



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

AUTOS Nº.:0008416-82.2011.4.03.6100
AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Rés: - AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES –
ANATEL
- UNIÃO FEDERAL

S E N T E N Ç A

I. Relatório

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, devidamente qualificado na inicial, propôs a presente Ação Civil Pública, com pedido de liminar, em face da **AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES – ANATEL** e da **UNIÃO FEDERAL**, objetivando a condenação das Rés na obrigação de fazer consistente na regulamentação da Lei nº 10.222, de 09.05.2001, no prazo de 60 (sessenta) dias, bem como fiscalizar o cumprimento da referida norma, a qual trata da proibição às emissoras de televisão de aumentarem injustificadamente o volume nos intervalos comerciais de suas programações.

Requer, ainda, que a decisão proferida produza efeitos em âmbito nacional, de acordo com o artigo 21 da Lei nº 7.347, de 1985 e do artigo 93, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor. Por fim, postula a aplicação de multa para o caso de descumprimento da ordem judicial.

Informa que foi instaurado o Inquérito Civil Público nº 1.34.001.007357/2010-55, no qual foram elaborados dois laudos técnicos-periciais, constatando-se diferença de níveis sonoros de até 05 dB (cinco decibéis) da programação normal em relação aos intervalos comerciais. Verificou-se, ainda, que há diferença de nível entre comerciais em um mesmo canal. Sustenta que a Constituição da República regula e limita a comunicação social e a publicidade a ela vinculada, estabelecendo princípios e normas a serem respeitadas. Nesse passo, entende que a omissão da ANATEL em regulamentar e fiscalizar os ditames da Lei nº 10.222, de 09.05.2001, desrespeita o direito fundamental de proteção ao consumidor. Por fim, alega que a prática abusiva de elevação de volume nos intervalos comerciais afeta também crianças e adolescentes, contrariando o disposto nos artigos 5º, 71 e 76 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com a petição inicial vieram documentos (fls. 10/290).

A análise do pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi postergada para após a oitiva do representante judicial da Ré, nos termos do artigo 2º da Lei nº 8.437, de 1992 (fl. 294).



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

Intimada, a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL se pronunciou sobre o pedido de antecipação da tutela (fls. 299/308). Argüiu, em preliminar, a sua ilegitimidade passiva, a impossibilidade de condenação da Ré em astribentes e a impossibilidade jurídica do pedido principal formulado nos autos. Por fim, defendeu a impossibilidade de outorga da tutela de urgência almejada.

Em seguida, este Juízo determinou a emenda da petição inicial para a inclusão da União Federal no pólo passivo, bem como a intimação do seu representante legal para se pronunciar com base no artigo 2º da Lei nº 8.437, de 1992 (fl. 310). Na mesma decisão, a apreciação do pedido tutela antecipada foi postergada para após a apresentação da resposta.

O Ministério Público Federal aditou a inicial, requerendo a inclusão da União Federal no pólo passivo (fl. 315).

Sobreveio manifestação da União acerca do pedido de tutela de urgência (fls. 323/336), na qual alegou, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva *ad causam*. No mérito, requer o indeferimento do pedido de liminar.

Citada, a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL contestou o feito (fls. 353/364), reiterando as preliminares aventadas. No mérito, defendeu a impossibilidade de concessão de liminar satisfativa e a ausência dos requisitos para a concessão da tutela de urgência.

Igualmente, citada, a União apresentou contestação (fls. 365/370), na qual novamente aduziu sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo da presente demanda. No mérito, reiterou os termos da manifestação anterior e pugnou pela improcedência da presente demanda.

Esse é o resumo do essencial,

DECIDO.

II. Fundamentação

Trata-se de ação civil pública por meio da qual o Ministério Público Federal busca provimento judicial no sentido de obrigar a **AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES**, doravante **ANATEL**, e a **UNIÃO FEDERAL** a regulamentar a Lei nº 10.222, de 09.05.2001, bem como fiscalizar o cumprimento da referida norma, a qual trata da proibição às emissoras de televisão de aumentarem injustificadamente o volume nos intervalos comerciais de suas programações.

