



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

CONCLUSÃO

Nesta data faço conclusos estes autos a MM. Juíza Federal Substituta, Dra. REGILENA MY FUKUI BOLOGNESI. São Paulo, 14 de agosto de 2012. Eu, , Téc. Jud - RF 2918

11ª Vara Federal Cível – SP
Autos n. 0014398-43.2012.403.6100

A presente ação ordinária foi proposta por **SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA** em face da **AGÊNCIA NACIONAL DE CINEMA - ANCINE**, cujo objeto é a Instrução Normativa de n. 100/2012 (incisos V e VI do artigo 28).

Narra a autora que é atuante no mercado de serviço de televisão por assinatura. Nesta condição, tanto distribui quanto empacota conteúdo audiovisual. De acordo com o artigo 18, da Lei n. 12.485/11, deve disponibilizar ao assinante acesso a mais de um canal jornalístico brasileiro “[...] (a) quer por fazê-lo constar desde logo do pacote, (b) quer por possibilitar sua compra avulsa (canal à la carte). Ainda de acordo com tais disposições, a obrigação de ofertar o canal jornalístico brasileiro adicional existe apenas em matéria de pacote” (fls. 04).

A ANCINE, em 29 de maio de 2012, ao regulamentar os dispositivos da Lei n. 12.485/11, extrapolou as balizas estabelecidas na norma. Isso porque “[...] retirou da empacotadora a opção concedida pela lei regulamentadora, de ofertar o canal adicional de conteúdo jornalístico ‘na modalidade avulsa de programação’ (art. 18, *caput*, da lei n. 12.485, de 12.9.2011 x art. 28, V, da instrução normativa n. 100). E ainda impôs a obrigação de ofertar canal jornalístico brasileiro adicional em sede de canal avulso de programação, ao passo que a lei estabelece essa obrigação apenas para o caso de pacote (art. 18, *caput*, da lei n. 12.485, de 12.9.2011 x art. 28, VI, da instrução normativa n. 100)”. (fls. 05).

Em síntese, “Para dar atendimento a tal exigência, o legislador expressamente estabelece duas alternativas para a empacotadora: (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*)”. (fls. 09). Porém, nos termos da Instrução Normativa de n. 100, “[...] a obrigação de inserção do segundo canal jornalístico brasileiro necessariamente no mesmo pacote elimina a alternativa da sua compra avulsa e sob demanda do assinante, garantida pelo art. 18, caput, da lei n. 12.485 [...], Esse choque entre a lei e a instrução normativa deve ser resolvido, naturalmente, com a prevalência daquela sobre esta, a fim de que se preserve a alternativa de acesso ao canal de programação com as mesmas características em sede de ‘modalidade avulsa de programação’ (fls. 10).

Requer a concessão de tutela antecipada para que “[...]” seja desde logo suspensa a eficácia do art. 28, V e VI, da instrução normativa n. 100 da ANCINE, dispensando-se a autora prontamente da sua observância (fls. 20).

Consoante dispõe o artigo 273 do Código de Processo Civil, devem concorrer dois pressupostos legais para a antecipação da tutela jurisdicional: 1) existência de prova inequívoca, suficiente a demonstrar a verossimilhança da alegação; e 2) haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

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).



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

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, conseqüentemente, **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 faz 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 220¹, da Constituição Federal.



¹ 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.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA 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"².

Em conclusão, acolher a tese da demandante poderia, quiça, contrariar até mesmo o próprio Código de Defesa do Consumidor, nos termos do artigo 4^o³, 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. Lei n. 12.485/11, aumentaria o valor mensal do tomador de serviço.

§ 1º - Nenhuma lei conterá 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.

² MARQUES, Cláudia Lima. Superação das Antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. Revista do Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 51, jul/set, 2004, p. 59.

³ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I- reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta;

b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;

c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

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 [...]”⁴.

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**”⁵, 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.



⁴ Excerto do ontológico voto do Ministro Cesar Peluso, no RECURSO ORDINÁRIO No 1.069/RJ. TSE.

⁵ TIN, Emerson, *citações do padre Antônio Vieira/escolhidos e anotadas*, “Carta ao Marquês de Gouveia, Roma, 19 de novembro de 1672”, Edi. Tordesilhas/2011. p.127.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

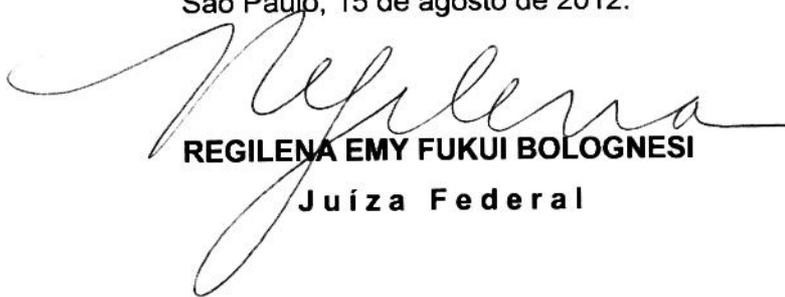
Decisão

Diante do exposto, **indefiro o pedido de antecipação de tutela.**

Cite-se. Na contestação a parte ré deverá mencionar se pretende a produção de alguma prova e, em caso positivo, especificá-la e não apenas protestar genericamente por todos os meios de prova.

Intimem-se.

São Paulo, 15 de agosto de 2012.


REGILENA EMY FUKUI BOLOGNESI
Juíza Federal