exaure no próprio texto da Lei Suprema”.

No voto, o Ministro Relator destaca a autorregulação da imprensa:

“É da lógica encampada pela nossa Constituição de 1988 a autorregulação da imprensa como mecanismo de permanente ajuste de limites de sua liberdade ao sentir-pensar da sociedade civil. Os padrões de seletividade do próprio corpo social operam como antídoto que o tempo não cessa de aprimorar contra os abusos e desvios jornalísticos. Do dever de irrestrito apego à completude e fidedignidade das informações comunicadas ao público decorre a permanente conciliação entre liberdade e responsabilidade da imprensa. Repita-se: não é jamais pelo temor do abuso que se vai proibir o uso de uma liberdade de informação a que o próprio Texto Magno do País o rótulo de “plena” (§1º, do art. 220).”

Também, o Min. Relator Ayres Britto, ao tratar da Comunicação Social e especificamente da interpretação do art. 220, §5º, destacou:

“Norma constitucional de concretização de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas, isto é, o pluralismo como virtude democrática da respeitosa convivência de contrários”.

Sobre este tema, há ainda na ementa:

“a imprensa livre é, ela mesma, plural, devido a que são constitucionalmente proibidas a oligopolização e a monopolização do setor (§ 5º do art. 220 da CF). A proibição do monopólio e oligopólio como novo e autônomo fator de contenção de abusos do chamado poder social da imprensa”.

De outro lado, em voto divergente, o Min. Gilmar Mendes destacou a necessidade de intermediação legislativa para harmonizar a liberdade de informação jornalística diante dos demais direitos fundamentais, nos seguintes termos:

“... o caráter institucional da liberdade de imprensa não apenas permite, como também exige a intervenção legislativa com o intuito de dar conformação e, assim, conferir efetividade à garantia institucional.”

O Min. Gilmar Mendes também abordou em seu voto a possível restrição legislativa às liberdades de expressão e de imprensa:

“... as restrições legislativas são permitidas e até exigidas constitucionalmente quando têm o propósito de proteger, garantir e efetivar tais liberdades.”

E, conclui o Ministro Gilmar Mendes que o constituinte não assegurou à liberdade de informação jornalística maior importância que ao direito da personalidade:

“Tem-se, pois, aqui expressa a reserva legal qualificada, que autoriza o estabelecimento de restrição à liberdade de imprensa com vistas a preservar outros direitos individuais, não menos significativos, como os direitos da personalidade em geral.”

Divergindo também do voto do relator, o Min. Celso de Mello entendeu que é legítima a intervenção legislativa sobre a liberdade de imprensa:

“(...) é importante, observar, no entanto, Senhor Presidente, que a Constituição da República, embora garantindo o exercício da liberdade de informação jornalística, legitima a intervenção normativa do Poder Legislativo, permitindo-lhe – observados determinados parâmetros referidos no §1º do art. 220 da Lei Fundamental – a emanção de regras concernentes à proteção dos direitos à integridade moral e à preservação da intimidade, da vida privada e da imagem das pessoas”.

Em síntese, por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal entendeu que há a interdição parcial de legislar sobre a liberdade de imprensa. Está na ementa na ADPF 130: “Interdição à lei quanto às matérias nuclearmente de imprensa, retratadas no tempo do início e de duração do concreto exercício da liberdade,

assim como de sua extensão ou tamanho do seu conteúdo”. E, no inteiro teor do acórdão a questão fica ainda mais clara:

“As matérias reflexamente de imprensa, suscetíveis, portanto, de conformação legislativa, são as indicadas pela própria Constituição, tais como: direitos de resposta e de indenização, proporcionais ao agravo, proteção ao sigilo da fonte (quando necessário ao exercício profissional), responsabilidade penal por calúnia, injúria e difamação, diversões e espetáculos públicos, estabelecimento dos meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente (inciso II do §3º do art. 220 da CF), independência e proteção remuneratória dos profissionais de imprensa como elementos de sua própria qualificação técnica (inciso XIII do art. 5º), participação do capital estrangeiro nas empresas de comunicação social (§4º do art. 222 da CF), composição e funcionamento do Conselho de Comunicação Social (art. 224 da Constituição)”.

Com todo o respeito à conclusão majoritária do precedente da ADPF 130, ao que parece, a tese vencida, no sentido da necessidade de lei para conciliar os direitos fundamentais em conflito, é a solução mais adequada à luz da Constituição de 1988. A autorregulação do setor de imprensa por si só não exclui a edição de lei que discipline aspectos essenciais do exercício da liberdade de informação jornalística.³⁹⁷

A liberdade de imprensa é exercida por empresas jornalísticas, que publicam jornais e revistas e que mantêm sites de notícias na internet, e empresas de radiodifusão de sons e imagens (emissoras de TV e rádio), bem como empresas

397 Sobre o conceito de imprensa e seus sentidos amplo e restrito, ver: Machado, Jonatas E. M. Liberdade de expressão: Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 507-508.

de TV por assinatura.³⁹⁸ Daí a aproximação entre a liberdade de imprensa com a liberdade de empresa. De modo que é possível a coexistência entre a autorregulação da imprensa e a edição de lei para sua regulamentação. Nesta hipótese, a lei tem a função de estabelecer os parâmetros para o exercício da liberdade de imprensa diante dos demais direitos fundamentais. Aqui, é fundamental estabelecer a distinção entre regular (algo autorizado pela Constituição) e censurar conteúdos (algo banido pela Constituição).

A propósito da intermediação legislativa, segundo Wolfgang Hoffmann-Riem, se a liberdade de comunicação é entendida como plena liberdade, assim como o é na Constituição Federal, conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal na ADPF 130, sua regulamentação deve assegurar essa liberdade, facilitando a “igualdade de oportunidades comunicativas”.³⁹⁹

A divergência, na referida ADPF, foi acompanhada pelo voto do Ministro Joaquim Barbosa que, fundamentando-se nas lições de Owen Fiss,⁴⁰⁰ declarou ser necessária a intervenção do Estado para que se garantisse a oitiva da máxima pluralidade de vozes possível. Assim:

“(...) penso que nem sempre o Estado exerce uma influencia negativa no campo das liberdades de expressão e de comunicação. (...) Penso que a liberdade de imprensa há de ser considerada também sob uma ótica a respeito da qual, aparentemente, o eminente Relator passou ao largo. É que a liberdade de imprensa tem natureza e função multidimensionais. Ela deve também ser examinada sob a ótica dos destinatários da informação e não apenas à luz dos interesses dos produtores da

398 A respeito, dos regimes jurídicos específicos da TV por radiodifusão e da TV por assinatura e as questões debatidas no Supremo Tribunal Federal ver os capítulos correspondentes no presente livro.

399 RIEM-HOFFMANN, Wolfgang. Libertad de comunicación y de medios. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang. Manual de Derecho Constitucional. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 156.

400 FISS, Owen. A Ironia da liberdade de expressão - estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro, Renovar, 2005. p. 51, 99-100.

informação. É tendo em mente esses riscos que o ultraliberalismo pode trazer que eu, a exemplo de Fiss, penso que sem dúvida o Estado pode, sim, ser um opressor da liberdade de expressão, mas ele pode ser também uma fonte de liberdade, desobstruindo os canais de expressão que são vedados àqueles que muitos buscam, conscientemente ou inconscientemente, silenciar e marginalizar.”⁴⁰¹

Parece razoável a existência de lei mínima para compor os limites no exercício dos direitos fundamentais, diante da liberdade de imprensa. Evidentemente que os contornos desta lei mínima devem sofrer rigoroso controle quanto à sua constitucionalidade, para fins de se preservar o núcleo essencial da liberdade de informação jornalística. A lei, portanto, deve servir à proteção da própria imprensa diante de atentados à liberdade de informação jornalística.

2 RECLAMAÇÕES PROPOSTAS POR VEÍCULOS DE IMPRENSA FUNDAMENTADAS NA ADPF 130. PROTEÇÃO À LIBERDADE DE IMPRENSA

Com fundamento na decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 130, foram propostas diversas Reclamações por empresas jornalísticas para garantir a liberdade de informação jornalística.

Na Reclamação 20.985, proposta pelo Grupo Abril Comunicações S/A, e que também envolve o jornal Estado de São Paulo, o Ministro Celso de Mello assim se pronunciou:

“Preocupa-me, por isso mesmo, como já destaquei em anteriores decisões nesta Corte Suprema, o fato de que o exercício, por alguns juízes e Tribunais,

⁴⁰¹ Este é um dos paradoxos do estado (Legislativo, Executivo ou Judiciário): ser o protetor da liberdade de expressão, informação e comunicação e, simultaneamente, ameaçar estas liberdades fundamentais. Por analogia, pode-se afirmar o mesmo em relação às empresas de comunicação: podem ser grandes aliadas dos referidos direitos fundamentais ou, contrariamente, estar em posição de confronto aos mesmos direitos.

do poder geral de cautela tenha se transformado em inadmissível instrumento de censura estatal, com grave comprometimento da liberdade de expressão, nesta compreendida a liberdade de imprensa e de informação. Ou, em uma palavra, como precedentemente já acentuei: o poder geral de cautela tende, hoje, perigosamente, a traduzir o novo nome da censura!”

(...)

“Todas as observações que venho de fazer evidenciam, a meu juízo, que a decisão objeto da presente reclamação teria desrespeitado a autoridade do julgamento plenário ora invocado, pela parte reclamante, como parâmetro de controle, eis que o tema da censura foi efetivamente abordado e plenamente examinado quando do julgamento plenário da ADPF 130/DF.”

Também se manifestou o Ministro Celso de Mello na Reclamação 20.757:

“Não constitui demasia insistir na observação de que a censura, por incompatível com o sistema democrático, foi banida do ordenamento jurídico brasileiro, cuja Lei Fundamental – reafirmando a repulsa à atividade censória do Estado, na linha de anteriores Constituições brasileiras (Carta Imperial de 1824, art. 179, n° 5; CF/1891, art. 72, § 12; CF/1934, art. 113, n° 9; CF/1946, art. 141, § 5°) – expressamente vedou “(...) qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” (CF/88, art. 220, § 2°).”

Mas, apesar do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, na ADPF n. 130 em defesa da liberdade da imprensa, há o reconhecimento da necessidade de proteção ao direito da personalidade, inclusive através de edição de legislação infraconstitucional, conforme aponta o voto do Ministro Marco Aurélio:

“Em todas as democracias modernas existe um conflito clássico entre dois valores fundamentais: o direito à informação, de um lado, e os direitos ligados à personalidade, do outro. As constituições resolveram o dilema conferindo primazia ao primeiro termo, em nome do interesse público. Como contrapartida, criaram mecanismos para reparar excessos cometidos no livre exercício da imprensa.”

(...)

“Deixemos à carga de nossos representantes, dos representantes do povo brasileiro (...), dos representantes dos Estados e, portanto, deputados e senadores, a edição de lei que substitua a em exame (Lei de Imprensa), sem ter-se, enquanto isso, o vácuo - como disse - que só leva à babel, à bagunça, à insegurança jurídica, inclusive quanto ao direito de resposta previsto na Constituição Federal, mas sem que esta explicita as necessárias balizas.”

A jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal na hipótese de conflito entre os direitos fundamentais, a liberdade de informação jornalística e os direitos de personalidade, tem decidido pela liberdade de imprensa, resolvendo-se posteriormente em reparação de danos.⁴⁰² Nesta linha, no AI 690841, no voto de Relatoria do Min. Celso Mello:

“A liberdade de imprensa, enquanto projeção das liberdades de comunicação e de manifestação do pensamento, reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender, dentre outras prerrogativas relevantes que lhe são inerentes, (a) o direito de informar, (b) o direito de buscar a informação, (c) o direito de opinar e (d) o direito de criticar. A crítica jornalística, desse modo, traduz direito impregnado de qualificação constitucional, plenamente oponível aos que exercem qualquer atividade de interesse da coletividade em geral, pois o interesse social, que legitima o direito de criticar, sobrepõe-se a eventuais suscetibilidades que possam revelar as pessoas públicas ou as figuras notórias, exercentes, ou não, de cargos oficiais. - A crítica que os meios de comunicação social dirigem a pessoas públicas (e a figuras notórias), por mais dura e veemente que possa ser, deixa de sofrer, quanto ao seu concreto exercício, as limitações externas que ordinariamente resultam dos direitos de personalidade.”

402 A propósito, desta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ver: Reclamações 215024/SP e 19548/ES.

Sem dúvida que, eventuais abusos no exercício da liberdade de imprensa em detrimento de direitos fundamentais e garantias individuais e coletivas, podem ser objeto de ações judiciais protetivas. Assim, quando a liberdade de informação jornalística ultrapassar o dever de objetividade na apuração e divulgação do fato, objeto de interesse público, e vir a lesionar direitos fundamentais haverá a possibilidade de reparação do dano.⁴⁰³

Os abusos da imprensa podem ensejar o regime de responsabilidade do meio de comunicação social, para reparar a lesão cometida contra pessoas físicas ou jurídicas, algo reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal. Trata-se do regime de responsabilidade a posteriori em proteção à dignidade da pessoa humana diante da divulgação de conteúdos ofensivos aos direitos de personalidade.⁴⁰⁴

Sobre o tema, na Reclamação 21724 AGR/MG, o saudoso Rel. Min. Teori Zavascki, esclareceu:

“Por oportuno, registro apenas que, há tempos, venho percebendo que as teses de “liberdade de expressão” e “direito à informação” têm virado um remédio de bolso nas mais diversas situações. Mas não é porque se tratam de argumentos baseados em garantias constitucionais que eles podem ser empregados de qualquer forma. Pelo contrário. Ser livre para se expressar e para informar os outros (sobre a verdade) não é sinônimo de assediar, menosprezar ou ridicularizar. As supramencionadas garantias, neste desvirtuado sentido, estão a serviço de discursos, discursos estes que, por vezes, ocultam intenções oportunistas e violadoras. Não se está, a toda

403 Segundo Cláudio Luiz Bueno, tal direito descaracteriza o “animus injuriandivel diffamandi” (GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade*. Atlas, 2001. p. 100/101).

404 Previsão da responsabilidade ulterior exposta no artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Sobre o princípio constitucional da dignidade humana, ver: Barroso, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*, p. 287. Ver também: Machado, Jonatas. *Liberdade de expressão: Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora. p. 357. Aqui, como já referido em nota anterior, cabe ao Judiciário, em efetivação da garantia constitucional, manter a proporcionalidade entre a reparação ao direito fundamental violado e os danos material e moral, nos termos do art. 5º, inc. X, da Constituição.

evidência, negando à parte ré o direito de organizar seus sindicalizados para perseguirem suas pretensões, porque mencionada função, conforme salientado alhures, é deveras importante. O que não se pode permitir, todavia, é a postura ofensiva e o ataque direto a determinadas pessoas ou a determinadas categorias de servidores. Portar-se dessa forma, lamentavelmente, confere tom agressivo à luta (tão legítima) pela igualdade e melhorias nas condições de trabalho. (...) Por outro lado, a ninguém é dado o direito de ofender – por gestos, palavras ou imagens – determinadas pessoas e/ou categorias profissionais, porque mencionado *modus operandi* revela-se muito mais danoso do que benéfico.”

É essencial que o Supremo Tribunal Federal esclareça as hipóteses de exercício legítimo da liberdade de informação jornalística ou liberdade de informação em geral, das hipóteses de abusos contra os direitos da personalidade.⁴⁰⁵ Nas palavras do Ministro Alexandre de Moraes: “A proteção constitucional à informação é relativa, havendo a necessidade de distinguir as informações de fatos de interesse público, da vulneração de condutas íntimas e pessoais, protegidas pela inviolabilidade à vida privada, e que não podem ser devassadas de forma vexatória ou humilhante”.⁴⁰⁶

A seguir, as distinções entre o regime tradicional de imprensa e o regime dos serviços de televisão por radiodifusão, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

3 IMPRENSA E SERVIÇO DE TELEVISÃO POR RADIODIFUSÃO. DISTINÇÃO DE REGIME JURIDICO

Na ADPF 130, é apresentada importante distinção entre o regime jurídico da mídia impressa em relação à mídia radiodifusora e televisiva. Assim, o voto do Min. Relator Carlos Ayres Britto, registrou:

405 Também, questão interessante é saber que a proteção constitucional ao sigilo da fonte de informação jornalística é aplicável exclusivamente a pessoas classificadas como sendo jornalistas. Ou seja, se “blogueiros” podem ser qualificados como jornalistas, para fins de proteção do sigilo da fonte.

406 Cf. Curso de Direito Constitucional, obra citada, p. 889.

“Não menos certo, porém, que essa diferenciação entre mídia impressa e mídia radiodifusora e televisiva (eletrônica, dissemos) atende à consideração de que somente as duas últimas é que são constitucionalmente tipificadas como serviços públicos, próprios da União Federal. Serviços públicos sempre titularizados pela União, frise-se, porém complementarmente prestados pela iniciativa privada, mediante contratos de concessão, ou permissão, tanto quanto por ato unilateral e precário de autorização. É como está na alínea ‘a’ do inciso XI do art. 21 da nossa Lei Fundamental, em combinação com a cabeça do art. 223 da mesma Carta Magna (...)”.

O Supremo Tribunal Federal distingue, acertadamente, entre o regime de imprensa e o regime dos serviços de radiodifusão de sons e imagens.

Em relação à imprensa, na ADPF 130, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, que não é cabível lei reguladora do setor. Porém, em relação aos serviços de radiodifusão o regime constitucional é outro, uma vez que existe a permissão para o legislador adotar lei para regular os serviços de televisão e rádio por radiodifusão, fundamentado na competência legislativa da União para legislar sobre os serviços de radiodifusão.

Esclareço, com respeito aos diferentes entendimentos, a defesa da interpretação constitucional no sentido que a competência privativa da União para legislar e prestar os serviços de radiodifusão não autoriza a consideração em bloco de todas as espécies de serviços de radiodifusão de sons e imagens e radiodifusão sonora como serviço público.

Esta interpretação constitucional, no sentido de reconhecer limites constitucionais à aplicação da técnica da concessão de serviço público quanto à regulação dos serviços de TV e rádio por radiodifusão do setor comercial (setor privado), decorre da força normativa do princípio constitucional da complementaridade dos três sistemas de radiodifusão: o privado, o público e o estatal, como previsto no art. 223 da

Constituição Federal. Daí a exigência constitucional de diferenciação entre TVs e rádios dos setores privado, público e estatal.⁴⁰⁷

A propósito, há uma lei para o setor privado de radiodifusão (a Lei n. 4.117/1962), e outra para o setor da radiodifusão pública (Lei n. 11.652/2008, alterada parcialmente pela Lei n. 13.417/17). Em síntese, é fundamental a percepção de que o serviço público de radiodifusão é regulado pela Lei 11.652/2008, que trata da Empresa Brasil de Comunicação. Ao setor privado, não é admissível aplicar o regime de concessão de serviço público, em seu formato clássico, diante da própria literalidade da Lei n. 4.117/1962 (regime mais favorável à liberdade de radiodifusão), bem como diante do princípio constitucional da complementaridade dos sistemas de radiodifusão privado, público e estatal.

4 LIBERDADE DE IMPRENSA VERSUS DIREITOS DA PERSONALIDADE

RECL 23899 - LIBERDADE DE IMPRENSA – LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA – COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR AÇÕES DE TODOS OS MEMBROS DA MAGISTRATURA DIRETA OU INDIRETAMENTE INTERESSADOS – MEDIDA CAUTELAR CONCEDIDA PARA SUSPENSÃO DO TRÂMITE DAS AÇÕES EM PRIMEIRA INSTÂNCIA.

Na Reclamação 23899, uma empresa jornalística e vários jornalistas por ela empregados enfrentam dezenas de ações individuais indenizatórias ajuizadas por Juízes de Direito tendo por fundamento fático a publicação de uma série de

⁴⁰⁷ Sobre o tema, SCORSIM, Ericson M. TV Digital e Comunicação Social: aspectos regulatórios – TVs pública, estatal e privada. Editora Fórum, 2008. Ver, também, CLÈVE, Clèmerson Merlin; SCORSIM, Ericson M. Concessão de serviço por radiodifusão, liberdade de expressão e produção de conteúdos por terceiros ou em regime de coprodução. Publicado na Revista de Direito Público, obra citada.

matérias sobre a remuneração dos referidos magistrados estaduais e jurídico a ofensa aos direitos da personalidade.

As ações judiciais foram ajuizadas pelos magistrados em diferentes comarcas, com audiências sendo marcadas para datas próximas para cada um dos jornalistas. Os magistrados ingressaram com ações de indenização por danos materiais e morais, sob o fundamento da violação aos direitos à vida privada, imagem, honra, intimidade, em relação à divulgação pela imprensa de informações sobre sua remuneração, no seu entender equivocadas.⁴⁰⁸

Em consequência foi proposta a referida Reclamação 23899, Relatora a Ministra Rosa Weber. Aqui os jornalistas defendem que, “a propositura de ações simultâneas em mais de uma localidade implica embaraço ao direito de defesa. Assim, porque uma vez que as audiências foram designadas para datas próximas ou mesmo em dias coincidentes, o que obriga o preposto, a advogada da empresa jornalística e os jornalistas que participaram da elaboração da matéria a se deslocarem, em conjunto, para comarcas remotas do interior, sob pena de serem presumidos verdadeiros os fatos alegados nas petições iniciais.”

Os jornalistas argumentam que as razões determinantes da ADPF 130, de liberdade de imprensa, e da ADI 4451, da liberdade de informação jornalística, justificam o cabimento da reclamação para fins de suspensão do trâmite das ações judiciais na comarca e, conseqüentemente, para fixar a competência do Supremo Tribunal Federal no caso. Afirmam que os magistrados dos juízos reclamados contrariam e afrontam a autoridade dessas decisões do Supremo Tribunal Federal, na medida em que se declaram competentes para julgar casos que envolvem direto interesse da magistratura. Além disto, a decisão da ADPF 130, garantiria aos jornalistas

408 A propósito do conflito entre liberdade de expressão e informação e direitos da personalidade, Luís Roberto Barroso cita: “Os veículos de comunicação têm o dever de apurar, com boa-fé, e dentro de critérios de razoabilidade, a correção do fato ao qual darão publicidade. É bem de ver, no entanto, que não se trata de uma verdade objetiva, mas subjetiva, subordinada a um juízo de plausibilidade”. Em Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 388.

a plena liberdade de informação sobre fatos relacionados aos vencimentos dos magistrados.