II.a. Preliminares



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

A alegação de impossibilidade jurídica do pedido há que ser repelida, tendo em vista que está alicerçada em argumento que diz respeito ao mérito da lide, não existindo proibição expressa na lei que impeça a propositura da ação. Segundo Egas Dirceu Moniz de Aragão “sendo a ação o direito público subjetivo de obter a prestação jurisdicional, o essencial é que o ordenamento jurídico não contenha uma proibição para seu exercício; (...). Não havendo veto há possibilidade jurídica”.¹

Até porque é inquestionável que como se trata de proteção de interesse de consumidor, pois o vínculo existente entre o telespectador e os serviços de sons e imagens têm natureza contratual, a matéria está amparada pelo previsto no artigo 1º, inciso II da Lei da Ação Civil Pública, bem como pelo Código de Defesa do Consumidor, de forma que é de rigor receber a ação civil pública, que objetiva a tutela de direitos e interesses individuais homogêneos.

De outra parte, não há que se reconhecer a alegação de ilegitimidade passiva deduzida pela ANATEL e pela UNIÃO, simplesmente porque, ambas negam a sua respectiva legitimidade para atuar e fiscalizar (fls. 276, 279/282, 299/308), de modo que é necessário adentrar o mérito para se avaliar o real alcance das respectivas atribuições das Rés.

Portanto, estão presentes os pressupostos processuais e as condições para o exercício do direito de ação, com a observância das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, previstas no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição da República, razão por que é mister examinar o mérito.

II.b. Mérito

A questão submetida a este Juízo tem por objetivo a obtenção de provimento judicial que obrigue a ANATEL e a UNIÃO FEDERAL a regulamentar a Lei nº 10.222, de 09.05.2001, e fiscalizar a sua observância pelas empresas de televisão.

Estabelece o inteiro teor da Lei nº 10.222, de 09.05.2001, *verbis*:

“Art. 1º Os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens padronizarão seus sinais de áudio, de modo a que não haja, no momento da recepção, elevação injustificável de volume nos intervalos comerciais.

Art. 2º O Poder Executivo criará, no período de cento e vinte dias, a contar da publicação desta Lei, os mecanismos necessários à normalização técnica da matéria, bem como à fiscalização de seu cumprimento.

Art. 3º O descumprimento do disposto nesta Lei sujeitará o infrator à pena de suspensão da atividade pelo prazo de trinta dias, triplicada em caso de reincidência.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 9 de maio de 2001; 180º da Independência e 113º da República.”

¹. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. II, 7ª. edição, Rio de Janeiro, Forense, 1992, p. 560.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

A elevação injustificável de volume nos intervalos comerciais

A estrita observância da dicção do artigo 1º da Lei nº 10.222, de 09.05.2001, acima transcrito, não deixa dúvida quanto à obrigatoriedade de os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens procederem à fixação de um volume de seus sinais de áudio que seja, exatamente, o mesmo para a programação normal e durante os comerciais.

Essa determinação legal não se afigura de difícil cumprimento, afinal, se as emissoras têm capacidade técnica suficiente para procederem exatamente da forma vedada pela lei, é dizer, operando com volumes diferenciados para os comerciais, há de existir conhecimento técnico capaz de ser aplicado, no sentido de permitir que toda a programação alcance um único volume. Dito de outra forma, o estado da técnica empregado atualmente para fazer alterar o volume nos intervalos comerciais deve ser empregado, imediatamente, para nivelar o volume, cuidando para que suas transmissões não apresentem sinais de áudio com dois níveis distintos, mas apenas e tão-somente o mesmo volume para toda a programação, seja ela qual for.

O mesmo problema ocorre além de nossas fronteiras. Nos Estados Unidos da América, após protestos que duraram décadas, o Presidente Barack Obama sancionou a Lei nº 2.847, em 15 de dezembro de 2010, denominada, “Commercial Advertisement Loudness Mitigation (CALM) Act”.

O “CALM Act” foi considerado uma resposta às transmissões de televisão que insistem em praticar volumes elevados durante os intervalos comerciais, irritando os telespectadores.

