



DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO
Edição nº 176/2013 - São Paulo, segunda-feira, 23 de setembro de 2013

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

PUBLICAÇÕES JUDICIAIS I – TRF

Subsecretaria da 3ª Turma

Expediente Processual 24615/2013

CAUTELAR INOMINADA Nº 0020426-57.2013.4.03.0000/SP

2013.03.00.020426-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
REQUERENTE : SKY BRASIL SERVICOS LTDA
ADVOGADO : PEDRO DA SILVA DINAMARCO e outro
REQUERIDO : Agencia Nacional de Cinema ANCINE
ADVOGADO : RODRIGO PEREIRA CHECA
No. ORIG. : 00143984320124036100 11 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de medida cautelar originária, com pedido de liminar, requerida com o objetivo de afastar, em relação à requerente, a aplicação dos incisos V e VI do artigo 28 da IN ANCINE 100/2012, enquanto pendente de julgamento o recurso de apelação contra sentença de improcedência da ação principal.

Alegou, em suma, que: (1) tem por atividade distribuir e comercializar canais de programação audiovisual a assinantes, através de pacotes ou de forma avulsa; (2) o artigo 18 da Lei 12.485/2011 determinou que *"nos pacotes em que houver canal de programação gerado por programadora brasileira que possua majoritariamente conteúdos jornalísticos no horário nobre, deverá ser ofertado pelo menos um canal adicional de programação com as mesmas características no mesmo pacote ou na modalidade avulsa de programação"*; (3) para regulamentar o dispositivo, a ANCINE editou a IN 100/2012, determinando, no artigo 28, V e VI, obrigação da empacotadora de canais de *"garantir, nos pacotes em que houver canal jornalístico brasileiro, que seja ofertado pelo menos mais um canal de programação com as mesmas características no mesmo pacote"* e *"garantir que, quando um canal jornalístico brasileiro for ofertado para ser adquirido como canal avulso de programação, seja ofertado ao menos mais um canal avulso de programação com as mesmas características"*; (4) contudo, a IN da ANCINE extrapolou o Poder Regulamentar, ao ir além do que dispõe o artigo 18 da Lei 12.485/2011, (a) retirando das empacotadoras de canais opção de, quanto a obrigação decorrente do canal jornalístico **em pacote de canais**, ofertar o canal adicional na modalidade *"avulsa"* de programação; (b) criando obrigação de ofertar um canal jornalístico brasileiro adicional avulso quando houver oferta de outro com as mesmas características (**modalidade avulsa**); (5) o objetivo da Lei é **"ofertar"** um segundo canal de programação nacional com conteúdo jornalístico aos assinantes, seja em pacote, seja avulso, não tendo por finalidade tornar compulsória a aquisição desse segundo canal ao consumidor, tanto que previu possibilidade de oferecimento de forma avulsa; (6) no entanto, a regulamentação da ANCINE eliminou alternativa de compra avulsa, e sob demanda, pelo assinante do canal de conteúdo jornalístico, tornando compulsória sua aquisição pela previsão de inclusão apenas no mesmo pacote de programação (inciso V); (7) a IN criou, ainda, nova obrigação não prevista em Lei, para ofertar mais um canal avulso com as mesmas características quando houver oferta de canal jornalístico brasileiro na modalidade avulsa (inciso VI); (8) os atos de regulamentação não podem criar, extinguir ou restringir direito, de acordo com o princípio da legalidade, previsto no artigo 5º, II, da CF/88; (9) a impositiva aquisição de um canal prevista na IN, através de sua inserção compulsória em pacote de canais, sem permitir sua oferta na forma avulsa ao assinante, ofende direitos do consumidor ao obrigá-lo, ao final, a custear tal canal extra, ofendendo, ainda, a liberdade contratual; (10) o artigo 32 da Lei 12.485/2011 já prevê canais de distribuição gratuita, não abrangendo a hipótese do artigo 28, V e VI da IN ANCINE 100/2012; (11) assim, ajuizou a ação ordinária 0014398-43.2012.403.6100 para que *"sejam declarados ilegais e inválidos os incisos V e VI do art. 28 da instrução normativa n. 100 da ANCINE, em razão de seu manifesto choque com o art. 18 da lei n. 12.485, de 12 de setembro de 2011, liberando-se a autora do cumprimento das suas disposições para (a) preservar a alternativa de acesso ao segundo canal jornalístico brasileiro em sede de 'modalidade avulsa de programação' (art. 18, caput, da lei n. 12.485, de 12.9.2011) e (b) manter a exigência de oferta de canal jornalístico brasileiro adicional circunscrita aos pacotes"*; (12) a antecipação de tutela foi indeferida, porém, concedida em sede de agravo de instrumento, sobrevindo sentença julgando improcedente a demanda ordinária, ratificando o indeferimento da medida liminar, e desconsiderando o que decidido no AI 0025314-06.2012.4.03.0000, sob fundamento de que *"o canal jornalístico adicional referido no art. 18 da lei n. 12.485/2011 seria de fornecimento compulsório e gratuito pela Sky"*; (13) com o julgamento em primeiro grau, a decisão que antecipou a tutela recursal no AI, afastando as exigências dos incisos V e VI do artigo 28 da IN 100/2012, perdeu eficácia, determinando à autora que *"ou ela leva adiante uma operação complexa e custosa para se adequar a exigências ilegais ou pode ser alvo de pesadas multas e até perder o credenciamento para o desenvolvimento de suas atividades"*; (14) a autora interpôs recurso de apelação, sendo plausível o pedido de reforma da sentença, pois a Lei 12.485/2011 apenas assegura oferta onerosa de canal jornalístico adicional, e não a imposição de canal sobressalente gratuito; (15) a oferta onerosa do canal não ofende direitos do consumidor, pois viabiliza o acesso ao conteúdo, caso queira, através de contraprestação, sendo que as hipóteses de gratuidade de canais estão expressamente dispostas no artigo 32 da