E, formalmente, alegam a usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista a aplicação do art. 102, I, letra n, da Constituição que trata da ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, pois os casos expostos pelos magistrados deveriam ser ajuizados diretamente no Supremo Tribunal Federal, e não na Justiça Comum. Também, os jornalistas alegam o abuso no exercício do direito de ação pelos magistrados.

Em primeiro momento, a Ministra Relatora negou seguimento, em 20 de maio de 2016, à Reclamação 23899, sob os fundamentos de que não havia hipótese de violação aos temas versados pela ADPF 130 e pela ADI 4451, e de que a aplicação do art. 102, inc. I, da Constituição Federal é excepcional e não seria a hipótese das ações intentadas pelos magistrados no Paraná.

Diante da decisão de não seguimento à reclamação, os jornalistas interpuseram agravo regimental. Sustentam que, após a decisão monocrática da Reclamação, ocorreu a primeira condenação por um dos Juízos reclamados. Houve então *fato novo*, nos termos do art. 493, do CPC. Pediram a reconsideração da Ministra Relatora ou o provimento do agravo regimental para a suspensão das ações de indenização movidas por alguns juízes paranaenses.

Em sua decisão, de 30 de junho de 2016, a Min. Relatora Rosa Weber considerou a sentença condenatória como fato novo, “por meio da qual lhes foi imputado o dever de reparar suposto dano decorrente da publicação da matéria jornalística” e determinou o processamento da reclamação. Consta nesta decisão:

“Nessa perspectiva, com amparo no art. 493 do Código de Processo Civil/2015, tomo em conta fato novo superveniente à propositura desta reclamação, superando o fundamento utilizado para negar-lhe seguimento, no tocante à inexistência de ato decisório sobre tema afeto à liberdade de expressão ou à liberdade de imprensa.

Diante da superveniente condenação dos reclamantes ao pagamento de danos morais em virtude da veiculação de matéria jornalística, e sopesados os fundamentos esgrimidos, assume plausibilidade jurídica a tese formulada, pelo menos no que diz com o descumprimento da decisão proferida na ADPF 130 em que este Supremo Tribunal declarou não recepcionado pela Constituição da República todo o conjunto de dispositivos da Lei Federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, destinada a regular “a liberdade de manifestação do pensamento e de informação”. Parece mais prudente, pois, o exercício do juízo de retratação admitido pelo agravo para assegurar o regular processamento da reclamação.”

Sobre o número de ações apresentadas, considerou a Ministra Relatora que “não se pode afastar o risco de dano, decorrente do comprometimento, cada vez maior, do pleno exercício do direito de defesa nas ações em trâmite, que se diz efetuado com grave prejuízo financeiro e pessoal dos reclamantes, compelidos a se deslocar por todo o Estado para comparecimento em audiências.”

Por isso, a Relatora, em juízo de retratação, reconsiderou a decisão agravada de 20 maio de 2016 para admitir o processamento da reclamação e conceder medida acauteladora para suspender o trâmite das ações de indenizações propostas até o julgamento de mérito da reclamação.⁴⁰⁹

Em parecer, o Ministério Público Federal manifestou-se no sentido de que não estão satisfeitos os requisitos do art. 102, I, letra n, da Constituição, para o reconhecimento da competência originária do Supremo Tribunal Federal.

Este caso da Reclamação 23899 é ilustrativo do conflito entre os direitos fundamentais à honra, imagem e vida privada diante da liberdade de informação jornalística.⁴¹⁰ Mas, no caso, o Supremo Tribunal Federal se limita à análise da competência jurisdicional para julgar o feito.

409 Rcl 23899 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, julgado em 30/06/2016, publicado em processo eletrônico DJe-140 Divulgado em 04/07/2016. Publicado em 01/08/2016.

410 Até o fechamento da edição deste livro, o mérito da Reclamação 23899 não fora julgado.

5 RESTRIÇÃO CONSTITUCIONAL À PARTICIPAÇÃO DE CAPITAL ESTRANGEIRO EM EMPRESAS JORNALÍSTICAS. SITES. ARTIGO 222 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

ADI 5613/DF – RESTRIÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE CAPITAL ESTRANGEIRO EM EMPRESAS JORNALÍSTICAS - SITES DE INTERNET - INTERPRETAÇÃO DA EXPRESSÃO “EMPRESAS JORNALÍSTICAS” PREVISTA NA LEI N. 10.610/2002

Na **ADI 5613/DF**⁴¹¹, Min. Rel. Celso de Mello, proposta pela Associação Nacional dos Jornais (ANJ), é formulado pedido para seja fixada interpretação da expressão “empresas jornalísticas” prevista pela Lei n. 10.610/2002, que regulamenta o art. 222 da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal na ADI 5613 decidirá se a expressão “empresas jornalísticas” abarca todas as organizações econômicas que se dedicam à produção, veiculação e/ou divulgação de notícias para o público brasileiro, independentemente do veículo utilizado para a propagação do conteúdo.

Em debate, a regra que prevê que a propriedade da empresa jornalística deve ser pelo menos 70% (setenta por cento) do capital total e total votante, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 (dez) anos, que deverão obrigatoriamente exercer a gestão das atividades, conforme o art. 222, §1º.

Este é um tema que envolve questões de concorrência setorial entre as empresas tradicionais de imprensa e as novas empresas de tecnologia e de internet, que

411 Fundamentação Constitucional: Art. 222. Dispositivo Legal Questionado: arts. 2º a 6º da Lei nº 10.610, de 20 de dezembro de 2002, que dispõe sobre a participação de capital estrangeiro nas empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens. Requerente: Associação Nacional de Jornais – ANJ. Aguarda julgamento.

apresentam sites informativos/jornalísticos, com capital estrangeiro. Trata-se de regra sobre os limites à propriedade de estrangeiros em meios de comunicação social.⁴¹²

Em síntese, o Supremo Tribunal Federal analisa se a regulação constitucional (art. 222) e legal (arts. 2º ao 6º da Lei n. 10.610/2002) que impõe restrições a participação de capital estrangeiro nas empresas jornalísticas tradicionais (que produzem publicações impressas e periódicas) e de radiodifusão sonora e de sons e imagens também incide sobre os portais de notícias hospedados na internet.

6 DIPLOMA DE JORNALISTA. AFASTAMENTO DA OBRIGATORIEDADE LEGAL. LIBERDADE DE PROFISSÃO E LIBERDADE DE INFORMAÇÃO

RE 511961/SP - DIPLOMA DE JORNALISTA - AFASTAMENTO DA OBRIGATORIEDADE LEGAL - LIBERDADES DE PROFISSÃO, DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO - CONSTITUIÇÃO DE 1988 (ART. 5º, IX E XIII, E ART. 220, CAPUT E §1º) - NÃO RECEPÇÃO DO ART. 4º, V, DO DECRETO - LEI N. 972/1969

Outro tema relevante no setor da imprensa julgado pelo Supremo Tribunal Federal refere-se ao afastamento da obrigatoriedade legal do diploma de jornalista, em interpretação da Constituição de 1998.

Originariamente, o Tribunal Regional da Terceira Região entendeu que a exigência do diploma de jornalista, nos termos do Decreto-lei 972/1969, não viola as liberdades de trabalho e de expressão.

⁴¹² No Brasil, a questão das restrições à participação de capital estrangeiro nos meios de comunicação social, principalmente jornais e empresas de TV, é historicamente objeto de intensas polêmicas políticas e jurídicas, há décadas.

Mas, no Recurso Extraordinário RE 511961/SP,⁴¹³ como Relator o Ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal concluiu pela inconstitucionalidade da exigência de diploma para o exercício da profissão de jornalista. Assim, o Supremo Tribunal Federal declarou como não recepcionado o inciso V do artigo 4º do Decreto-Lei 972/1969.

O Acórdão, por maioria de votos, concluiu que não é obrigatório o diploma de jornalista, no RE 511961/SP:

“A ordem constitucional apenas admite a definição legal das qualificações profissionais na hipótese em que sejam elas estabelecidas para proteger, efetivar e reforçar o exercício profissional das liberdades de expressão e de informação por parte dos jornalistas. Fora desse quadro, há patente inconstitucionalidade da lei. A exigência de diploma de curso superior para a prática do jornalismo - o qual, em sua essência, é o desenvolvimento profissional das liberdades de expressão e de informação - não está autorizada pela ordem constitucional, pois constitui uma restrição, um impedimento, uma verdadeira supressão do pleno, incondicionado e efetivo exercício da liberdade jornalística, expressamente proibido pelo art. 220, § 1º, da Constituição.”

Em voto divergente, a título de registro histórico, o Ministro Marco Aurélio sustenta que não há inconstitucionalidade quanto à exigência do diploma de jornalismo para o exercício profissional:

“Começo por perguntar a mim mesmo: a quem interessa o vácuo normativo? A jornais? A jornalistas? Aos cidadãos em geral, destinatários da vida organizada?

413 Fundamentação Constitucional: Arts. 5º, incs. IX e XIII; 220, caput e §1º. Dispositivo Legal Questionado: Art. 4º, inc. V, do Decreto-Lei nº 972/1969. Recorrente: Ministério Público Federal e Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão no Estado de São Paulo - SERTESP. Data do Julgamento Plenário: 17.06.2009. Publicado no DJe 213 em 13.11.2009. Em síntese, por maioria de votos o Supremo Tribunal Federal acolheu a tese no sentido da não-recepção do artigo 4º, inciso V, do Decreto-lei nº 972/1969. Como voto vencido, o Exmo. Senhor Ministro Marco Aurélio, que apontou a constitucionalidade do § 5º do artigo 4º do Decreto-Lei nº 972, no que, ante a definição do que se entende como profissão de jornalista contida no artigo 2º, versa a exigência do curso superior.

(...)

Não consigo conceber, sob o ângulo formal, inconstitucionalidade superveniente.”

(...)

“Hoje, há uma profissão, um segmento profissional organizado, com sistema sindical próprio. Indago: no tocante à profissão de jornalista, a exigência do inciso V do artigo 4º - observado, imagino, porque tenho de presumir que os diplomas legais sejam observados, durante quarenta anos - é extravagante? Deixa de atender a exigência da sociedade, em termos de veiculação de ideias, em termos do que é estampado diariamente nos veículos de comunicação? Tem-se uma cláusula que pode ser rotulada como desproporcional, a ponto de ser declarada incompatível com o artigo 220, § 1º, e, mais especificamente, com o inciso XIII do artigo 5º da Constituição Federal? A resposta, para mim, é negativa.”

(...)

“Não vejo conflito a ponto de declarar-se inconstitucional o § 5º do artigo 4º do Decreto-Lei nº 972, no que, ante a definição do que se entende como profissão de jornalista contida no artigo 2º, versa a exigência do curso superior.”

(...)

“Para essas atividades não basta a formação prática. Há, acredito, nas grades, nos currículos das faculdades, o direcionamento do ensino a um domínio básico, que será aprimorado posteriormente, tendo em conta as diversas áreas do saber, as diversas áreas da inteligência.”

O Supremo Tribunal Federal, neste caso, da dispensa da exigência do diploma do jornalista, relativizou o art. 5º, inc. XIII, da Constituição o qual dispõe que é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissional, atendidas as qualificações que a lei estabelecer.