Os estadunidenses admitem a dificuldade da mensuração do volume exato, cuja medição pode ser feitas de várias maneiras, pois muitas técnicas podem ser utilizadas. Não obstante, ao contrário do que afirma o Ministério das Comunicações, que não consegue encontrar parâmetros para a regulamentação, o órgão responsável nos Estados Unidos conseguiu mitigar as discrepâncias para atender os cidadãos consumidores dos serviços de transmissão de televisão, fixando critérios objetivos para dar efetividade ao “CALM Act”.

A ausência de regulamentação

Veja-se que a Lei nº 10.222, de 09.05.2001, estabeleceu em seu artigo 2º o prazo de 120 (cento e vinte dias) a contar de sua publicação no Diário Oficial da União de 10 de maio de 2001. Dessa forma, findou-se o prazo para regulamentar em 07 de setembro de 2001, ou seja, há mais de 10 (dez) anos.

O denominado “CALM Act”, de 15 de dezembro de 2010, estabeleceu à Comissão Federal de Comunicações (Federal Communications Commission - FCC) ², órgão responsável pelo assunto, o prazo de 01 (um) ano



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

para a regulamentação da matéria, o qual foi rigorosamente cumprido, em 13 de dezembro de 2011, demonstrando que é possível. Tanto assim, que a Comissão Federal de Comunicações estabeleceu às emissoras de televisão que operam nos Estados Unidos da América o prazo de 01 (um) ano, que se encerrará em 13 de dezembro de 2012, para procederem à adaptação às novas regras, sendo que, a partir dessa data, todos os cidadãos americanos são chamados a denunciar àquela Comissão quaisquer abusos.

Esse exemplo demonstra que a possibilidade de editar normas sobre o assunto é evidente, de modo que as autoridades estadunidenses não fizeram nada mais do que se desincumbir da obrigação que lhes foi atribuída pela lei, exercendo o seu poder regulamentar, servindo de exemplo a ser seguido.

Voltando ao nosso País, entretanto, verifica-se que em 10.07.2009, após mais de oito anos, o assunto ainda estava aguardando mais estudos, conforme a Nota Técnica Nº 001/2009, da Secretaria de Serviços de Comunicação Eletrônica do Ministério das Comunicações, (fls. 283/288).

Causa espécie, contudo, o fato de passados ainda mais dois anos dos estudos, e mais de dez anos da edição da lei, o descaso ter sido institucionalizado a ponto de se afirmar, em verdadeira afronta ao comando legal, que é melhor deixar tudo como está e não regulamentar, conforme concluiu o Departamento de Acompanhamento e Avaliação da Secretaria de Serviços de Comunicação Eletrônica do Ministério das Comunicações ao editar a NOTA TÉCNICA nº 238/2011/DEAA/SCE-MC, com finalidade específica de atender ao pedido da Advocacia da União, que requisitou subsídios para amparar a sua manifestação em Juízo a favor da União, trazendo-a a fls. 335/336 destes autos.

A referida Nota Técnica 238/2011 explica que “a *‘elevação injustificada de volume nos intervalos comerciais’*, citada no artigo 1º da Lei nº 10.222, de 2001, é conhecida pelo nome técnico de “LOUDNESS” e ocorre não apenas nos intervalos comerciais, mas ao longo de toda a programação de entidade executora de serviços de radiodifusão de sons e imagens e de transmissoras de televisão”.

Isso demonstra que o problema é conhecido e, além disso, considerando-se que a lei foi publicada há quase onze anos, poder-se-ia admitir que naquela época existiam algumas dificuldades para a sua regulamentação. Entretanto, decorrida mais de uma década, não há razão para se admitir a omissão.

De outra parte, a mesma Nota Técnica Nº 238/2011 esclarece que “**O fenômeno do loudness está extremamente ligado à resposta em frequência do ouvido humano e é responsável pela sensação de conforto ou incômodo, sentida por quem está assistindo a programação. Trata-se, portanto, de uma sensação que varia de pessoa para pessoa.**”

Ora, se é assim, há que se assegurar o manejo dos instrumentos tecnológicos para minimizar a situação de desconforto. Até porque,



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

evidentemente, todos nós já nos deparamos com situações de elevação repentina do volume no intervalo comercial, cuja percepção se deu conjuntamente por outras pessoas que estavam no mesmo recinto. Logo, ainda que se possa falar, como quer o Ministério das Comunicações, nas causas advindas das respostas “*psicoacústicas do cérebro humano, que pode variar com idade, sexo, instrução e ocupação das pessoas*”, o fato é que, apartados alguns casos isolados, a sensação de desconforto é conhecidíssima do público, em geral.

