



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ FEDERAL DA __ VARA DA
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

0042572-32.2012.4.01.3800

"Muitas nações conscientes de que o futuro de seus países dependia do futuro de suas crianças, começaram a preocupar-se com o bem-estar de seus pequenos cidadãos e conceder-lhes direitos e cuidados especiais devido à falta de maturidade física e mental." (NOEMÍ FRISKE MOMBERGER)

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, pelo Procurador da República signatário, no exercício de suas funções institucionais e com supedâneo nos arts. 127, *caput*, e 129, II e III da Constituição Federal, no art. 5º, III, "e", art. 6º, VII, "c" da Lei Complementar n. 75/93, nas Leis n. 7.347/83, n. 8.078/90 e n. 8.069/90, vem perante Vossa Excelência ajuizar a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO LIMINAR

contra

UNIÃO, enquanto **Ministério das Comunicações**, pessoa jurídica de direito público interno, que responde, nesta capital, por meio da Advocacia-Geral da União em Minas Gerais, na Av. Contorno n. 7.069, 11º andar, Bairro Santo Antônio, Belo Horizonte/MG, CEP: 31.110-110, na pessoa do Procurador-Chefe da União no Estado de Minas Gerais;

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES – ANATEL, pessoa jurídica de direito público interno, que responde, por meio de sua Procuradoria Federal Especializada, no



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

SAUS, Quadra 06, Bloco H, Ed. Ministro Sérgio Motta, 6º andar, Ala Norte,
Brasília/DF, CEP: 70070-940;

**SISTEMA BRASILEIRO DE
TELECOMUNICAÇÕES - SBT**, concessionária de serviços de
radiodifusão, com sede na Avenida das Comunicações, n. 04 - Vila Jaraguá,
CEP: 06278-905, Osasco/SP;

**GLOBO COMUNICAÇÃO E PARTICIPAÇÕES
S.A.**, concessionária de serviços de radiodifusão, com sede na Rua Lopes
Quintas, n. 303 – Jardim Botânico, CEP: 22460-010, Rio de Janeiro/RJ;

RÁDIO E TELEVISÃO BANDEIRANTES LTDA,
concessionária de serviços de radiodifusão, com sede na Rua Radiantes, n. 13
– Jardim Leonor, CEP: 05614-130, São Paulo/SP;

RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S.A.,
concessionária de serviços de radiodifusão, com sede na Rua da Várzea, n.
240 – Barra Funda, CEP: 01140-080, São Paulo/SP e

TV ÔMEGA LTDA, concessionária de serviços de
radiodifusão, com sede na Avenida Presidente Kennedy, n. 2869 – Vila São
José, CEP: 06298-190, Osasco/SP.

pelas razões que passa a expor.

1. DOS FATOS

Instaurou-se, *ex officio*, em 29 de março de 2012, no
âmbito da Procuradoria da República em Minas Gerais, o Procedimento



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

Administrativo Cível n. 1.22.000.000697/2012-48 (DOC. 01), com o escopo de apurar eventuais infringências por parte de emissoras de televisão brasileiras de normas previstas na Constituição Federal e na legislação brasileira (v.g. as Leis n. 8.069/90 e 8.078/90).

Visando instruir o referido Procedimento Administrativo, expediu-se ofício ao Departamento de Proteção de Defesa do Consumidor – DPDC e à Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL.

Em resposta (f. 05), aquele Departamento encaminhou cópia integral do processo administrativo n. 08012.002951/2009-32 (Anexo I), assim como informou que *“foi aplicada multa no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), em face do Sistema Brasileiro de Televisão – SBT, no que se refere ao merchandising voltado ao público infantil.”*

Pois bem.

Considerando-se **a irresponsabilidade das concessionárias rés, assim como a omissão da União e da ANATEL**, conforme se demonstrará ao longo desta inicial, ajuíza-se esta ação na esperança de que, visando à proteção dos consumidores em todo o território brasileiro, o Poder Judiciário afirme a sua função de guarda da Constituição e das leis.