Compreende-se que ao exercício qualificado das atividades de jornalista não exige, necessariamente, diploma de ensino superior, assim como constou no voto vencedor do Ministro Gilmar Mendes. Mas seria preciso que “as qualificações” previstas em lei dispusessem sobre a exigência de ética ou prática profissional adequada, assim como é previsto em diplomas legislativos que veiculam códigos de ética para determinadas classes profissionais como os advogados (Lei n. 8.906/1994 e Resolução n. 02/2015, do Conselho Federal da OAB).⁴¹⁴

7 LEI DO DIREITO DE RESPOSTA. MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL

ADI 5418/DF – LEI DO DIREITO DE RESPOSTA – CONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 13.188/2015 – PRAZOS EXÍGUOS PARA CUMPRIMENTO DO DIREITO DE RESPOSTA PELOS VEÍCULOS DE IMPRENSA - AFRONTA À LIBERDADE DE IMPRENSA E DE EXPRESSÃO – INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA AMPLA DEFESA, CONTRADITÓRIO, DEVIDO PROCESSO LEGAL E JUIZ NATURAL – INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL

Em 2015, foi editada a Lei n. 13.188/2015 para regular o exercício do direito de resposta perante os meios de comunicação social.

Esta nova lei sobre o direito de resposta decorre do vácuo normativo em consequência do julgamento da ADPF 130, referente à lei de imprensa, a qual continha dispositivos que regulamentam o tema.

⁴¹⁴ Sobre o tema da exigência legal do diploma de jornalista, está em pauta, no Congresso Nacional, a discussão das Propostas de Emenda à Constituição n. 386/2009 e 206/2012, que pretende retornar com a exigência de diploma de ensino superior em Jornalismo para ser reconhecido o profissional como jornalista. Essas proposições reconhecem e garantem a situação atual dos profissionais que podem provar que trabalham como jornalistas ou possuem registro profissional antes da promulgação da emenda constitucional, não lhes exigindo comprovação de diploma.

Pois bem, no julgamento da ADPF 130, o voto do Min. Celso de Mello deixou consignado que:

“O direito de resposta/retificação traduz, como sabemos, expressiva limitação externa, impregnada de fundamento constitucional, que busca neutralizar as conseqüências danosas resultantes do exercício abusivo da liberdade de imprensa, pois tem por função precípua, de um lado, conter os excessos decorrentes da prática irregular da liberdade de comunicação jornalística (CF, art. 5º, IV e IX, e art. 220, § 1º) e, de outro, restaurar e preservar a verdade pertinente aos fatos reportados pelos meios de comunicação social.”

Prosseguindo o voto:

“O art. 5º, inciso V, da Constituição brasileira, ao prever o direito de resposta, qualifica-se como regra impregnada de suficiente densidade normativa, revestida, por isso mesmo, de aplicabilidade imediata, a tornar desnecessária, para efeito de sua pronta incidência, a “interpositiolegislatoris”, o que dispensa, por isso mesmo, ainda que não se lhe vede, a intervenção concretizadora do legislador comum. Isso significa que a ausência de regulação legislativa, motivada por transitória situação de vácuo normativo, não se revelará obstáculo ao exercício da prerrogativa fundada em referido preceito constitucional, que possui densidade normativa suficiente para atribuir, a quem se sentir prejudicado por publicação inverídica ou incorreta, direito, pretensão e ação, cuja titularidade bastará para viabilizar, em cada situação ocorrente, a prática concreta da resposta e/ou da retificação.”

Entretanto, apesar da aplicabilidade imediata do referido dispositivo da Constituição sobre o direito de resposta, editou-se a Lei n. 13.188/2015.

Na ADI 5418/DF,⁴¹⁵ Relator o Ministro Dias Toffoli, questiona-se a constitucionalidade da Lei n. 13.188/2015, que dispõe sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social. Argumenta-se que a referida lei, especialmente ao estabelecer prazos exíguos para cumprimento do direito de resposta pelos veículos de imprensa, atenta contra a liberdade de imprensa e de expressão e ofende os princípios da ampla defesa, do contraditório, da igualdade das partes, do devido processo legal e do juiz natural. Daí o pedido de decretação da inconstitucionalidade da Lei Federal n. 13.188/2015 em sua totalidade ou, alternativamente, apenas do art. 2º, parágrafo 3º; do parágrafo 1º, incisos I e II do art. 6º; e do art. 10.

Por sua vez, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB também ingressou com a **ADI 5415/DF**⁴¹⁶ em face da Lei n. 13.188/2015. Neste caso, o CFOAB insurgiu-se contra a regra estabelecida no art. 10 que exige manifestação de juízo colegiado prévio para suspender, em recurso, o direito de resposta. Alega-se a ofensa ao direito à efetiva tutela jurisdicional, ao princípio do juiz natural e ao princípio da separação de poderes.

Em decisão liminar, o Min. Rel. Dias Toffoli entendeu que o art. 10 da Lei Federal n. 13.188/2015 do Direito de Resposta, em leitura literal, “incorre em patente vício de inconstitucionalidade”, nos seguintes termos:

415 Fundamentação Constitucional: Art. 5º, caput, inc. IV, V, IX, XIII, XIV, XXXVII, XXXVIII, LIV e LV; 220. Dispositivo Legal Questionado: Lei Federal n. 13.188, de 11 de novembro de 2015. Requerente: Associação Brasileira de Imprensa – ABI. Julgamento: Aguarda julgamento do pedido liminar.

416 Fundamentação Constitucional: Art. 2º, 5º, inc. V, XXXV, XXXVII, LIV e LV. Dispositivo Legal Questionado: Lei Federal n. 13.188, de 11 de novembro de 2015. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB. Julgamento: Em 17.12.2015, ad referendum do Plenário, a liminar foi deferida pelo Min. Relator Dias Toffoli, para ressaltar o dispositivo combatido da interpretação – literal – que restrinja o Poder Geral de Cautela prescrito em seu comando a órgão colegiado de Tribunal a que seja submetido recurso interposto sob o rito da Lei nº 13.188/15, permitindo e preservando tal prerrogativa ao magistrado integrante do Tribunal respectivo.

“Admitir que um juiz integrante de um Tribunal não possa, ao menos, conceder efeito suspensivo a recurso dirigido contra decisão de juiz de 1º grau é subverter a lógica hierárquica estabelecida pela Constituição, pois é o mesmo que atribuir ao juízo de primeira instância mais poderes que ao magistrado de segundo grau de jurisdição.”⁴¹⁷

A seguir, a análise da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade de dispositivos do Código Civil que determinam a necessidade de consentimento prévio do biografado para fins de criação e publicação de biografias.

8 BIOGRAFIAS. PUBLICAÇÃO. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO PRÉVIA DO BIOGRAFADO E LIBERDADE DE EXPRESSÃO. A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DO CÓDIGO CIVIL. ARTIGOS 20 E 21418

ADI 4815/DF – BIOGRAFIAS – DISPENSA DE AUTORIZAÇÃO PRÉVIA – LIBERDADE DE EXPRESSÃO – PROIBIÇÃO DE CENSURA PRÉVIA - AUTORIZAÇÃO PRÉVIA PARA BIOGRAFIA CONSTITUI CENSURA PRÉVIA PARTICULAR - O RECOLHIMENTO DE OBRAS É CENSURA JUDICIAL, A SUBSTITUIR A ADMINISTRATIVA

O Código Civil, em seu art. 20, determina o consentimento do biografado para a publicação de sua biografia. Daí porque houve vários casos de impedimento de publicação de biografias, por determinação do biografado ou por seus

⁴¹⁷ Até o momento da conclusão do presente livro, o Supremo Tribunal Federal ainda não havia julgado o mérito das ações sobre a lei do direito de resposta (ADIs 5418 e 5415).

⁴¹⁸ O tema relativo ao julgamento da inconstitucionalidade da exigência legal do consentimento prévio do biografado, em relação à publicação das biografias, está enquadrado junto à imprensa por uma questão de agrupamento dos temas. O assunto tem repercussão no campo da produção audiovisual, relacionados a programas de TV e filmes baseados em biografias.

familiares. Diante disto, a Associação Nacional dos Editores de Livros ingressou com ação direta de inconstitucionalidade, sob o fundamento da violação da livre manifestação do pensamento, da atividade intelectual, artística e científica, bem como ofensa ao preceito da proibição de censura.

Assim, na **ADI 4815/DF**,⁴¹⁹ a Relatora Ministra Cármen Lúcia votou pela inexigibilidade da autorização prévia para a publicação de biografias, sendo acompanhada pelos demais Ministros. Entendeu-se que a inexigibilidade da autorização prévia para obras biográficas literárias ou audiovisuais, ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas, está em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença de pessoa biografada.

Segundo a Relatora Min. Cármen Lúcia, é inconstitucional “toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”, seguindo os precedentes já trabalhados aqui sobre o direito à crítica jornalística.⁴²⁰

Em seu voto a Min. Relatora destaca:

“Afirmou-se, no curso desta ação, que a biografia não estaria cerceada, apenas dependeria de autorização, porque as versões apresentadas poderiam comprometer a intimidade e a privacidade do biografado.

O argumento não convence: primeiro, porque a expressão é livre. Qualquer censura prévia é vedada no sistema. A autorização prévia constitui censura prévia. O recolhimento de obras após a sua divulgação é censura judicial, que apenas substitui a administrativa”.

419 Fundamentação Constitucional: Art. 5º, incs. IV, IX e XIV. Dispositivo Legal Questionado: Arts. 20 e 21 do Código Civil. Requerente: Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL. Julgamento Final: Em 10.06.2015. Ou seja, por unanimidade de votos, o Supremo Tribunal Federal acolheu a tese no sentido de que autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular.

420 Como, por exemplo: AI 690841 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 21/06/2011, DJe-150, Publicado em 05-08-2011.

Na construção de seu voto, a Min. Relatora, invoca as lições de José Joaquim Gomes Canotilho e Jonas Machado ao tratar da liberdade de expressão em sentido amplo como direito multifuncional, o qual contém direitos comunicativos fundamentais, entre os quais: a liberdade de expressão em sentido estrito, liberdade de informação, de investigação acadêmica, de criação artística, de edição, jornalismo, de imprensa, de radiodifusão, programação, de comunicação individual, de telecomunicação e comunicação em rede. Segundo os autores as liberdades comunicativas encontram-se ainda associadas a outras liberdades como a liberdade de profissão, a livre iniciativa econômica, de prestação de serviços e o direito de propriedade. Daí a inerência à liberdade de expressão da presunção de inconstitucionalidade de todas as formas de censura prévia pública ou privada.

Ao final, concluiu a Min. Relatora:

“pelo exposto, julgo procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução do texto, para: em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas físicas); reafirmar o direito à inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa, nos termos do inciso X do art. 5º da Constituição da República, cuja transgressão haverá de se reparar mediante indenização”.

O Min. Luís Roberto Barroso, em seu voto, ao tratar da liberdade de expressão, no contexto da ADI 4815, e de sua relevância para preservação da cultura e história da sociedade, afirma:

“As liberdades comunicativas constituem claramente uma condição para a criação e o avanço do conhecimento e para a formação e preservação do patrimônio cultural de uma nação”.

(...)

Diante desses fundamentos, as múltiplas e até redundantes disposições sobre a liberdade de expressão na Constituição de 1988 refletem a preocupação do constituinte em garantir o florescimento de um espaço de livre fluxo de ideias no cenário de redemocratização do Brasil, após o fim da ditadura militar, e de criar salvaguardas para impedir o retorno dos fantasmas do passado. O reconhecimento de uma posição preferencial às liberdades comunicativas é justamente um dos principais mecanismos dessa proteção”.