Então, o que concluir? O Poder Legislativo da União editou lei impossível de ser cumprida? Claro que não. Trata-se de simples inoperância do Poder Executivo da União e da agência reguladora.

O Ministério das Comunicações pondera também que não é uma tarefa fácil determinar os parâmetros que devem ser observados pelas emissoras e, ainda, que esta acompanhando o desenvolvimento do assunto no âmbito de organismos internacionais “*para embasar, tão logo seja possível, a elaboração de uma norma sobre a questão*” (fl. 335v). Todavia, após transcorridos, insista-se, quase 11 (onze) anos, o que poderia significar a afirmação “*tão logo seja possível*”? Talvez mais dez anos, com o que não se pode concordar, pois se estaria violando a norma legal expressa, que concedeu apenas 120 (cento e vinte) dias para o trabalho de regulamentação.

Porém, a par da tentativa de justificação do atraso regulamentar de mais de dez anos ter sido louvável, embora ilegal, não se pode admitir a conclusão da Nota Técnica 238/2011 do Ministério das Comunicações ao afirmar, *verbis*: “**A regulamentação da Lei nº 10.222, de 2001, em tal situação, seria uma aventura que, com toda certeza, iria implicar em erros tão graves que danos irreversíveis e de grande significância tornariam seu benefício nulo**” (destacamos)

Ora o que dizer dos bêbes e crianças que cresceram e por mais de dez anos foram submetidos à toda espécie de alteração assustadora de volume de seus televisores? Isso sim poderia demonstrar os danos irreversíveis à vida das pessoas pela falta de regulamentação.

O descaso é evidente. Trata-se de caso exposto de descumprimento, ou melhor, de recusa ao cumprimento do texto legal, no caso a Lei nº 10.222, de 09.05.2001, caracterizando-se a omissão que está a malferir os princípios da legalidade e da eficiência administrativas, esculpidos no artigo 37, *caput*, da Constituição da República.

Veja-se que a doutrina é unânime ao referir a importância do poder-dever regulamentar como verdadeiro direito do Estado-administração de editar normas para conduzir o fiel cumprimento da lei. Por outro ângulo, caracteriza-se o dever em face da necessidade de se fazer cumprir a lei, o que poderia resultar também no desrespeito ao princípio da separação de poderes, que merece correção na esfera da função judicial.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

A obrigação de regulamentar

Estabelece o artigo 2º da Lei nº 10.222, de 09.05.2001, apontou, genericamente, o “*Poder Executivo*” como destinatário da obrigação de fazer, qual seja: normalizar e fiscalizar. Cumpre ter presente que o artigo 76 da Constituição dispõe que o Poder Executivo é “*exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado*”, cabendo a ele o poder de regulamentar na forma do artigo 84, inciso IV, que prevê: “IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;”.

A lei é obra do Poder Legislativo, que busca desincumbir-se de sua função produzindo normas jurídicas para inovar o ordenamento jurídico nacional. O regulamento, por sua vez, tem seus limites estabelecidos pela lei, primeiro por causa do princípio da legalidade, que estabelece a obrigatoriedade do respeito à observância do conteúdo da norma legal, não lhe sendo autorizado inovar, segundo por causa do princípio da reserva legal, que veda ao regulamento dispor sobre matéria que somente podem ser normatizadas por lei formal.