2. DO DIREITO

2.1. DA LEGITIMIDADE ATIVA

Ao Ministério Público compete a guarda dos direitos fundamentais positivados no Texto Constitucional, competindo-lhe também a



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme determina o art. 127 da Constituição da República:

“Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Em consonância com suas finalidades, estabeleceu o constituinte originário suas funções institucionais, no art. 129 da Carta, que aqui colacionamos:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

II - zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

*III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de **outros interesses difusos e coletivos;**”*
(destacou-se)

A Lei Complementar nº 75/1995, em seus arts. 5º, III, “e”, 6º, VII, “c”, também estabelece a atribuição do Ministério Público da União (em que se inclui o Ministério Público Federal) para a defesa dos interesses difusos, bem como dos coletivos e individuais homogêneos. Vejamos:

*“Art. 5º São funções institucionais do **Ministério Público da União:***

(...)

III - a defesa dos seguintes bens e interesses:

(...)



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

e) os direitos e interesses coletivos, especialmente das comunidades indígenas, da família, da criança, do adolescente e do idoso;”

“Art. 6º Compete ao Ministério Público da União:

(...)

VII - promover o inquérito civil e a ação civil pública para:

(...)

c) a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor;” (grifos nossos).

A Lei da Ação Civil Pública – Lei 7.347/85 – também atribui legitimidade ao Ministério Público Federal para a ação civil na defesa de direitos individuais homogêneos. Vejamos:

“Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

(...)

IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;

(...)

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;”

Mister trazer à baila, ainda, o escólio de Hugo Nigro Mazzilli:

“(...) E em matéria de interesses transindividuais de consumidor? Tem o Ministério Público algum papel?

(...)



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

*Por primeiro, é irrelevante tenha a Constituição omitido referência à defesa de interesses individuais homogêneos pelo Ministério Público, pois que essa expressão só foi cunhada pelo legislador nacional quando da edição do CDC, ou seja, quase dois anos depois da promulgação da Lei Maior. Por isso, é óbvio que o inc. III do art. 129 da Constituição empregou a expressão “interesses difusos e coletivos” **no sentido lato**, que era aquele que lhe emprestava a doutrina da época.¹*

*Em segundo lugar, quando a Constituição comete ao Ministério Público a defesa de “interesses sociais e individuais indisponíveis”, não lhe está tolhendo, em tese, a possibilidade de zelar por interesses individuais homogêneos. Com a norma do caput do art. 127, a Lei Maior quer que o Ministério Público defenda os interesses sociais todos, e os individuais só quando indisponíveis; assim quando interesses individuais homogêneos, **ainda que não indisponíveis, tenham suficiente abrangência ou relevância, sua defesa coletiva assumirá inegável caráter social, inserindo-se, pois, nas atribuições constitucionais do Ministério Público.***

(...)

A nosso ver, a resposta à indagação acima formulada – sobre quando o Ministério Público agirá em defesa do consumidor – dependerá do tipo de interesse a ser defendido ou do tipo do pedido a ser formulado.

Senão vejamos.

*A atuação do Ministério Público sempre é cabível em defesa de interesses difusos, em vista de sua larga abrangência. **Já em defesa de interesses coletivos ou individuais homogêneos, atuará sempre que: a) haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou pelas características do dano, ainda que potencial; b) seja acentuada a relevância social do bem jurídico a ser defendido; c) esteja em questão a estabilidade de um sistema social, jurídico ou econômico, cuja preservação aproveite a toda a coletividade.***²

¹ Nesse sentido, v. RE nº 163.231-3-SP, STF Pleno, j. 26-02-97, v.u., rel. Min. Maurício Corrêa, DJU, 29-06-01, p. 55

² No mesmo sentido, v. Resp nº 292.636-RJ, 4ª T. STJ, v.u., j. 11-06-02, rel. Min. Barros Monteiro, DJU, 16-09-02, p. 190; Resp nº 168.859-RJ, 4ª T. STJ, v.u., j. 06-05-99, rel. Min. Rosado de Aguiar, RF, 350:248; Resp nº 177.965-PR, 4ª T. STJ, v.u., j. 18-05-99, rel. Min. Rosado de Aguiar, RSTJ, 123:317; Resp nº 105.215-DF, 4ª T. STJ, v.u., j. 24-06-97, RSTJ, 98: 311.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, se a defesa de interesse coletivo individual homogêneo convier à coletividade como um todo, deve o Ministério Público assumir sua tutela. (...) Não se exige a indisponibilidade do interesse nem a hipossuficiência econômica dos lesados; para que sua defesa seja assumida pelo Ministério Público, exige-se apenas que tenha ela relevância social.