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a colisão entre direitos fundamentais, entendeu que para a coexistência com tais normas constitucionais “há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias”.

Este nítido caso de ponderação dos direitos fundamentais em colisão aparente, prevalecendo o direito à liberdade de expressão, claramente em adoção à teoria da posição preferencial desse direito fundamental. Ou seja, para ser limitada a liberdade de expressão seria preciso forte ônus argumentativo e a prevalência de direito para que justifique o reducionismo.⁴²¹

421 Segundo Luís Roberto Barroso: “(...) entende-se que as liberdades de informação e de expressão servem de fundamento para o exercício de outras liberdades, o que justifica uma posição de preferência – preferred position - em relação aos direitos fundamentais individualmente considerados.” (BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 105-106. Para saber mais: KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. *As liberdades de expressão e de imprensa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. In: SARMENTO, Daniel; SARLET; Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 401-402.

Assim, uma regra infraconstitucional (os artigos 20 e 21 do Código Civil)⁴²² não pode abolir o direito de expressão e criação de obras literárias. “Não é proibindo, recolhendo obras ou impedindo sua circulação, calando-se a palavra e amordaçando a história que se consegue cumprir a Constituição”, afirmou a Ministra Relatora.

Neste caso, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela interpretação conforme a Constituição para esses dispositivos do Código Civil (art. 20 e 21), mas sem reduzir seus textos.

A decisão na ADI 4815/DF sobre a dispensa do consentimento do biografado, para além do debate sobre as liberdades fundamentais constitucionais, tem repercussão sobre o mercado editorial de produção e circulação de biografias, seja no formato tradicional de livros, seja no formato audiovisual.

Daí a repercussão econômica desta decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a produção relativa aos mercados de livros, da TV por radiodifusão e da TV por assinatura, bem como do cinema.

Importante registrar que, além do direito brasileiro, a Min. Relatora Cármen Lúcia fundamentou-se em diversos tratados internacionais, a saber: Convenção Interamericana de Direitos humanos (art. 13), Declaração Universal dos Direitos Humanos na ONU (art. 19) e Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da ONU (art. 19). Neste aspecto, note-se que a Constituição, em seu art. 5º, §2º, expressamente dispõe que os direitos e garantias nela expressos não excluem

422 Código Civil. “Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.”

outros decorrentes dos tratados internacionais mantidos pela República Federativa do Brasil. Logo, como fonte principal dos direitos fundamentais a Constituição Federal. Mas, também, os direitos fundamentais previstos em tratados internacionais, celebrados pelo Brasil, no âmbito da comunidade internacional.

Considerações finais

O propósito do presente livro *Temas de Direito da Comunicação na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal* é aproximar o Direito e a regulação setorial dos serviços comunicação. Assim, buscou-se alinhar as diferenças entre os regimes jurídicos dos serviços de comunicações: internet, telecomunicações, TV e rádio por radiodifusão e TV por assinatura, além setor da imprensa.

Algumas destas distinções necessárias do ambiente regulatório dos serviços de telecomunicações, internet, radiodifusão e televisão, foram trazidas no livro, e a seguir estão aqui rapidamente revisitadas.

Os serviços de telecomunicações são regulados pela Lei Geral de Telecomunicações.⁴²³ Como espécies principais de serviços de telecomunicações: telefonia fixa e móvel pessoal. O regime de outorga pode ser mediante concessão ou autorização, expedida pela Anatel. Esta é a agência reguladora do setor de telecomunicações. A Lei Geral de Telecomunicações admite o regime público e o regime privado nos serviços de telecomunicações. No regime público, aplicável ao serviço de telefonia fixa, há as obrigações de universalidade e continuidade, bem como o contrato de concessão, tarifa, reversão de bens, etc.⁴²⁴ Diversamente, no regime privado, não há estas obrigações, prevalecendo o regime da autorização administrativa, liberdade de preços, etc.⁴²⁵ A título ilustrativo, o serviço de telefonia móvel está sob o regime privado.

423 Em trâmite, o Projeto de Lei n. 79/2016 que trata da modificação da Lei Geral de Telecomunicações, ora suspenso por liminar do STF, em mandado de segurança 34562.

424 Ver: Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9.472/97): “Art. 64. Comportarão prestação no regime público as modalidades de serviço de telecomunicações de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar. Parágrafo único. Incluem-se neste caso as diversas modalidades do serviço telefônico fixo comutado, de qualquer âmbito, destinado ao uso do público em geral”.

425 Na ADO 37 debate-se a omissão da União e da Anatel quanto à aplicação dos recursos do FUST na universalização dos serviços de telecomunicações.

Nos serviços de internet, por banda larga fixa e móvel, aplica-se o regime privado, na forma da autorização. O setor da internet é disciplinado pelo Marco Civil da Internet (Lei n. 12965/14) e regulamentado pelo Decreto n. 8.771/2016. Também, o serviço de acesso à internet é classificado como serviço de valor adicionado à rede de telecomunicações, na forma da Lei Geral de Telecomunicações. Em destaque, a proteção do Marco Civil da Internet à liberdade de negócios na plataforma da internet, garantia inerente à livre iniciativa.

Os serviços de TV por assinatura (comunicação audiovisual de acesso condicionado) submetem-se ao regime privado, na forma da autorização, sendo disciplinados pela Lei n. 12.485/2011. São atividades econômicas sob a regulação setorial. Como agências reguladoras: a Anatel⁴²⁶ e Ancine⁴²⁷, cada qual com seu quadro de competências legais.

Os serviços de TV e rádio por radiodifusão do setor privado são regulados pela Lei n. 4.117/1962. A visão jurídica tradicional classifica como serviços públicos os serviços de radiodifusão sonora e radiodifusão de sons e imagens. Mas, como já referido, esta interpretação constitucional não considera, com a devida atenção, a força normativa do princípio da complementaridade dos sistemas de radiodifusão privado, público e estatal, previsto no art. 223 da CF.

Daí a necessidade de revisão da jurisprudência sobre a aplicação da técnica da concessão de serviços públicos em relação aos serviços de TV e rádio por radiodifusão.⁴²⁸

426 Lei Geral de Telecomunicações – Lei n. 9.472/97. Em trâmite PL 70/16, já referido.

427 MP 2.228-1/2001

428 Também, os serviços postais são qualificados como espécies de serviços públicos. Na ADPF 46/DF, Min. Rel. Luiz Fux, o Supremo Tribunal Federal considerou recepcionada a lei dos serviços postais pela Constituição Federal. Assim, o Supremo Tribunal Federal não reconheceu a ofensa aos princípios da livre iniciativa, da liberdade no exercício de qualquer trabalho, da livre concorrência e do livre exercício de qualquer atividade econômica.

Quanto à parte técnica, os serviços de radiodifusão de sons e imagens, bem como radiodifusão sonora, são fiscalizados pela Anatel. Porém, o regime de outorga está concentrado na Presidência da República, juntamente com o Congresso Nacional.

O Supremo Tribunal Federal julgou constitucional a mudança do regime jurídico de telecomunicações, com a decisão no sentido da constitucionalidade da nova lei setorial, ressalvada a inconstitucionalidade parcial de alguns artigos da Lei Geral de Telecomunicações.⁴²⁹ Há inclusive decisões no sentido da constitucionalidade da substituição do regime de concessão pelo de autorização administrativa para a outorga do serviço de comunicação audiovisual de acesso condicionado (Vide Lei n. 12.485/11).

A regulação setorial dos serviços de comunicação (internet, telecomunicações, radiodifusão e comunicação audiovisual de acesso condicionado) é objeto do Direito da Comunicação. A categoria serviços regulados de comunicação integra o Direito regulatório da Comunicação. Cada lei setorial define o regime jurídico aplicável à espécie do serviço de comunicação regulado pelo legislador: internet, telecomunicações, radiodifusão ou comunicação audiovisual de acesso condicionado.

Os serviços de comunicações (internet, telecomunicações, radiodifusão e comunicação audiovisual de acesso condicionado) encontram-se na categoria serviços regulados pelo poder público e pelas agências reguladoras, Anatel e Ancine. Daí a relevância da livre iniciativa na prestação destes serviços de comunicações aos respectivos usuários e consumidores.

Diversamente, em relação ao setor de imprensa, o Supremo Tribunal Federal declarou a não recepção da Lei de Imprensa pela Constituição Federal, com a

429 Ver: Lei Geral de Telecomunicações, bem como a Lei dos Serviços de Comunicação Audiovisual de Acesso Condicionado.

prevalência da plena liberdade de informação jornalística. Portanto, não há uma lei geral sobre o setor de imprensa. Assim, nos casos relacionados à imprensa, são aplicáveis: Código Civil, Lei do Direito de Resposta (lei n. 13.188/15), entre outras legislações.

No livro, foi trazida uma abordagem concreta do Direito da Comunicação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em mais de 60 (sessenta) casos relacionados à análise de questões constitucionais em ações diretas de inconstitucionalidade, arguições de violação a preceito fundamental, reclamações constitucionais, ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, recursos extraordinários, etc. Todos dentro dos segmentos de Telecomunicações, Internet, TV e Radio por radiodifusão e imprensa.

Em sede de repercussão geral, foram estes os temas debatidos no Supremo Tribunal federal e trazidos no texto, alguns tiveram afastada a repercussão geral quando julgado o mérito:

TEMA 17 - Possibilidade de cobrança de ligações sem discriminação dos pulsos além da franquia; Justiça competente para dirimir controvérsias acerca da possibilidade de cobrança de ligações sem discriminação dos pulsos além da franquia.

TEMA 35 - Tarifa básica de assinatura do serviço de telefonia fixa. Competência para processar e julgar ação em que se discute a legalidade da cobrança da tarifa básica de assinatura do serviço de telefonia fixa.

TEMA 208 - Competência jurisdicional para processar e julgar ação de reparação de danos causados por crítica veiculada pela internet.

TEMA 263 – Incidência de ICMS sobre os serviços prestados pelos provedores de acesso à internet.

TEMA 301 - Cobrança de ICMS sobre serviço de habilitação de celular.

TEMA 533 - Dever de empresa hospedeira de sítio na internet fiscalizar o conteúdo publicado e de retirá-lo do ar quando considerado ofensivo, sem intervenção do Judiciário.

TEMA 545 - Extensão da estabilidade excepcional do art. 19 do ADCT a empregados de fundação privada.

TEMA 745 - Alcance do art. 155, §2, III, da Constituição Federal, que prevê a aplicação do princípio da seletividade ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS.

TEMA 786 - Aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares.

TEMA 827 - Incidência de ICMS sobre o valor pago a título de assinatura básica **mensal pelo serviço de telefonia.**

TEMA 919 - Competência tributária municipal para a instituição de taxas de fiscalização em atividades inerentes ao setor de telecomunicações, cuja competência legislativa e para a exploração é exclusiva da União.