O decreto é a forma por meio da qual o Presidente da República edita os atos administrativos, no caso o regulamento, ou como chamou o legislador “a normalização”. Ensina ainda José Afonso da Silva que:

“**Poder regulamentar**’ é a faculdade de expedir regulamentos para fiel execução das leis federais que a Constituição outorga ao presidente da República. Trata-se de poder administrativo no exercício de função de caráter normativo subordinado. Na realidade, o exercício desse poder permite ao presidente da República cumprir sua função executiva no que tem de mais característico: execução de lei. Chama-se, com efeito, “regulamento” o decreto que consigna um conjunto ordenado de normas destinadas à melhor execução da lei, ou ao melhor exercício de uma atribuição ou faculdade consagrada expressamente pela Constituição.³ (destaque no original)

A celeuma surge ao se tentar estabelecer a definição de Poder Executivo para fins do artigo 2º, da Lei nº 10.222, de 09.5.2001. Pois, como é sabido, foram criadas as agências regulamentadoras. A Emenda Constitucional nº 8, de 1995, alterou o artigo 21, inciso XI, do texto constitucional para determinar a criação de um órgão regulador dos serviços de telecomunicações. Na mesma senda, a Emenda Constitucional nº 9, de 1995, modificou a redação do artigo 177, parágrafo 2º, inciso III, ordenou que a lei dispusesse sobre uma agência reguladora do monopólio da União dos hidrocarbonetos.

Desse modo temos, além das regras emanadas do poder regulamentar do Poder Executivo, propriamente dito, outras que têm natureza reguladora e são da competência das agências criadas por lei, as quais têm natureza jurídica de autarquias de regime especial e tem como objetivo regular e fiscalizar as atividades do setor para o qual foram criadas.

Nesse particular, Diogo de Figueiredo Moreira Neto ressalta: “Assim, a norma reguladora, no sistema constitucional brasileiro, do mesmo modo que nos sistemas comparados, não compartilha da natureza da norma legal, nem tampouco, da norma

3. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo, Malheiros, 2005, p. 484.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

regulamentar, pois se trata de um terceiro gênero de ação normativa, que, distintamente daquelas formas impositivas puras, visa, antes de tudo, e preferencialmente, à harmonização consensual dos interesses e ao equilíbrio das relações intersetoriais”.⁴

As obrigações da UNIÃO e da ANATEL

O busílis da questão reside na definição abrangência dos “serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens” conforme previsto no artigo 1º, da Lei nº 10.222, 09.5.2001, para fins de padronização.

Atente-se que o artigo 21 da Constituição refere, separadamente, aos serviços de telecomunicações (inciso XI) e aos serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens (inciso XII, letra “a”), com redação da EC nº08, de 15.08.1995.

A interpretação histórica e teleológica autoriza a conclusão no sentido de que o legislador da Lei 10.222, de 09.5.2001, quis referir ambos os serviços: telecomunicações e radiodifusão sonora e de sons e imagens, simplesmente porque o objetivo do comando legal é a padronização do volume de áudio dos sinais transmitidos.

E nem poderia ser diferente, pois se cuida de medida salutar que visa à proteção dos direitos fundamentais dos consumidores e, especialmente, das crianças e adolescentes. Fazer tabula rasa desses propósitos pode conduzir a uma interpretação frágil e obsoleta, posto que não atenta aos objetivos da República Federativa do Brasil, insculpidos no artigo 3º da Constituição da República.

Entretanto, a interpretação sistemática impõe a aferição da repartição de competências, posto que sua finalidade é a manutenção do ordenamento jurídico enquanto um todo coeso e sistematizado. Disso resulta que está obrigada ao cumprimento dos comandos da Lei nº 10.222, de 09.05.2001, em princípio, somente a UNIÃO FEDERAL, que até o presente momento quedou-se omissa e não logrou se desincumbir das funções que lhes foram atribuídas, em prejuízo gritante aos princípios constitucionais da legalidade, da publicidade, da razoabilidade, da eficiência e da moralidade administrativas, insculpidos no artigo 37 do Texto Magno.

Vejam. A Lei nº 4.117, de 27.08.1962, que cria o Código Brasileiro de Comunicações prevê em seu artigo 4º que: “Para os efeitos desta lei, constituem serviços de telecomunicações a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por fio, rádio, eletricidade, meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético. Telegrafia é o processo de telecomunicação destinado à transmissão de escritos, pelo uso de um código de sinais. Telefonia é o processo de telecomunicação destinado à transmissão da palavra falada ou de sons”.