Lei 12.485/2011, o que não é o caso; e (16) a IN ANCINE 100/2012 foi além do que prevê o artigo 18 da Lei 12.485/2011, "retirando uma legítima opção de empacotadoras de canais de programação como a Sky, qual seja, a de oferecer determinado canal de programação de forma avulsa, e [...] estabelecendo para os canais à la carte uma obrigação que a lei circunscreve aos pacotes".

DECIDO.

Com efeito, consta da sentença de improcedência (f. 249/57):

"[...]

Encontram-se presentes as condições da ação, bem como os pressupostos processuais. Não há preliminares a serem dirimidas.

Verifico que após a decisão que apreciou o pedido de tutela, não foram trazidos aos autos elementos significativos que pudessem conduzir à modificação do entendimento então perfilhado, razão pela qual os termos gerais daquela decisão serão aqui reproduzidos.

A questão cinge-se a saber se existe incompatibilidade vertical lógica entre a Lei n. 12.485/11 e os incisos de n. V e VI do artigo 28 da Instrução Normativa de n. 100 da ANCINE.

O artigo 18 da Lei n. 12.485/11 prescreve:

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

De outra parte, a fim de implementar executoriedade à lei, foi editada a Instrução Normativa de n. 100, sendo que, no artigo 28 foi delineado:

'Art. 28. São obrigações da empacotadora:

[...]

V - garantir, nos pacotes em que houver canal jornalístico brasileiro, que seja ofertado pelo menos mais um canal de programação com as mesmas características no mesmo pacote;

VI - garantir que, quando um canal jornalístico brasileiro for ofertado para ser adquirido como canal avulso de programação, seja ofertado ao menos mais um canal avulso de programação com as mesmas características'. (sem negritos e grifos no original).