Na defesa de interesses apenas individuais, justificar-se-á a intervenção da instituição ministerial quando a questão disser respeito à saúde, educação ou outras matérias indisponíveis ou de grande relevância social.³”
(grifos nossos)

No presente caso, o Ministério Público Federal age em defesa de direitos constitucionais titularizados por uma coletividade indeterminada de pessoas, ligadas entre si por circunstâncias de fato e com objeto indivisível, ou seja, direitos difusos, consoante termos do art. 81, § único, I, da Lei 8.078/90.

Inegável, pois, a legitimidade do Ministério Público para a propositura da presente ação.

É útil ainda anotar que a tutela coletiva na presente ação mostra-se plenamente eficiente. É que, caso não fosse ajuizada a presente ação civil pública, diversas ações poderiam se multiplicar no país, gerando insegurança às relações jurídicas a serem construídas entre os interessados, bem como gerando o risco de decisões contraditórias entre si.

2.2. DA LEGITIMIDADE PASSIVA

³ A Defesa de Interesses Difusos em Juízo, 20ª Edição, p. 168-170, Saraiva, 2007.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

Embora em tese seja co-legitimado ativo à propositura das ações civis públicas e coletivas, a Administração Pública Indireta muitas vezes é diretamente responsável ou co-responsável pela prática de lesões a interesses transindividuais, e, portanto, nesses casos, será legitimada passivo para a ação de mesma natureza.

Como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, no tocante à responsabilidade do Estado (Administração Pública Indireta), há três situações a considerar: a) casos em que o próprio comportamento do Estado gera o dano (conduta comissiva, geradora de responsabilidade objetiva); b) casos em que o Estado não causa o dano, mas se omite no dever que tinha de evitá-lo (conduta omissiva, geradora de responsabilidade subjetiva); c) casos em que o Estado não causa o dano, mas cria a situação propiciatória do dano (conduta de risco, geradora de responsabilidade objetiva).⁴

Logo, as pessoas jurídicas de direito público interno também podem ser colocadas no polo passivo da relação processual e, em tese, podem ser responsabilizadas solidariamente pelos danos ocorridos.

Pois bem.

O art. 8º, I, III, VI, do Anexo I, do Decreto 7.462/11, estabelece que a Secretaria de Serviços de Comunicação Eletrônica, como órgão específico singular do **Ministério das Comunicações**, integra a estrutura organizacional daquele Ministério, assim como que o Departamento

⁴ Curso de Direito Administrativo, 7ª ed., p. 456, Malheiros, 1995.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

de Acompanhamento e Avaliação de Serviços de Comunicação Eletrônica daquela Secretaria faz parte, *verbis*:

“Art. 2º O Ministério das Comunicações tem a seguinte estrutura organizacional:

II - órgãos específicos singulares:

a) Secretaria de Serviços de Comunicação Eletrônica;

(...)

2. Departamento de Acompanhamento e Avaliação de Serviços de Comunicação Eletrônica” (grifos nossos)

Já o art. 8º do Anexo do citado Decreto estipula que cabe à Secretaria de Serviços de Comunicação Eletrônica exercer, dentre outras, as seguintes competências, *verbis*:

“Art. 8º. À Secretaria de Serviços de Comunicação Eletrônica compete:

I - formular e propor políticas, diretrizes, objetivos e metas relativos aos serviços de radiodifusão, seus ancilares e auxiliares;

III - propor a regulamentação dos serviços de radiodifusão, seus ancilares e auxiliares;

VI - fiscalizar a exploração dos serviços de radiodifusão e de seus ancilares e auxiliares nos aspectos referentes ao conteúdo de programação das emissoras, bem como à composição societária e administrativa e às condições



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

de capacidade jurídica, econômica e financeira das pessoas jurídicas executantes desses serviços;” (grifos nossos)

Por sua vez, o artigo 10 do Anexo I do Decreto 7.462/11 reza que, *ipsis litteris*:

“Art. 10. Ao Departamento de Acompanhamento e Avaliação de Serviços de Comunicação Eletrônica compete:

I - elaborar e propor regulamentos, normas, padrões, instruções e manuais referentes aos serviços de radiodifusão, seus ancilares e auxiliares, no âmbito de sua competência;

II - elaborar planos de avaliação de desempenho da execução dos serviços de radiodifusão, seus ancilares e auxiliares;

III - elaborar estudos com vistas ao desenvolvimento de novos serviços de radiodifusão e os seus respectivos planos de implementação;