O Supremo Tribunal Federal, em algum momento próximo, analisar outras questões constitucionais e Temas do Direito da Comunicação. São exemplos:

- i) a configuração ou não do direito de acesso à internet, com o controle da constitucionalidade das políticas públicas sobre inclusão digital (diretrizes para atuação do poder público no desenvolvimento da internet no Brasil)⁴³⁰;
- ii) o direito à cidadania e o direito de acesso à internet e acesso aos serviços públicos⁴³¹, o regime das franquias nos serviços de telefonia móvel e acesso à

430 Ver Marco Civil da Internet (arts. 24, 25, 26, 27 e 28).

431 Na ADO n. 24/DF sobre a omissão legislativa na regulamentação dos direitos dos usuários dos serviços públicos, o Min. Relator Dias Toffoli assim proclama: “Contudo, há de se ressaltar as dificuldades da cidadania em acessar, interagir e influenciar o Estado nas decisões relacionadas à prestação de serviços. Mais que destinatários dos serviços públicos, os usuários devem ser sujeitos de uma cidadania ativa e

internet, o direito à privacidade, em relação aos serviços e aplicações de internet, inclusive sobre os aparelhos eletrônicos (computadores, notebooks, tablets, celulares etc.);

ii) a legislação sobre requisição por delegados de polícia e membros do ministério público de informações e dados dos usuários dos serviços de telecomunicações e internet⁴³², o direito ao fluxo das comunicações privadas, sigilo de comunicação de dados e inviolabilidade e à segurança dos dados pessoais, bem com a responsabilidade dos provedores que armazenam estes dados pessoais, diante de pedidos de quebra de sigilo de comunicações por autoridades competentes, e ataques cibernéticos de terceiros;

iii) a interpretação sobre a constitucionalidade do princípio da neutralidade da rede, a liberdade de expressão e de comunicação e as práticas de censura privada na rede por provedores de aplicações de internet, a efetivação da jurisdição brasileira na questão do cumprimento de decisões judiciais em relação aos aplicativos de internet;

iv) a liberdade de negócios no ambiente da internet e as regulações estatais, principalmente diante de abusos legislativos;

v) a competência da Anatel para regular questões relacionadas aos serviços de conexão à internet e os demais serviços de valor adicionado à rede de telecomunicações (redes over-the-top - OTT);

vi) o regime constitucional da autorização dos serviços de aplicações de internet, bem como os limites à atividade legislativa, entre outras matérias constitucionais.

Em destaque, a interpretação constitucional do Marco Civil da Internet, em garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento,

efetiva, o que exige evidentemente canais diretos de comunicação entre Estado e sociedade”. Em destaque, a essencialidade de canais de comunicação entre os cidadãos e os poderes públicos.

432 Ver: ADI 5063, 5059 e 5642.

em seu art. 3º, inc. I. Também, na proteção legal aos direitos à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização por dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 7º, I), inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma de lei (art. 7º, inc. II), e inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial (art. 7º, III). Neste aspecto, a sintonia entre o Marco Civil da Internet de garantia do livre fluxo das comunicações, nos serviços de acesso à internet e aplicações de internet, com a proteção à inviolabilidade das comunicações privadas, e a Constituição Federal.

Para além da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, dos *leading cases* e das demais questões constitucionais aqui apresentadas, ainda algumas considerações, ínsitas ao Direito da Comunicação e à Democracia Comunicativa.

A democracia comunicativa está fundamentada em estruturas de comunicação a serviço dos cidadãos. Como pressuposto do ambiente democrático o livre fluxo das comunicações privadas. Na base da democracia moderna as liberdades comunicativas, protegidas pela Constituição Federal.

O livre fluxo das comunicações pode ser constituído por infinitas possibilidades: ideias, pensamentos, sentimentos, opiniões, vontades, ações, textos, imagens, sons, vídeos, informações, dados pessoais, etc. Enfim, o ambiente democrático admite a coexistência da pluralidade e da diversidade de conteúdos, infraestruturas de redes de comunicações e plataformas, serviços, etc.

A propósito, a metáfora do livre fluxo de ideias, associada tradicionalmente na jurisprudência sobre liberdade de expressão, trazidas do modelo norte-americano. A título de referência histórica, é interessante conhecer as ideias e os seu lugar de origem.

Aqui, breve referência à experiência norte-americana sobre a metáfora do *marketplace of ideas*, diante da relevância do tema da liberdade de expressão.

Afinal, historicamente, o estado foi um dos grandes adversários da liberdade de expressão. Por exemplo, os regimes autoritários responsáveis por práticas sistemáticas de censura estatal contra a liberdade de expressão, liberdade artística e a liberdade de imprensa.

Assim, a ideia originária do juiz da Suprema Corte dos EUA Oliver Holmes, que adotou a expressão *marketplace of ideas*. Tal expressão foi utilizada no contexto do julgamento do caso *Abrams x United States*, realizado em 1919. O caso refere-se ao cometimento de crimes de espionagem, mediante a distribuição de panfletos, com a condenação à pena de prisão de diversas pessoas. Um dos panfletos, assinados pelos denominados revolucionários, denunciava o encaminhamento de tropas norte-americanas para a Rússia. Outro, denunciava a guerra e os esforços para impedir a revolução na Rússia, advogava a cessação da produção de armamento para ser usado na guerra.

Na ocasião, em voto dissidente, Oliver Holmes da Suprema Corte dos EUA registrou:

“Perseguição da expressão de opiniões parece ser perfeitamente lógica. Se você não tem dúvida das suas premissas ou de seu poder e quer obter certo resultado com todo seu coração você naturalmente expressa seus desejos na lei e adormece diante toda oposição Mas quando os homens perceberem que o tempo apresenta várias lutas por crenças, eles podem acreditar e acreditar ainda mais que eles podem nos fundamentos de sua própria conduta que o bem pode ser melhor alcançado pelo livre comércio de ideias. O melhor teste para a verdade é o poder do pensamento ser aceito na competição do mercado, e a verdade é a única base segundo a qual os desejos podem ser seguramente alcançados”.⁴³³

Em destaque, a expressão livre comércio de ideias. A analogia feita entre as ideias e livre comércio.

⁴³³ Expressão *free market place of ideas*, originariamente utilizada pelo juiz Oliver Holmes da Suprema Corte dos EUA, no caso *Abraham x United States*.

A Suprema Corte norte-americana adotou a premissa fundamentada no mercado, para o âmbito da política do judiciário. O juiz Oliver Holmes concluiu seu voto no sentido da liberdade de expressão dos acusados, daí a razão para a absolvição dos mesmos. Mas, na visão majoritária da Suprema Corte houve a prática do crime de espionagem, caracterizado estava o requisito do *clear and present danger*, razão pela qual não havia a proteção à liberdade de expressão.

Também, outro juiz da Suprema Corte dos EUA Harry Blackmun, em idioma original para não se perder o sentido na tradução: “It is a matter of public interest that (private economic) decisions, in the aggregate, be intelligent and well informed. To this end, the free flow of commercial information is indispensable”. Nesta citação, fica clara a noção do livre fluxo da informação comercial.⁴³⁴

Na tradição norte-americana, há a aproximação entre o comércio e a comunicação, conforme mostram os autores Ronald K. Collins e David Skover.⁴³⁵ Ou, em outras palavras, entre a aproximação entre publicidade e o comércio, na economia capitalista.

Em termos de ideal democrático, o Estado Democrático de Direito, por seus Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, deve ser o aliado verdadeiro das liberdades de expressão e das liberdades comunicativas, com o dever de remoção dos obstáculos ao livre fluxo das comunicações, com a criação das infraestruturas de redes de comunicação necessárias ao desenvolvimento social e econômico do País, bem como práticas favoráveis ao livre comércio, aí incluído o setor digital.

Ora, a função promocional do Direito é pela proteção da liberdade de expressão e das liberdades comunicativas, inclusive diante de práticas de censura privada por corporações. Seu propósito é promover o livre fluxo das comunicações, na sociedade, dos mercados e estado. Tanto a Constituição quanto a legislação devem

434 Ver: *Virginia State Bd. of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, inc.* 425, US 748, 745, citado por Colling Ronald K. e Davi Skover, *Commerce & Communication*. *Texas Law Review*, volum 71, 1993.

435 Cf. *Commerce & Communication*. *Texas Law Review*, vol. 71, march 1993, p. 697-746.

promover a inclusão comunicativa, para criação de oportunidades de amplo acesso das cidadãos e dos consumidores às redes de comunicação, principalmente, aos serviços de acesso à internet, por banda larga, fixa ou móvel.

Parte-se, ainda, da premissa da fundamentalidade da comunicação diante das liberdades de expressão e informação.

A Constituição e a legislação protegem o âmbito normativo do fluxo das comunicações privadas. Daí a proteção às liberdades comunicativas em relação à escolha dos meios, serviços e provedores de comunicação, aos conteúdos comunicativos, bem como à forma e tempo da comunicação. Também, importante destacar a proteção ao âmbito das comunicações, no aspecto dos conteúdos personalíssimos, conteúdos econômicos, conteúdos sob sigilo profissional, principalmente na plataforma da internet.⁴³⁶

Nesse aspecto, a fundamentalidade da interpretação constitucional da legislação setorial dos serviços de comunicação, para a máxima efetividade das garantias às liberdades de comunicação. Até porque bane-se a censura prévia, bem como o silenciamento das comunicações privadas, mediante restrições legislativas, administrativas ou judiciais.

No ambiente da internet, há intensos fluxos de comunicações transnacionais, que transcendem as fronteiras dos países. Em certa perspectiva, há o comércio internacional, na forma do comércio eletrônico (e-commerce), e o deslocamento do capital, entre as instituições financeiras, no ambiente da economia global.

Em outra perspectiva, há o fluxo de bens culturais entre as pessoas, com a troca de produtos audiovisuais, em regime de compartilhamento de arquivos digitais, especialmente no contexto do entretenimento. Enfim, não há como o direito ignorar esta realidade, resultante das novas tecnologias de informação e de comunicação.

436 Exemplificando: os desafios para solucionar os conflitos entre as novas plataformas de negócios na internet (como Google e Youtube) e a questão sobre os direitos autorais.

E nesta linha de ideias, as funções das instituições em relação ao Direito da Comunicação: o Estado, o mercado e a sociedade.

Na perspectiva da sociedade, as pessoas naturais e jurídicas possuem direitos e expectativas em relação ao estado. Direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição que devem ser regulamentados em leis adequadas à proteção destes mesmos direitos. Assim, o núcleo essencial das liberdades comunicativas, que correspondem às liberdades de escolher os meios de comunicação, os serviços e provedores, os conteúdos e as formas e o tempo de comunicação, devem ser respeitados.

Também, o mercado, mediante os agentes econômicos, e suas associações empresariais, tem o relevante papel de ofertar e prover produtos e serviços de comunicação. O mercado é o principal provedor das infraestruturas de redes de comunicações, bens essenciais à oferta dos serviços de comunicação aos usuários. Daí a necessidade de imensos capitais privados para o financiamento dos projetos e obras de infraestruturas de redes de comunicação. A expectativa dos agentes econômicos é a segurança quanto à regulação setorial que formata o ambiente dos negócios. De todo modo, é importante que os governos respeitem as garantias do livre comércio, conforme os princípios gerais da atividade econômica, estabelecidos no art. 170, da Constituição Federal.

Em destaque, a garantia da liberdade de negócios na plataforma da internet, algo no âmbito normativo da livre iniciativa, previsto no Marco Civil da Internet. Eventuais restrições legislativas ao modelo de negócios da internet devem ter análise rigorosa quanto à sua constitucionalidade.⁴³⁷ Igualmente, eventuais abusos legislativos, dos governos ou de suas agências reguladoras contra a livre iniciativa devem ser impugnados perante o Poder Judiciário.