A autora sustenta que a Instrução Normativa, em contrariedade ao comando legal, extrapolou o balizamento legal, eis que para atender ao disposto na lei n. 12.485 "[...] ela poderia tanto incluir o canal jornalístico Y naquele pacote quanto disponibilizar esse canal Y para aquisição à la carte, a fim de que o assinante disse (sic) se quer ou não acessá-lo e, consequentemente, se quer ou não pagar por isso. Já para cumprir o disposto na instrução normativa n. 100, só há uma possibilidade: inserir o canal jornalístico Y compulsoriamente no pacote de canais, independentemente do assinante querê-lo e desejar pagar por isso" (fls. 10).

A leitura e análise dos dispositivos fazem concluir que a literalidade do artigo 18, da Lei n. 12.485/11, é bastante em si para demonstrar que deve ser ofertado um canal adicional de programação no mesmo pacote ou na modalidade avulsa, possibilitando, com isso, a pluralidade de informações jornalísticas. De qualquer forma, a disjuntiva "ou", não pode ser destacada do conteúdo semântico do artigo, cuja dicção tem por desiderato oferecer mais um canal de cunho jornalístico. E só.

E mais: a expressão "ou" está coligada com a modalidade de OFERTA. Não se trata de prerrogativa concedida à empacotadora (autora) de: (a) inserir desde logo o segundo canal com conteúdo jornalístico no pacote; ou (b) disponibilizar esse segundo canal para compra avulsa (canal à la carte)".

A lei garantiu ao consumidor um canal sobressalente. E, por obviedade ululante, não visou a favorecer ou incrementar a lucratividade daquelas que lidam com atividade privada de geração de conteúdo. Ao contrário, pretende favorecer os destinatários da comunicação, os quais devem ter acesso a outro canal com as mesmas características.

Independentemente da opção do consumidor, lhe será oportunizado o direito de receber um canal adicional que, como visto, vem à reboque. Trata-se, exemplificativamente, de uma "venda casada", mas cuja aquisição de outro canal lhe será ofertado gratuitamente, sem qualquer majoração do valor da aquisição do serviço prestado.

Além disso, se hoje o consumidor pretende adquirir determinado canal, o faz mediante manifestação sua vontade. Para isso não necessita de norma autorizativa para realizar esta compra, máxime quando não existe impedimento legal. Agora, qual seria a lógica da editar uma lei que, ao desiderato de insuflar acesso à pluralidade de informações, o faz à custa de onerosidade do próprio consumidor?

Evidente que se a lei veio à baila com o escopo de oferecer garantia de informações hauridas de fontes variadas, conclui-se que esse é o âmbito ou núcleo de proteção normativa, obstando, pois, onerosidade a ser imposta ao assinante, já que provavelmente lhe seria carregado adicional pecuniário com argumento singelo de que, como a lei impõe acesso mínimo de dois canais jornalístico, o consumidor deveria adquirir, à la carte, mais um canal.

Consequentemente, a interpretação da autora, segundo a qual a instrução vedou a alternativa de compra avulsa e sob a escolha do assinante garantida pelo artigo 18, da Lei n. 12.485/11, não a socorre, sob pena de transformar essa oferta gratuita, a qual é determinada pela própria lei, em oferta casada onerosa criada pela própria norma.

E, nessa hipótese, haveria, pelo conduto da lei, arremedo de incentivo ao acesso de informações de fontes distintas, em clara dissonância axiológica com o próprio texto constitucional, que, no caso, seria o artigo 220, da Constituição Federal. Noutro plano de análise, não seria despropositado excogitar, a aplicação da teoria do diálogo das fontes jurídicas, idealizada pelo jurista alemão Erik Jayme, segundo a qual o interprete deve levar em consideração todas as regras atinentes com o direito que está em consideração ou em debate, pois "[...] No lugar de conflito de leis, a visualização da possibilidade de coordenação sistemática destas fontes: o diálogo das fontes. Uma coordenação flexível e útil (efet utile) das normas em conflito no sistema, a fim de restabelecer sua coerência. Muda-se, assim, o paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico ou do monólogo de uma só norma, (à - sic - comunicar a solução justa), à convivência destas normas, ao diálogo das normas para alcançar a sua ratio, a finalidade visada ou narrada em ambas. Este atual e necessário diálogo das fontes, permite e leva à aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes, com finalidade de proteção efetiva".