4. Direito Regulatório, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 181.
Autos nº 0008416-82.2011.4.03.6100 - Sentença Tipo A



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

Por sua vez, após a promulgação da EC nº08, de 15.08.1995, foi editada a Lei nº 9.472, de 16.07.1997, que passou a dispor sobre a organização dos serviços de telecomunicações, e previu em seu artigo 215 que:

“Art. 215. Ficam revogados:

I - a Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, salvo quanto a matéria penal não tratada nesta Lei e quanto aos preceitos relativos à **radiodifusão**,” (destacamos)

No mais o artigo 60 da Lei nº 9.472, de 16.07.1997, passou a dispor que: “

“Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

Emissoras de televisão abertas e serviços de televisão por assinatura

Observe-se que, excetuados os serviços de radiodifusão, ainda disciplinados pelo Código Brasileiro de Telecomunicações, Lei nº 4.117, de 27.08.1962, que permaneceram nas atribuições diretas da UNIÃO, por meio de seu Poder Executivo federal, Administração direta, no caso o Ministério das Comunicações, todas as outras espécies de serviço de telecomunicação foram destinadas aos cuidados da ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, na forma preconizada pela Lei nº 9.472, de 16.07.1997.

No que se refere à questão da regulamentação dos serviços de televisão abertas e das TVs por assinatura, lembre-se que o Decreto Nº 52.795, de 31.10.1963, que regulamenta o Código Brasileiro de Telecomunicações, Lei nº 4.117, de 27.08.1962, inclui os serviços de som e imagem dentre os serviços de radiodifusão, conforme dispõe o artigo 1º *verbis*:

“Art. 1º Os serviços de radiodifusão, compreendendo a transmissão de sons (radiodifusão sonora) e a transmissão de sons e imagens (televisão), a serem direta e livremente recebidas pelo público em geral, obedecerão aos preceitos da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, do Decreto nº 52.026, de 20 de maio de 1963, deste Regulamento e das normas baixadas pelo Ministério das Comunicações, observando, quanto à outorga para execução desses serviços, as disposições da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.(Redação dada pelo Decreto nº 2.108, de 24.12.1996)”

Por isso, embora do confronto do artigo 1º do Decreto nº 52.795, de 31.10.1963, com o artigo 60 da Lei nº 9.472, de 16.07.1997, pudesse autorizar questionamento quanto à revogação tácita da regra do Regulamento anterior, uma vez que os serviços de imagem passaram a ser disciplinados e fiscalizados pela ANATEL, o fato é que toda a legislação sobre o assunto conduz a uma só resposta. Os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagem não estão submetidos à ANATEL e sim à UNIÃO, pelo seu Ministério das Comunicações. Anote-se, nesse sentido, o teor do artigo 211, da referida lei:

“Art. 211 - A outorga dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens fica excluída da jurisdição da Agência, permanecendo no âmbito de competências do



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

Poder Executivo, devendo a Agência elaborar e manter os respectivos planos de distribuição de canais, levando em conta, inclusive, os aspectos concernentes à evolução tecnológica.

Parágrafo único. Caberá à Agência a fiscalização, quanto aos aspectos técnicos, das respectivas estações.

Nem se diga que o fato de a Lei nº 12.485, de 12.09.2011, que disciplina a “comunicação visual de acesso condicionado”, ter estabelecido a obrigatoriedade de disponibilização de canais da televisão aberta nos pacotes por assinatura, conforme decorre da regra de seu artigo 32, estaria a evidenciar a obrigação da ANATEL. Não se trata disso, porque é da UNIÃO a obrigação de ainda que sejam veiculados na programação de televisão por assinatura alguns canais da TV aberta.⁵

Assim, há que se reconhecer que, infelizmente, embora bem intencionado, o legislador da Lei nº 10.222, de 09.05.2001, não atentou para o arcabouço de normas do ordenamento jurídico nacional e perdeu-se na pegadinha da divisão de competência entre a UNIÃO e a ANATEL, deixando esta última liberada da obrigação de aferir a variação de volume dos serviços de telecomunicações que estão sob a sua atribuição.