IV - propor a instauração de procedimento administrativo visando a apurar infrações de qualquer natureza, referentes aos serviços de radiodifusão, seus ancilares e auxiliares; e

V - acompanhar a adoção das medidas necessárias ao efetivo cumprimento das sanções aplicadas aos executantes dos serviços de radiodifusão, seus ancilares e auxiliares.” (grifos nossos)



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

Mister mencionar, ainda, que na Nota Técnica n. 173/2011 – CGAJ/DPDC/SDE (fls. 111/118) restou consignado que, *ipsis litteris*:

“30. Constata-se que a própria técnica de merchandising, qual seja, aparição de determinada marca, produto ou serviço, sem as características explícitas de anúncio publicitário, em programa de televisão ou rádio, espetáculo teatral ou cinematográfico (publicidade indireta), impossibilita, por sua natureza, que o consumidor identifique, imediatamente, e sem esforços, uma ação como sendo mensagem publicitária. Desta forma, não é possível conciliar a referida ação publicitária com a vedação expressa do art. 37, § 2º, que proíbe a publicidade que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança”

31. Logo, no caso em comento, publicidade em programas infantis, além de supostamente afrontar os princípios que norteiam a Política Nacional das Relações de Consumo, utiliza-se da fraqueza ou ignorância das crianças para impingir a divulgação comercial de produtos destinados ao público infantil, o que é vedado nos termos do art. 39, inciso IV do CDC.”
(grifos nossos)

Ora, se o próprio órgão da União (Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC) assevera, categoricamente, que *“não é possível conciliar o merchandising com a vedação expressa do art. 37, § 2º, que proíbe a publicidade que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança”*, assim como que, conforme alhures transcrito, cabe a órgão do Ministério das Comunicações (Secretaria de Serviços de Comunicação Eletrônica) elaborar e propor regulamentos, normas, padrões, instruções e manuais referentes aos serviços de radiodifusão, seus ancilares e auxiliares, no âmbito de sua competência, **COMO ADMITIR A**



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

**OMISSÃO DO SUSOMENCIONADO ÓRGÃO DO MINISTÉRIO DAS
COMUNICAÇÕES EM REGULAMENTAR ATO NORMATIVO
VISANDO PROIBIR A VEICULAÇÃO NA TV ABERTA, NO
HORÁRIO INFANTOJUVENIL, DE QUALQUER TIPO DE
PUBLICIDADE INDIRETA (MERCHANDISING)? Inconcebível tal
incongruência/disparate!**

Por outro lado, estipula o § único do art. 1º da Lei 9.472/97 que, *verbis*:

“Art. 1º Compete à União, por intermédio do órgão regulador e nos termos das políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, organizar a exploração dos serviços de telecomunicações.

Parágrafo único. A organização inclui, entre outros aspectos, o disciplinamento e a fiscalização da execução, comercialização e uso dos serviços e da implantação e funcionamento de redes de telecomunicações, bem como da utilização dos recursos de órbita e espectro de radiofrequências. ” (grifos nossos)

Do mesmo modo, se o próprio órgão da União (Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC) assevera, categoricamente, que **“não é possível conciliar o merchandising com a vedação expressa do art. 37, § 2º, que proíbe a publicidade que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança”**, assim como que, conforme alhures transcrito, cabe à ANATEL o disciplinamento e a fiscalização da execução, comercialização e uso dos serviços e da implantação e funcionamento de redes de telecomunicações, **COMO ADMITIR A OMISSÃO ANATEL EM REGULAMENTAR ATO NORMATIVO**



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

VISANDO PROIBIR A VEICULAÇÃO NA TV ABERTA, NO HORÁRIO INFANTOJUVENIL, DE QUALQUER TIPO DE PUBLICIDADE INDIRETA (MERCHANDISING)? Inconcebível tal incongruência/disparate!

Considerando-se tais premissas, assim como o que determina os princípios da ostensividade, da identificação publicitária, da ampla informação, da precaução e da proteção aos hipossuficientes, percebe-se, infelizmente, que a União, enquanto Ministério das Comunicações, assim como a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, **vêm se omitindo** ao não regular matéria de substancial importância para toda a população brasileira: **veiculação, na TV aberta, no horário infantojuvenil, de *merchandising/product placement*.**

Clarividente, outrossim, a responsabilidade das concessionárias rés. Na presente inicial, tendo em vista o grande número de concessionárias locais de TV aberta em todo o território nacional (documento de f. 10), procurou-se restringir a demanda contra **aquelas que veiculam programação em rede nacional, haja vista a potencialidade de alcance decorrente de tal abrangência.** Daí porque a inclusão apenas das presentes rés. Estas, por sua vez, devem seguir o mesmo comando judicial, ao declarar a ilegalidade da veiculação deste tipo de publicidade em horário infantil/infantojuvenil.