Em conclusão, acolher a tese da demandante poderia, quiça, contrariar até mesmo o próprio Código de Defesa do Consumidor, nos termos do artigo 4º, na medida em que, sob o argumento de que um canal jornalístico deve ser oferecido à la carte, para efeito de cumprimento da Lei n. 12.485/11, aumentaria o valor mensal do tomador de serviço.

Rememoro, ainda, que "[...] em matéria de interpretação, há um consenso de que nem todo texto comporta todas as interpretações. Há interpretações absolutamente inadmissíveis, as chamadas superinterpretações, isto é, quando se está diante de um texto ao qual se atribui uma interpretação absolutamente incompatível com a pré-compreensão e a compreensão do texto, dizem os semiólogos, estamos num caso de superinterpretação que se define como a impossibilidade de uma interpretação entre todas as demais possíveis. Há, portanto, em todos os textos, uma chamada resistência

semântica, além da qual intervém o arbítrio [...].

A despeito da interpretação dada pela autora, até porque como disse Padre Antonio Vieira, "[...] nos dá bastantes cabelos a ocasião, se soubermos tecer a tranças", tem-se que a literalidade da Lei n. 12.485/11 (resistência semântica de cunho valorativo) não exige esforço exegético para chegar-se à conclusão oposta a tese esposada pela autora. Se prevalecesse a dicção interpretativa da autora, haveria inversão da própria finalidade da lei, pois o consumidor seria impelido a adquirir novo canal e que, por evidência quantitativa, aumentaria a lucratividade das operadoras em detrimento do próprio consumidor. Esse é o sentido teleológico da lei e não o oposto, como está a pretender o demandante.

A "resistência semântica" impede outras interpretações, as quais se antagonizam com a própria pretensão da norma, a qual visa a oferecer ao consumidor pluralidade de informações obtidas de fontes diferenciadas. Em síntese, a despeito de a inicial ter sido moldada com inteligência, a leitura atenta aos artigos a fez derruir em face das premissas acima referidas. Em síntese, o conteúdo da Lei n. 12.485/11 e dos incisos de n. V e VI do artigo 28 da Instrução Normativa de n. 100 da ANCINE é o mesmo: a empacotadora deve oferecer pelo menos mais um canal; esta oferta pode se dar no próprio pacote ou na modalidade avulsa (à la carte); tanto em um caso, como no outro, esta oferta deve ser gratuita. Em palavras simples: pague 1 e leve 2.

[...]

Decisão

Diante do exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido."

Cabe destacar que a plausibilidade jurídica, para fins de liminar em ação cautelar, tem relação com o que discutido na apelação interposta, situando-se na probabilidade de reforma da sentença pela Turma, no julgamento da apelação. A finalidade da ação cautelar é garantir a eficácia da tutela jurisdicional, impedindo que a pretensão, de ambas as partes, pereça pelo decurso do tempo.

Neste sentido, o precedente do Superior Tribunal de Justiça:

RESP 1164516, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJU de 22/02/2010, p. 896: "PROCESSO CIVIL - AÇÃO CAUTELAR - SUCUMBÊNCIA - HONORÁRIOS DE ADVOGADO - VALOR EXCESSIVO - REVISÃO - EXCEPCIONALIDADE. 1. São devidos honorários de advogado em ação cautelar, processo autônomo que tem por finalidade acautelar a manutenção de estado fático ou interesse jurídico controvertido em processo de conhecimento ou em satisfação em processo de execução ou cumprimento de sentença, quando há sucumbência da requerente pela improcedência da ação principal. [...]"

Sob tal aspecto, relevante transcrever decisão proferida por esta relatoria no AI 0025314-06.2012.4.03.0000, interposto pela ora requerente contra a negativa de antecipação de tutela na ação principal (AO 0014398-43.2012.403.6100):

"[...]

Cabe destacar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça encontra-se consolidada, firme no sentido de que o poder regulamentar encontra limites na norma hierarquicamente superior, vedada, na atualidade, a edição de 'regulamentos autônomos'.