437 Exemplificando: o caso da regulação do aplicativo de transporte individual Uber.

O Estado tem o papel de regular e fiscalizar os agentes econômicos sob a regulação setorial, prevista na legislação, bem como de estimular a implantação das infraestruturas de redes de comunicações em todo o território nacional, para fins de universalização dos serviços de acesso aos serviços de comunicações.

Também, a tarefa do Estado é promover a ampliação das áreas de investimentos públicos e privados em infraestruturas de redes de comunicação, com a distribuição igualitária das redes em todo território nacional, para fins de universalização do acesso aos serviços de comunicação. A título exemplificativo, o debate provocado pela ADO 37 sobre a omissão administrativa da União e da Anatel em relação à aplicação dos recursos do FUST para a universalização dos serviços de telecomunicações. E, também, da necessidade da atualização da regulação setorial de telecomunicações, especificamente da Lei Geral de Telecomunicações (art. 64, §1º), para fins submissão dos serviços de telefonia móvel e os serviços de acesso à internet, sob o regime público. Daí a formulação de pedido que o Supremo Tribunal Federal determine à Presidência da Câmara dos Deputados, bem como do Senado Federal, conjuntamente com a Presidência da República, de atualização da Lei Geral de Telecomunicações.

Neste contexto, o Poder Legislativo detém a responsabilidade de propor leis setoriais sobre serviços de comunicações, dentro do quadro constitucional. Também, é da sua responsabilidade fiscalizar a execução das políticas públicas setoriais, firmadas pelo Poder Executivo.

O Poder Executivo tem a missão de estabelecer as políticas públicas do setor da comunicação. E, por suas agências reguladoras (Anatel e Ancine), tem a responsabilidade de editar regulamentações, bem como fiscalizar as prestadoras dos serviços de comunicações.

O Supremo Tribunal Federal, na condição de poder da República independente diante dos demais Poderes da República, detém a competência para interpretação final da Constituição Federal.

Assim, o Poder Judiciário tem a responsabilidade de julgar os conflitos em torno da interpretação da Constituição, as leis setoriais sobre os serviços de comunicações, bem como a legalidade da atuação das agências reguladoras, quando devidamente provocado pelas partes interessadas na solução do conflito. Por sua vez, a função do Poder Judiciário é reprimir abusos legislativos ou dos governos, garantindo o regime de direito fundamentais.

Por sua vez, não cabe ao Poder Judiciário criar riscos à segurança da regulação setorial dos serviços de comunicação, daí a sua vinculação ao princípio da estrita legalidade. Por outro lado, o Judiciário está autorizado a revisar os atos das agências reguladoras, para verificar a atuação conforme a legalidade. Não lhe compete apenas se limitar à deferência ao ato regulatório da agência reguladora de promover a interpretação da lei.

O Poder Judiciário, no exercício de sua capacidade de comunicar, mediante adequadas ações comunicativas, tem o relevante papel quanto à difusão dos direitos e deveres, presentes na Constituição e nas leis deste País. Ou seja, há a responsabilidade institucional quanto à comunicação legal e/ou judiciária. O Poder Judiciário pode contribuir com a democracia, na construção e alinhamento de significados comuns, em narrativas ao público. Daí a relevância da afirmação de políticas públicas de comunicação judicial, alinhada à difusão do Direito e dos direitos, para fins de conscientização dos cidadãos.⁴³⁸

A partir deste contexto, a criação da TV Justiça pelo Poder Judiciário representa importante canal de comunicação audiovisual da Justiça com a sociedade. Daí o relevante papel da TV Justiça em realizar a comunicação legal, isto é, comunicar

438 A título ilustrativo, a mudança legal no Estatuto da Criança e Adolescente no sentido do poder público promover a divulgação dos direitos das crianças e adolescentes perante os meios de comunicação social, algo que pode ser expandido pelo Poder Judiciário. Portanto, estes novos direitos legais devem ser devidamente efetivados pelo poder público.

direitos e deveres constitucionais e legais, com a promoção da educação e da cultura jurídica no País.⁴³⁹

Sobre a relação entre o Supremo Tribunal Federal, a imprensa e opinião pública algumas considerações. Faz parte do jogo democrático a tentativa de pressão social sobre a pauta de julgamentos do Supremo Tribunal Federal. Mas, de algum modo, é fundamental a preservação do Supremo Tribunal Federal como instituição protetora da Constituição. Deve-se, de alguma forma, preservar a independência do Poder Judiciário, bem como a imparcialidade nos julgamentos, garantindo-se o ambiente de julgamento com serenidade e a harmonia, para o exercício da função jurisdicional por cada ministro, cada qual se valendo de sua liberdade de consciência individual na preparação e apresentação de seu voto.

Caso contrário, há o sério risco de quebra dos pilares estruturantes do Estado Democrático de Direito, como a independência dos magistrados e a imparcialidade nos julgamentos e o devido processo legal. Se, por um lado, a incomunicação não é tolerável, por outro lado, o excesso de comunicação, também pode ser regulamentado. Há uma distância a ser respeitada entre a popularidade e o populismo.⁴⁴⁰

Daí porque pressões populares ou da imprensa sobre os julgamentos do Supremo Tribunal Federal fazem parte do jogo democrático. O ambiente da democracia comunicativa implica em ouvir as vozes e ver os pontos de vista da maioria, mas, também, das minorias. É da regra democrática a inclusão da voz da maioria e das minorias. Não é compatível com o ambiente democrático o silenciamento de vozes

439 Diferentemente da comunicação comercial, pautada pelo despertar das emoções (emoções comunicativas), a comunicação judicial (ou da Justiça), na forma da TV Justiça, há de adequar o ritmo e o tom de sua programação conforme as singularidades e as necessidades informativas, educativas e culturais de sua respectiva audiência. As razões comunicativas, baseadas nos diálogos, devem prevalecer no âmbito da comunicação social, a ser desempenhada pelo Poder Judiciário.

440 Sobre o tema do populismo, a opinião pública e a prudência judicial, no âmbito dos EUA, ver: Sunstein, Cass. *A constitution of many minds*, 2009, Princeton University Press, p. 166-184.

na esfera pública. Daí o dever estatal de promover a igualdade de oportunidades comunicativas. Por sua vez, no dizer do Min. Barroso: “O Judiciário não pode se tornar mais um canal da política majoritária, subserviente à opinião pública ou pautado pela mídia”.⁴⁴¹

As lições de José Joaquim Canotilho e Jonatas Machado são ilustrativas a respeito das liberdades comunicativas. Segundo os autores, a liberdade de expressão em sentido amplo é espécie de direito multifuncional que se desdobra em direitos comunicativos fundamentais, a saber: liberdade de expressão em sentido estrito, de informação, de criação artística, informação jornalística, liberdade de imprensa, radiodifusão, programação, comunicação individual, telecomunicação e comunicação em rede.⁴⁴²

O Direito da Comunicação é universo amplíssimo que pode abranger diversas espécies de comunicação, a saber: comunicação social⁴⁴³, comunicação pessoal⁴⁴⁴, comunicação privada⁴⁴⁵, comunicação audiovisual de acesso condicionado⁴⁴⁶, comunicação jornalística⁴⁴⁷, comunicação comercial⁴⁴⁸, comunicação publicitária, comunicação de dados⁴⁴⁹, comunicação política, telecomunicação⁴⁵⁰, comunicação

441 Matos. Miguel, Migalhas de Luís Roberto Barroso, 1^a ed. São Paulo: Migalhas, 2016, 482.

442 Ver: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. E Machado, Jónatas e. M. Constituição e Código Civil Brasileiro: âmbito de proteção de biografias não autorizadas. Curitiba: Editora Juruá, p. 129.

443 CF, arts. 220 a 224.

444 Fundamento, art. 5, inc. IX, CF.

445 Ver Marco Civil da Internet.

446 Neste aspecto, cumpre lembrar que a Lei da TV por assinatura refere-se à expressão comunicação audiovisual de acesso condicionado. Daí a incorporação pelo legislador de novo conceito no âmbito regulatório das comunicações.

447 Fundamento, art. 220, §1º, CF.

448 Publicidade comercial.

449 CF, art. 5, inc. XII.

450 CF, art. 21, XI.

audiovisual de acesso condicionado⁴⁵¹, comunicação política⁴⁵², comunicação legal⁴⁵³, comunicação postal⁴⁵⁴, comunicação científica, comunicação pública⁴⁵⁵, comunicação estatal, comunicação institucional, comunicação educacional, comunicação cultural, comunicação tecnológica, comunicação religiosa⁴⁵⁶ e (ou) comunicação espiritual.⁴⁵⁷

Vale dizer, é relevante a percepção sobre o sentido e o alcance do termo comunicação, para fins de aplicação da Constituição e da legislação setorial.

Como já referido, o propósito deste livro é apresentar casos concretos do exercício da jurisdição constitucional, em temas relacionados aos setores de internet, telecomunicações, TV e rádio por radiodifusão do setor comercial e do setor público, TV por assinatura e imprensa, geralmente no âmbito de ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs), bem como da análise da compatibilidade de atos do poder público diante da Constituição, principalmente, em arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e temas com repercussão geral da questão constitucional trazida no recurso extraordinário.

Acredita-se, assim, no valor do conhecimento do ambiente regulatório dos serviços de comunicações, definido na Constituição Federal e na legislação, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre Direito da Comunicação. Mostra-se a aplicação concreta da Constituição da Comunicação, no âmbito da Comunicação Social e da comunicação pessoal.⁴⁵⁸

451 Ver Lei da TV por assinatura (Lei n. 12.485/2011).

452 Direito de antena dos partidos políticos, art. 17, §3º.

453 TV Justiça.

454 CF, art. 5, inc. X.

455 CF, art. 223.

456 CF, art. 5º, inc. VI.

457 CF, art. 5º, inc. VI.

458 Sobre o tema, consultar: SCORSIM, Ericson M. Direito da Comunicação. Regime Jurídico dos Serviços de Telecomunicações, Internet, TV por radiodifusão e TV por assinatura. Curitiba: edição do autor, 2016. Disponível na Amazon.

Como palavra final a citação do pensamento de Lon Fuller a respeito da comunicação humana, em tradução livre do idioma inglês:

“Se nós fossemos forçados a selecionar o princípio que suporta e inspira todas as aspirações humanas nós poderíamos encontrar no propósito de manter a comunicação com as outras pessoas ... Em primeiro lugar ... o homem tem sido capaz de sobreviver até agora por causa de sua capacidade de comunicação. No futuro, o sucesso da sobrevivência do homem depende de seus poderes de auto-destruição, se isto acontecer porque ele podem comunicar e alcançar a compreensão com as outras pessoas. Comunicação é algo mais que o sentido de estar vivo. É um modo de ser vivo. Através da comunicação que nós herdamos as conquistas com uns e outros e podemos expandir ou negociar as fronteiras da vida em si mesmo. Nas palavras de Wittgenstein, “Os limites do minha linguagem são os limites do meu mundo. Se nós fossemos questionados, então, para identificar o princípio central, o qual poderia ser denominado lei natural e substancial ... Eu encontraria isto na afirmação: A abertura, preservação e a integridade dos canais de comunicação, através dos quais os homens convencionam uns aos outros o que eles percebem, sentem e desejam”.⁴⁵⁹

Em síntese, a ação comunicativa, baseada no diálogo, é essencial à convivência democrática, no respeito às diferenças, com fundamento nas semelhanças da igual humanidade, ancorado no princípio da dignidade humana.