Assim, por terem o potencial de veiculação de merchandising no horário infantil na TV aberta, e, em vista de seu alcance de âmbito nacional, necessário incluí-las na presente causa.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

De mais a mais, sabe-se que o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR aplica o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, o qual não é uma lei, **mas regras criadas pelas próprias associações de empresas que fazem publicidade e mídia**. Na **ALÍNEA K, DO ITEM 1, DO ANEXO H** de tal Código existe dispositivo que estatui a seguinte diretriz: **“k. ao utilizar personagens do universo infantil ou apresentadores de programas dirigidos a este público-alvo, FAZÊ-LO APENAS NOS INTERVALOS COMERCIAIS, EVIDENCIANDO A DISTINÇÃO ENTRE A MENSAGEM PUBLICITÁRIA E O CONTEÚDO EDITORIAL DA PROGRAMAÇÃO”** (grifos nossos).

Ora, **se as próprias associações de empresas que fazem publicidade e mídia entendem que a utilização de personagens do universo infantil ou apresentadores de programas dirigidos a este público-alvo deve ser feita apenas nos intervalos comerciais, evidenciando a distinção entre a mensagem publicitária e o conteúdo editorial da programação, visando em ultima ratio a proteção do público infantojuvenil, POR QUE A PERMISSÃO POR PARTE DAS CONCESSIONÁRIAS RÉS EM EXIBIR EM SUA GRADE TELEVISIVA PROGRAMAS VOLTADOS AO CITADO PÚBLICO CONTENDO AS MENCIONADAS TÉCNICAS PUBLICITÁRIAS?? SIMPLES: INTERESSES MERAMENTE CAPITALISTAS E PESSOAIS DOS DONOS/DIRETORES DA EMISSORAS DE TELEVISÃO, PRINCIPALMENTE DIANTE DO FILÃO ECONÔMICO QUE O MERCADO DE PUBLICIDADE MOVIMENTA.**



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

A corroborar tal entendimento, colaciona-se trecho do artigo publicado no Jornal Estado de Minas no dia 02.7.2012, intitulado Restrição da publicidade para crianças, de autoria do Dr. Fábio Torres, juiz de direito em Minas Gerais, *verbis*:

“Não se olvida que desde cedo a criança vai forjar sua identidade social, não só em contato com a família e os amigos, mas também via gama de informações que recebe. A criança capta a realidade e tudo a que é exposta, mesmo antes de ler. Fixa, com indiscutível capacidade, centenas de marcas mercadológicas. Assim, a exposição a milhares de spots publicitários causa preocupação.

(...)

O tema ainda atrai debates acalorados e, muitas vezes, voltados aos interesses pessoais, principalmente diante do filão econômico que o mercado de publicidade movimenta. Entretanto, na visão jurídica, o que se deve buscar é a aplicação da garantia contida na constituição federal de proteção à criança, a qual não deve ser exposta ao consumo prematuro, como objetivo da publicidade, convertendo a criança em agente de consumo. (grifos nossos)

O fato é que, em hipóteses em que os órgãos estatais e empresas privadas, anomalmente, deixam de respeitar os mandamentos constitucionais, frustando, indevidamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por inaceitável modalidade de comportamento governamental/empresarial desviante, **legitima-se a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário.** Outra não é a situação que ora se demonstra.

2.3. DA EXTENSÃO SUBJETIVA DA COISA JULGADA



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

A solução do problema da coisa julgada foi uma das grandes dificuldades para instituir a defesa coletiva em juízo. De acordo com a teoria clássica, a coisa julgada significa a imutabilidade do que foi definitivamente decidido, limitadamente às partes do processo. Se a coisa julgada fica, porém, circunscrita às partes, então de que adiantariam as ações civis públicas e coletivas? Se a coisa julgada no processo coletivo ficasse classicamente limitada apenas às partes formais do processo onde foi proferida, então qualquer co-legitimado, que não tivesse participado do processo coletivo, poderia propor novamente a mesma ação, discutindo os mesmos fatos e fazendo o mesmo pedido. Se a coisa julgada no processo coletivo não ultrapassasse as barreiras formadas pelas próprias partes formais do processo de conhecimento, de que adiantaria formar-se um título executivo que não iria sequer beneficiar os lesados individuais, que não foram parte no processo?