Neste sentido, os precedentes:

RESP 778338, Rel. Min. LUIZ FUX, DJU de 12/03/2007, p. 204: 'ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO A DECRETO NÃO CONFIGURADA. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA VETERINÁRIA. EXAME NACIONAL DE CERTIFICAÇÃO PROFISSIONAL. DESCABIMENTO. ACÓRDÃO CALCADO NO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.[...]3. A imposição do registro não pode ser inaugurada por Resolução, haja vista que o ato administrativo de caráter normativo subordina-se ao ordenamento jurídico hierarquicamente superior, in casu, à lei e à Constituição Federal, não sendo admissível que o poder regulamentar extrapole seus limites, ensejando a edição dos chamados "regulamentos autônomos", vedados em nosso ordenamento jurídico (Precedente: AgRg no REsp 844830/DF, Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ 02.10.2006)[...]'

RESP 751398, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJU de 05/10/2006, p. 251: 'PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS. EXECUÇÃO DO SERVIÇO SEM AUTORIZAÇÃO. FISCALIZAÇÃO. COMPETÊNCIA. POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL. AUTUAÇÃO. APREENSÃO DO VEÍCULO (ÔNIBUS) E LIBERAÇÃO CONDICIONADA AO PAGAMENTO DA MULTA E DESPESAS DE TRANSBORDO (DECRETO 2.521/98, ART. 85). ILEGALIDADE. LEIS 8.987/95 E 10.233/2001. PODER REGULAMENTAR. LIMITES. DOUTRINA. PRECEDENTE. DESPROVIMENTO.[...]2. No regime constitucional vigente, o Poder Executivo não pode editar regulamentos autônomos ou independentes - atos destinados a prover situações não-predefinidas na lei -, mas, tão-somente, os regulamentos de execução, destinados a explicitar o modo de execução da lei regulamentada (CF/88, art. 84, IV).[...] 4. O art. 85 do Decreto 2.521/98 criou penalidade (apreensão) e impôs obrigação (pagamento imediato da multa e despesas de transbordo como condição para liberação do veículo) não-previstas em lei, violando os princípios da separação de poderes e da legalidade, bem como o postulado segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (CF/88, arts. 2º, 5º, II, e 37, caput).[...]'

RESP 508016, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJU de 09/10/2006, p. 275: 'PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 458, II, E 535, II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. MANUTENÇÃO DE PISCINAS. CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA. DESNECESSIDADE DE CONTRATAÇÃO DE PROFISSIONAL HABILITADO. PRECEDENTES. [...]3. O Decreto n. 85.877/81, ao regulamentar a Lei n. 2.800/56, extrapolou sua função regulamentadora, pois impôs a obrigação de contratação de químico para situação não prevista em lei.[...]'

RESP 603634, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJU de 07/06/2004, p. 169: 'RECURSO ESPECIAL. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. EXIGÊNCIA DE FARMACÊUTICO EM DISPENSÁRIO MÉDICO DE HOSPITAL. ILEGALIDADE. IMPOSIÇÃO DE MULTA. DESCABIMENTO. LEI 5.991/73, ART. 15. DECRETOS 74.170/74 E 793/93, ART. 27. FUNÇÃO REGULAMENTAR DE DECRETO. EXORBITÂNCIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. PRECEDENTES. 1. A Lei 5.991/73, em seu artigo 15, ao prescrever obrigatoriedade de presença de farmacêutico em drogarias e farmácias, não incluiu os dispensários de medicamentos localizados no interior de hospitais e clínicas. 2. Refoge à sua missão regulamentar, exorbitando dos limites legais, o Decreto 793/93, art. 27, que estendeu, indevidamente, essa necessidade aos dispensários de medicamentos de hospitais. 3. A demonstração da divergência jurisprudencial exige a clara articulação dos argumentos jurídicos apresentados, bem assim, o indispensável cotejo analítico entre as hipóteses em confronto, desiderato que, na espécie, não foi alcançado, sendo inarredável o descumprimento do art. 255 do RISTJ. 4. Precedentes: REsp 204.972/SP; REsp 205.323/SP; REsp 167.149/SP. 5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa, desprovido.'