459 Fuller, Lon. *The morality of Law* (revised ed. New Haven: Yale University Press, 1964, citado por Kohl, Uta. *Jurisdiction and the Internet. regulatory competence over online activity*. New York, Cambridge University Press, 2007, p. 290.

Anexos

ANEXO I - TEMAS DE REPERCUSSÃO GERAL

TEMA 17 - Possibilidade de cobrança de ligações sem discriminação dos pulsos além da franquia; Justiça competente para dirimir controvérsias acerca da possibilidade de cobrança de ligações sem discriminação dos pulsos além da franquia.

TEMA 35 - Tarifa básica de assinatura do serviço de telefonia fixa. Competência para processar e julgar ação em que se discute a legalidade da cobrança da tarifa básica de assinatura do serviço de telefonia fixa.

TEMA 208 - Competência jurisdicional para processar e julgar ação de reparação de danos causados por crítica veiculada pela internet.

TEMA 301 - Cobrança de ICMS sobre serviço de habilitação de celular.

TEMA 533 - Dever de empresa hospedeira de sítio na internet fiscalizar o conteúdo publicado e de retirá-lo do ar quando considerado ofensivo, sem intervenção do Judiciário.

TEMA 545 - Extensão da estabilidade excepcional do art. 19 do ADCT a empregados de fundação privada.

TEMA 745 - Alcance do art. 155, §2, III, da Constituição Federal, que prevê a aplicação do princípio da seletividade ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS.

TEMA 786 - Aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares.

TEMA 827 - Incidência de ICMS sobre o valor pago a título de assinatura básica mensal pelo serviço de telefonia

TEMA 919 - Competência tributária municipal para a instituição de taxas de fiscalização em atividades inerentes ao setor de telecomunicações, cuja competência legislativa e para a exploração é exclusiva da União.

ANEXO II - TEMAS PENDENTES DE JULGAMENTO FINAL

Até o momento da conclusão deste livro, existem ainda alguns temas pendentes de julgamento de mérito no Supremo Tribunal Federal:

Propriedade de rádios e TVs por deputados e senadores (ADPF 246);

Lei do direito de resposta (ADI 5418/DF e ADI 5415/DF);

Lei da comunicação audiovisual de acesso condicionado (ADIs 4679, 4747, 4756 e 4923), radiodifusão pública (ADI 3994/DF);

Lei municipal sobre rádios comunitárias (ADPF 335/MG);

Lei de Santa Catarina com proibição de publicidade de medicamentos nos meios de comunicação social (ADI 5424/SC e ADI 5432/SC);

Direito à imagem e honra diante de programas veiculados pela televisão (Repercussão Geral no ARE 833248/RJ). TEMA 786.

Direitos de personalidade diante das redes sociais (Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo n. 660861/MG). TEMA 533.

Bloqueio judicial do WhatsApp (ADPF 403, ADI 5527 e ADPF 421), bem como a ofensa ao direito de comunicação.

Sobre a constitucionalidade da criação da EBC (ADI 3994), na forma da Medida Provisória, depois convertida na Lei n. 11.652/2008, modificada na forma da Lei n. 13.417/2017.

Sobre a constitucionalidade do direito ao esquecimento no âmbito da internet (ARE 953216/ES) – TEMA 786 - Repercussão Geral.

ANEXO III - PRINCIPAIS ARTIGOS DA CONSTITUIÇÃO NAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Capítulo Constitucional - Direitos e garantias fundamentais dos direitos e deveres individuais e coletivos

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

(...)

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

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

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

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(...)

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

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

(...)

XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;

XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

(...)

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

(...)

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

(...)

Capítulo V - Dos partidos políticos

Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

(...)

§ 3º Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.

Capítulo constitucional das competências federativas

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;

(...)

XXIX - propaganda comercial.

Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)

(...)

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Dos deputados e dos senadores

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

(....)

XII – Apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissora de televisão”.

(...)

Art. 54. Os Deputados e Senadores não poderão:

I - desde a expedição do diploma:

a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes;

b) aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado, inclusive os de que sejam demissíveis “ad nutum”, nas entidades constantes da alínea anterior;

II - desde a posse:

a) ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada;

b) ocupar cargo ou função de que sejam demissíveis “ad nutum”, nas entidades referidas no inciso I, “a”;

c) patrocinar causa em que seja interessada qualquer das entidades a que se refere o inciso I, “a”;

d) ser titulares de mais de um cargo ou mandato público eletivo.

Título VII - Da ordem econômica e financeira

Capítulo I - Dos princípios gerais da atividade econômica

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

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Capítulo constitucional da comunicação social

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

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

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

§ 3º Compete à lei federal:

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

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

§ 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

§ 5º Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

§ 6º A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.

Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;

II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;

III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;

IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Art. 222. A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 36, de 2002)

§ 1º Em qualquer caso, pelo menos setenta por cento do capital total e do capital votante das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens deverá pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, que exercerão obrigatoriamente a gestão das atividades e estabelecerão o conteúdo da programação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 36, de 2002)

§ 2º A responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, em qualquer meio de comunicação social. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 36, de 2002)

§ 3º Os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 36, de 2002)

§ 4º Lei disciplinará a participação de capital estrangeiro nas empresas de que trata o § 1º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 36, de 2002)

§ 5º As alterações de controle societário das empresas de que trata o § 1º serão comunicadas ao Congresso Nacional. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 36, de 2002)

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.

Art. 224. Para os efeitos do disposto neste capítulo, o Congresso Nacional instituirá, como seu órgão auxiliar, o Conselho de Comunicação Social, na forma da lei.

ANEXO IV - PRINCIPAIS LEIS SETORIAIS DO DIREITO DA COMUNICAÇÃO COM IMPUGNAÇÃO DE SUA CONSTITUCIONALIDADE

LEI DA IMPRENSA – Lei n. 5.250/1967 – ADPF 130/DF

LEI DAS TVS E RÁDIOS COMERCIAIS - Lei n. 4.117/1962 – ADI 561/DF

LEI DAS RÁDIOS COMUNITÁRIAS – Lei n. 9.612/1998 - ADI 2566/DF

LEI DOS SERVIÇOS DE RADIODIFUSÃO PÚBLICA – Lei n. 11.652/2008 – ADI 3994/DF

LEI DA TV POR ASSINATURA Lei n. 12.485/2011 – ADIS 4679/DF, 4747/DF, 4756/DF e 4923/DF

LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES - Lei n. 9.472/1997 – ADI 1668/DF

MARCO CIVIL DA INTERNET – Lei n. 12.965/2014 – ADPF 403 e ADI 5527

ANEXO V - TRATADOS INTERNACIONAIS CITADOS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica),

Convenção Interamericana de Direitos Humanos (art. 13), aprovado na forma do Decreto de 6.11.1992.

Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU (art. 19).

Convenção Europeia de Direitos Humanos (art. 10).

Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (art. 6º), aprovado na forma do Decreto 6.177/2007.

Bibliografia

EUA, FCC (Federal Communications Commission). In The Matter of Protecting and Promoting the Open Internet, Report and Order on Remand, Declaratory Ruling and Order, Adopted, february, 2015.

BECK, Ulrich. Sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2001.

BENKLER, Yoachai. The wealth of networks, how social production transforms markets and freedom. Yale University Press and New Haven and London, 2006.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MACHADO, Jonatas. Constituição e Código civil brasileiro: âmbito de proteção de biografias não autorizadas. In: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira e SANTOS, Márcio Gil Tostes dos. Constituição Brasileira de 1988. Reflexões em comemoração ao seu 25º aniversário. Curitiba: Juruá, 2014.

CARDOZO, Benjamim. Law and literature, em Law and Literature and other essays and addres. Nova York: Harcourt, Brace, 1931.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede, vol. I. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CASTELLS, Manuel. O poder da comunicação. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Soluções práticas de Direito, vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Governo democrático e jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 206.

CLÈVE, Clèmerson Merlin e SCORSIM, Ericson M. Concessão de serviço de televisão por radiodifusão, liberdade de expressão e produção de conteúdos por terceiros ou em regime de co-produção. RBDP. Revista de Direito Público. Ano 13, n. 50, jul./set./15. Belo Horizonte: Editora Forum, 2015.

DALLARI, Adilson Abreu. Contrato Regido por Cláusulas Uniformes. Revista de Direito Administrativo. 192. Abr./Jun. 1993. p. 89-90:

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Direito, retórica e comunicação. São Paulo: Saraiva, 1997.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Estudos de filosofia do direito. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FISS, Owen. A Ironia da liberdade de expressão - estado, regulação e diversidade na esfera pública. Renovar, 2005.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira e SANTOS, Márcio Gil Tostes dos. Constituição Brasileira de 1988. Reflexões em comemoração ao seu 25 aniversário. Curitiba, Juruá, 2014.

GRAU, Eros Roberto e FORGIONI, Paula. O Estado, a Empresa e o Contrato. São Paulo: Malheiros, 2005.

Kohl, Uta. Jurisdiction and the Internet. regulatory competence over online activity. New York: Cambridge University Press, 2007

HABERMAS, Jurgen. Direito e Democracia. Entre facticidade e validade, vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jurgen. Teoria do agir comunicativo, vols. I e II. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

INNIS. Harold A. O viés da comunicação. São Paulo: Editora Vozes, 2008.

JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. Estudos de filosofia do direito. 2. São Paulo: Atlas.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. As liberdades de expressão e de imprensa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET; Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LUHMANN, Niklas. A realidade dos meios de comunicação. São Paulo: Paulus, 2005.

MACHADO, Jónatas. Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MACHADO, Jónatas E. M., Brito, Iolanda Rodrigues de. Curso de Direito da Comunicação Social. Lisboa: Wolters Kluwer Portugal, 2013.

MARTINS, Angela Vida da Silva. A moralidade do direito como condição de liberdade em Fon Fuller. Porto Alegre: Lex Magister, 2013.

Matos. Miguel, Migalhas de Luís Roberto Barroso, 1ª ed. São Paulo: Migalhas, 2016.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

MENDES, Gilmar. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional. 4 ed., rev. e amp. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 33ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

MORIN. Edgar. Ciência com consciência. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014.

RIEM-HOFFMANN, Wolfgang. Libertad de comunicación y de medios. In:

BENDA, Ernst; MAIHOFFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang. Manual de Derecho Constitucional. Madrid: Marcial Pons, 1996.

SCHIER, Paulo. Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999.

SCORSIM, Ericson M. Direito à informação e serviços de televisão. In Direito constitucional brasileiro. In: Coord. CLÈVE, Clèmerson Merlin. São Paulo: Thomson Reuters, 2014.

SCORSIM, Ericson M. Comunicação social e democracia: regime jurídicos dos serviços de televisão aberta. In: Direito constitucional brasileiro, vol. 3. Coord. CLÈVE, Clèmerson Merlin. São Paulo: Thomson Reuters, Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SCORSIM, Ericson M. Direito da Comunicação. Regime Jurídico dos Serviços de Telecomunicações, Internet, TV por radiodifusão e TV por assinatura. Curitiba: edição do autor, 2016.

SCORSIM, Ericson M. TV Digital e Comunicação Social: aspectos regulatórios - TVs pública, estatal e privada. Editora Fórum, 2008.

SCORSIM, Ericson M. Regime jurídico dos serviços de TV a cabo. Dissertação de Mestrado. UFPR, 2002, obra não publicada.

WOLTON, Dominique. Pensar a comunicação. Brasília: UnB, 2004.