Há que se registrar também que a UNIÃO deverá proceder, ainda, à fiscalização das emissoras de televisão, as quais estão sujeitas à penalidade estabelecida pelo artigo 3º da Lei nº 10.222, de 09.05.2001, que prevê a suspensão da atividade pelo prazo de trinta dias, que poderá ser triplicado em caso de reincidência.

Veja-se nesse sentido a manifestação do Colendo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na forma do voto do Eminentíssimo Juiz Federal convocado RUBENS CALIXTO, cujo excerto destacamos, *verbis*:

“13. É insofismável que o Poder Executivo federal extrapolou de forma gritante o comando legislativo para regulamentar em 90 dias o direito previsto no art. 1º da Lei 8.899/94, só vindo a fazê-lo cerca de seis anos depois da entrada em vigor deste diploma normativo.

14. Inexorável, destarte, a responsabilidade da União pela reparação destes danos de natureza coletiva, com fundamento no § 6º do art. 37 da Constituição Federal. (...). (AC - APELAÇÃO CÍVEL – 1099777, Decisão 10/02/2011, DJF3 CJ1 DATA:25/02/2011 PÁGINA: 811)

5. Lei nº 12.485, de 12.09.2011, art. 32. A prestadora do serviço de acesso condicionado, em sua área de prestação, independentemente de tecnologia de distribuição empregada, deverá tornar disponíveis, sem quaisquer ônus ou custos adicionais para seus assinantes, em todos os pacotes ofertados, canais de programação de distribuição obrigatória para as seguintes destinações:

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



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

Do pedido de antecipação da tutela jurisdicional

Por fim, com relação à possibilidade de antecipação da tutela, o artigo 273 do Código de Processo Civil estabelece como requisitos a existência de prova inequívoca da verossimilhança da alegação e, alternativamente, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou a caracterização de abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Quanto ao primeiro requisito, a prova inequívoca das alegações, evidencia-se a razão do Ministério Público Federal consoante acima explanado. Além disso, verifica-se o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*) que está nitidamente demonstrado pela possibilidade de lesão ao direito discutido nos autos na medida em que, sem o abrigo da medida liminar, a UNIÃO demonstrou, expressamente, sua intenção de descumprir a Lei nº 10.222, de 09.05.2001, por meio de sua manifestação firmada pelo Ministério das Comunicações no sentido de que é melhor não regulamentar a lei.

Assim, impõe-se a determinação para que a UNIÃO proceda à regulamentação da Lei nº 10.222, de 09.05.2001, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, bem como proceda à fiscalização imediata de quaisquer emissoras que apresentem diferença entre o volume de som da programação e aquele praticado durante os comerciais.

Não constato a irreversibilidade do provimento jurisdicional, porquanto o trabalho da União com a regulamentação e a fiscalização é de rigor sob pena de restar descumprido o Estado Democrático de Direito.

III. Dispositivo

Posto isso, extingo o feito com julgamento de mérito na forma preconizada pelo artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil e julgo os pedidos deduzidos na inicial:

1) **IMPROCEDENTE**, em relação à ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações;



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

2) **PROCEDENTE** em relação à UNIÃO para condená-la à obrigação de fazer consistente (a) na elaboração norma regulamentadora da Lei nº 10.222, de 09.05.2001, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, bem como (b) fiscalização das emissoras de televisão, em observância ao artigo 3º da referida lei.

Defiro em parte a antecipação da tutela jurisdicional nos estritos termos do *decisum*, para determinar a UNIÃO que proceda à regulamentação da Lei nº 10.222, de 09.05.2001, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, bem como proceda, à fiscalização das emissoras que prestam serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, no sentido de aferir se apresentam discrepância entre o volume de som da programação e aquele praticado durante os comerciais.

Custas na forma da lei.

Condeno a UNIÃO ao pagamento dos honorários advocatícios que arbitro em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa observado o artigo 21 do Código de Processo Civil combinado com o artigo 18 da Lei nº 7.347, de 24.05.1985.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

São Paulo, 22 de fevereiro de 2012.

LEILA PAIVA MORRISON
Juíza Federal