No caso, a questão tratada nos autos refere-se à existência de eventual inovação à ordem jurídica contida nos incisos V e VI do artigo 28 da IN ANCINE 100/2012:

'Art. 28. São obrigações da empacotadora:

[...]

V - garantir, nos pacotes em que houver canal jornalístico brasileiro, que seja ofertado pelo menos mais um canal de

programação com as mesmas características no mesmo pacote;

VI - garantir que, quando um canal jornalístico brasileiro for ofertado para ser adquirido como canal avulso de programação, seja ofertado ao menos mais um canal avulso de programação com as mesmas características.'

Os limites do poder regulamentar, no caso, encontram-se no artigo 18 da Lei 12.485/2011, tendo sido a IN editada para operacionalizar tal preceito:

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

Como se observa, o artigo 18, de fato, conferiu alternativa às empacotadoras de ofertar ao assinante no mesmo pacote ou na modalidade avulsa de programação 'canal de programação gerado por programadora brasileira que possua majoritariamente conteúdos jornalísticos no horário nobre'. O que fez, então, a IN foi extinguir a alternativa e torná-la impositiva para determinar que o canal seja ofertado apenas em pacote (sem opção da modalidade avulsa), alterando, assim, o comando regulamentado.

A Lei 12.485/2011 não tem por objetivo, ao que se verifica nesta cognição sumária, aumentar o número de canais contidos em pacote, por suposta ofensa a direitos do consumidor pela relação entre canais adquiridos e lucratividade das empresas, mas, conforme se pode aferir, estimular a produção de conteúdo audiovisual brasileiro por produtoras nacionais, através de normas protecionistas, fixando o mínimo de conteúdo brasileiro e material produzido por produtoras brasileiras na programação.

Neste sentido, o 'Capítulo V' dispõe sobre conteúdo brasileiro mínimo a ser ofertado aos assinantes pelas programadoras e distribuidoras, em conformidade com a finalidade dessa Lei:

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

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

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

[...]

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

[...]

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

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

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

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

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

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

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

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

VI - os canais ofertados na modalidade avulsa de programação;

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

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

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

[...]

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

Assim, o artigo 18 não parece dirigida a fixar, através de pacotes de programação, o mínimo de dois canais gerados por programadora brasileira de conteúdo jornalístico, mas focada no propósito de estimular, concomitantemente, a diversidade de fontes de informação, a promoção da língua portuguesa e da cultura brasileira, e incrementar o desenvolvimento social e econômico do País, e promover a "defesa da concorrência por meio da livre, justa e ampla competição e da vedação ao monopólio e oligopólio nas atividades de comunicação audiovisual de acesso condicionado", conforme os princípios contidos no artigo 3º do mesmo diploma.

A interpretação no sentido de que a legislação teve por objetivo determinar que os pacotes de programação contenham apenas mais canais, e que tal acréscimo seja fornecido gratuitamente revela-se contrastante com princípios da ordem econômica, tratados no mesmo dispositivo, relacionados à liberdade de iniciativa e a mínima intervenção da administração pública.

O legislador, por certo, tratou da oferta gratuita de canais de programação a assinantes, porém o fez no artigo 32. Ainda que o objetivo do artigo 18 fosse corrigir alguma distorção decorrente da relação canais adquiridos pelo assinante/lucratividade das empresas, parece razoável concluir que a atuação corretiva da proposta não haveria de limitar-se a acréscimo de canal de conteúdo apenas jornalístico gerado por produtoras brasileiras.