Para resolver esses problemas atinentes à extensão subjetiva da coisa julgada, adveio a LACP e inspirou-se no modelo que já existia em nosso Direito e era aplicado em matéria das ações populares. Baseada, pois, no art. 18 da LAP, a redação originária do art. 16 da LACP previa que a sentença proferida em ação civil pública faria coisa julgada *erga omnes*, exceto se a ação tivesse sido julgada improcedente por falta de provas, caso em que outra ação poderia ser movida, sob idêntico fundamento, desde que instruída com nova prova.

Assim, em sua redação originária, a LACP mitigou a coisa julgada nas ações civis públicas e coletivas, de acordo com o resultado do processo (*secundum eventus litis*).

A redação originária do art. 16 da LACP sofreu, entretanto, uma alteração trazida pelo art. 2º da Lei nº 9.494/97, com o intuito de res-



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

tringir o alcance da coisa julgada aos limites territoriais da competência do juiz prolator.

Essa alteração não foi originária do Congresso Nacional nem decorrente de regular projeto de lei do Poder Executivo. Ao contrário, a norma proveio da conversão em lei da Medida Provisória nº 1.570/97, que alterou um sistema que já vigia desde 1985 (LACP, art. 16) ou ao menos desde 1990 (CDC, art. 103), e, portanto, desatendido claramente o pressuposto constitucional da urgência, em matéria que deveria ser afeta ao processo legislativo ordinário e não à excepcionalidade da medida provisória.

Ademais, essa alteração não só foi infeliz como inócua. Na alteração procedida em 1.997 ao art. 16 da LACP, o legislador confundiu **limites da coisa julgada (a imutabilidade *erga omnes* da sentença, ou seja, seus limites subjetivos, atinentes às pessoas atingidas pela imutabilidade) com competência territorial (que nada tem a ver com imutabilidade da sentença, dentro ou fora da competência do juiz prolator, até porque, na ação civil pública, a competência sequer é territorial, e sim funcional).**

Além disso, a alteração procedida no art. 16 da LACP incidiu apenas sobre esta Lei, mas não alcançou o sistema do CDC. Ora, é de elementar conhecimento que é um só o sistema da LACP e do CDC, em matéria de ações civis públicas e coletivas, pois ambos os diplomas legais se interpenetram e se complementam, ensejando um todo harmônico (LACP, art. 21, e CDC, art. 90). Pois bem, de um lado, o CDC estende a competência territorial do juiz prolator a todo o Estado ou a todo o País, conforme se trate de dano regional ou nacional (art. 93, II); de outro lado, o CDC disciplina adequadamente a coisa julgada na tutela coletiva (art. 103) – e seus princípios aplicam-se não só à defesa coletiva do consumidor, como também à defesa judicial de quaisquer interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, tenham ou



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

não origem nas relações de consumo. **Naturalmente, em face dessa conjugação de normas, restou ineficaz a alteração que o art. 2º da Lei 9.494/97 procedeu no art. 16 da LACP.⁵**

Enfim, não é a imutabilidade *erga omnes* da coisa julgada que será nacional, regional ou local. A imutabilidade da coisa julgada, quando obtida em ação civil pública ou coletiva, sempre alcançará todo o território nacional enquanto decisão de soberania do Estado; o que poderá ter maior ou menor extensão é o dano, que, este sim, poderá ser nacional, regional ou apenas local.

Outro não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça⁶, *verbis*:

“Processo civil e direito do consumidor. Ação civil pública. Correção monetária dos expurgos inflacionários nas cadernetas de poupança. Ação proposta por entidade com abrangência nacional, discutindo direitos individuais homogêneos. Eficácia da sentença. Ausência de limitação. Distinção entre os conceitos de eficácia da sentença e de coisa julgada. Recurso especial provido.