Ademais, o artigo 18 da Lei 12.485/2011 é claro ao afirmar que a razão do dever de ofertar um canal adicional de conteúdo jornalístico decorre da existência de canal com o mesmo conteúdo em pacote de programação, não sendo, porém, ampliada a imposição de tal obrigação à hipótese de canal de conteúdo jornalístico gerado por programadora brasileira na modalidade avulsa, constando, ao contrário, expressamente da parte final do preceito legal que, no respectivo cumprimento, seja 'observado o disposto no § 4o do art. 19', que dispõe que 'para efeito do cumprimento do disposto no art. 18, serão desconsiderados os canais de que tratam os incisos III, IV, V e VII do caput deste artigo[19]'

O inciso VII do artigo 19 dispõe sobre 'os canais de programação ofertados em modalidade avulsa de conteúdo programado'.

Vale dizer, o inciso VI do artigo 28 da IN ANCINE 100/2012, ao 'garantir que, quando um canal jornalístico brasileiro for ofertado para ser adquirido como canal avulso de programação, seja ofertado ao menos mais um canal avulso de programação com as mesmas características', não apenas inovou a ordem jurídica, como o fez de forma substancialmente gravosa com disposição de conteúdo contrário ao que estabeleceu o legislador, criando obrigação, sem base legal, no tocante à situação de canal jornalístico avulso.

Quanto ao *periculum in mora*, verifica-se a possibilidade de dano irreparável ante as sanções para descumprimento contidas na IN (publicada em 30/05/2012), dentro do prazo de noventa dias da publicação desse ato ('as empacotadoras terão até 90 (noventa) dias, contados da publicação desta IN, para adequar seus pacotes e seus sítios na rede mundial de computadores ao disposto nesta IN'), a se expirar, portanto, em 30/08/2012, embora possa se notar divergência com o prazo previsto na Lei 12.485/2011, publicado em 13/09/2011 (artigo 37, §4º: 'O disposto nos arts. 16 a 18 desta Lei será aplicado a partir de 180 [cento e oitenta] dias da data de vigência desta Lei a todas as empresas que exerçam atividades de programação ou empacotamento[...]; artigo 40, caput: '[...]o art. 18 passa a vigor 1 (um) ano após a promulgação desta Lei[...]').

Ante o exposto, concedo a medida postulada, afastando a aplicação dos incisos V e VI do artigo 28 da IN ANCINE 100/2012, sem prejuízo do pleno e regular cumprimento das disposições do artigo 18 da Lei 12.485/2011."

No caso, tanto o recurso de apelação quanto a cautelar reiteram os fundamentos da ação principal e do AI 0025314-06.2012.4.03.0000, sendo que, ainda, a sentença de improcedência repete as razões da decisão que indeferiu a antecipação de tutela, destacando a inocorrência de fatos posteriores relevantes para modificação de tal entendimento (f. 251): "Verifico que após a decisão que apreciou o pedido de tutela não foram trazidos aos autos elementos significativos que pudessem conduzir à modificação do entendimento então perfilhado, razão pela qual os termos gerais daquela decisão serão aqui reproduzidos".

Portanto, a questão aqui tratada refere-se exatamente àquela discutida no AI 0025314-06.2012.4.03.0000, tendo em vista as mesmas razões do indeferimento da antecipação de tutela e da sentença de improcedência, daí inexistirem fundamentos para adoção de entendimento diverso daquele adotado no recurso, estando evidenciado, assim, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* para autorizar a concessão da medida liminar, considerando-se, ainda, a possibilidade de que com a manutenção dos efeitos da sentença de improcedência até o julgamento do recurso, a requerente pode ser penalizada pelo descumprimento das determinações do artigo 28, V e VI da IN ANCINE 100/2012, determinações que acarretam exigência de investimentos financeiros relevantes que, caso a pretensão da requerente na ação principal lhe seja favorável ao final, constituir-se-á em dano de difícil reparação.

Ante o exposto, concedo a medida liminar, afastando, até o julgamento do recurso de apelação, a aplicação dos incisos V e VI do artigo 28 da IN ANCINE 100/2012, sem prejuízo do pleno e regular cumprimento das disposições do artigo 18 da Lei 12.485/2011.

Publique-se.

Oportunamente, apensem-se aos autos da apelação.

São Paulo, 12 de setembro de 2013.

CARLOS MUTA
Desembargador Federal