- A Lei da Ação Civil Pública, originariamente, foi criada para regular a defesa em juízo de direitos difusos e coletivos. A figura dos direitos individuais homogêneos surgiu a partir do Código de Defesa do Consumidor, como uma terceira categoria equiparada aos primeiros, porém ontologicamente diversa. - A distinção, defendida inicialmente por Liebman, entre os conceitos de eficácia e de autoridade da sentença, torna inócua a limitação territorial dos efeitos da coisa julgada estabelecida pelo art. 16 da LAP. A coisa julgada é meramente a imutabilidade dos efeitos da sentença. Mesmo limitada aquela, os efeitos da sentença produzem-se erga omnes, para além dos limites da competência territorial do órgão julgador.

- O procedimento regulado pela Ação Civil Pública pode ser utilizado para a defesa dos direitos do consumidor

⁵ Resp n 651.037-PR, 3ª T. STJ, j. 05-08-04, v.u., rel. Min. Nancy Andrighi, Informativo STJ, 216.

⁶ Resp n.411.529-SP, 3ª T. STJ, J. 24-06-08, por maioria, rel. Min. Nancy Andrighi.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

em juízo, porém somente no que não contrariar as regras do CDC, que contem, em seu art. 103, uma disciplina exaustiva para regular a produção de efeitos pela sentença que decide uma relação de consumo. Assim, não é possível a aplicação do art. 16 da LAP para essas hipóteses.

Recurso especial conhecido e provido.” (grifos nossos)

2.4. DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

A Justiça Federal é competente para julgar as causas que envolverem interesses da União, autarquia ou empresa pública federal, seja na condição de autora, ré ou terceiro interessado, conforme preleciona o artigo 109, inciso I, da Constituição Federal, *in verbis*:

“Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

*I - as causas em que a **União, entidade autárquica** ou empresa pública federal forem **interessadas** na condição de autoras, **rés**, assistentes ou oponentes, exceto as de falência e as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho”.* (grifos nossos)

Não fossem suficientes os argumentos expostos, ainda há que se considerar que o dano ora trazido ao conhecimento do Judiciário se concretiza através da veiculação de programas em canais da televisão aberta.

Os canais de televisão constituem-se em serviços de sons e imagens, cujo exercício incumbe à União, que pode exercê-lo diretamente ou delegá-lo a particulares, mediante autorização, concessão ou permissão. Eis a redação do art. 21, inciso XII, a, da Constituição Federal de 1988:

“Art. 21 – Compete à União:

.....
XII. explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens;”

Logo, o dano se dá em virtude de uma conduta que causa danos de natureza transindividuais (=publicidade abusiva), antijurídica (=contrariamente às normas de regulamentação), objeto de monitoramento e fiscalização de órgão federal (=SNC), dentro de uma Política Nacional das Relações de Consumo, lançada pelo Governo Federal (=União), e concretizada através de um serviço público federal (=concessões federais de televisão).

Desse modo, não há dúvidas de que a Justiça Federal é competente para processar e julgar o feito.

2.5. DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL EM MINAS GERAIS

Estabelece expressamente a regra do art. 93 da Lei 8.087/90 a competência do foro **da Capital do Estado (ou do Distrito Federal) nas causas em que se discute dano ou perigo de dano de âmbito nacional.**

Nesse sentido, inclusive, já se pronunciou o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL COLETIVA. CÓDIGO DO CONSUMIDOR, ART. 93, II. A ação civil coletiva deve ser processada e julgada no foro da capital do Estado ou no do Distrito Federal, se o dano tiver âmbito nacional ou regional; votos vencidos no sentido de que, sendo o dano de âmbito nacional, competente seria o foro do Distrito Federal. Conflito conhecido para declarar competente o Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo. (STJ-2ª Seção,



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conflito de Competência nº 17.532 – DF, rel. Min. Ari Pargendler, j. 29.02.2000).

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

1. Interpretando o artigo 93, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, já se manifestou esta Corte no sentido de que não há exclusividade do foro do Distrito Federal para o julgamento de ação civil pública de âmbito nacional. Isto porque o referido artigo ao se referir à Capital do Estado e ao Distrito Federal invoca competências territoriais concorrentes, devendo ser analisada a questão estando a Capital do Estado e o Distrito Federal em planos iguais, sem conotação específica para o Distrito Federal.

2. Conflito conhecido para declarar a competência do Primeiro Tribunal Civil do Estado de São Paulo para prosseguir no julgamento do feito. (STJ-2ª Seção, Conflito de Competência nº 17.533 – DF, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 13.09.2000) (grifos nossos)

Os consumidores/publico infantojuvenil mineiros, nesta esteira, fazem parte do universo de pessoas potencialmente atingidas, razão mais que suficiente para firmar a competência da Seção Judiciária em Minas Gerais.

2.6. DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO

Nenhuma dúvida paira sobre a forte influência dos meios de comunicação de massa nos grandes contingentes da audiência.

O setor da economia, do ramo de produtos eletrônicos, previu para o ano de 2006 venda de 10 milhões de televisores, contra 9,5 milhões em 2005, sendo considerado um recorde para o setor. Desta forma, é indene de dúvidas de que o Brasil se comunica pela televisão. O Brasil se



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

conhece e se reconhece pela televisão, tendo este veículo de comunicação um peso bem maior do que outros meios.

João Lopes Guimarães Júnior, Promotor de Justiça em São Paulo, acentua que apesar da importância do serviço público de radiodifusão de sons e imagens, o Estado brasileiro não vem exercendo a devida fiscalização sobre os concessionários desse serviço público, deixando que os particulares disponham livremente sobre a forma de prestação dos serviços, sem sofrer nenhum controle e sem prestar contas a quem quer que seja.

Por outro lado, o jurista Celso Antônio Bandeira de Mello denuncia a falta da devida fiscalização, ao afirmar que *“em País de alto contingente de iletrados e no qual a parcela de alfabetizados que lêem, mesmo jornal, é irrisória, o rádio e a televisão são os meios de comunicação que verdadeiramente informam e, de outro lado, formam, a seu sabor, a opinião pública, de tal sorte que os senhores de tais veículos dispõem de um poder gigantesco”*. Acrescenta que as mensagens televisivas *“não encontram resistência alguma”*, pois *“nada as rebate; nada obriga o emissor a ajustar-se a concepções do público-alvo, pois estas serão as que se lhes queira inculcar”*. E o resultado é que as mensagens da televisão *“modelam livremente o ‘pensamento’ dos brasileiros”*⁷.

José Carlos Barbosa Moreira, discorrendo exatamente sobre a possibilidade da programação televisiva causar efeitos deletérios, e sobre a necessidade de seu controle, afirmou:

“Ninguém ignora os perigos. Inerentes a semelhante situação, invento tão admirável do ponto de vista técnico pode servir de veículo, indiferentemente, a mensagens suscetíveis das mais diversas valorações. Os extraordinários benefícios que a respectiva utilização é apta a proporcionar têm o contrapeso inevitável da óbvia aptidão, pelo menos equivalente, para prestar à comunidade desserviços – e causar-lhe danos –

⁷ *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 12^a ed., 2000, p. 603.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

igualmente extraordinários. Trata-se, para nossa desgraça, de fenômeno rotineiro, que decerto não escapa ao mais desatento observador; isto torna dispensável a exemplificação. É fácil, assim, compreender que o ordenamento jurídico se empenhe em limitar, quanto possível, o alcance desse poder negativo e em prever remédios idôneos a neutralizá-lo sempre que ele se manifeste.”⁸

É preciso, pois, impor limites à programação televisiva, pois, ao contrário de outros meios de comunicação e de expressão (cinema, teatro, mídia impressa), a televisão entra diretamente no lar das pessoas, dificultando assim um controle, por pais e responsáveis, sobre o acesso das crianças à sua programação. Pode-se impedir, com certa facilidade, o acesso de crianças a locais onde se realizam espetáculos considerados impróprios para o público infantil (aliás, há muito tempo proíbe-se a entrada de criança nas salas onde são exibidos filmes considerados impróprios sem que se veja nisso a prática de censura). Pode-se proibir a venda de material impresso a crianças quando seu conteúdo não lhes for recomendável. Todavia, como impedi-las de ter acesso à programação televisiva disponível dentro de casa? E aqui é importante lembrar que 51% dos adolescentes brasileiros têm na televisão sua principal fonte de diversão, e assistem, em média, quatro horas de TV por dia.

Sabe-se que o poder da mídia exerce influência nos padrões de comportamento do telespectador, criando estruturas de pensar, de agir, de vestir, de se alimentar. Esta questão torna-se complexa quando os receptores são crianças e adolescentes, induzindo-os ao consumo e ao incentivo do analfabetismo funcional.

⁸ *Ação civil pública e programação da TV*, Revista de Direito Administrativo, n 201/45.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

2.7. DO *PRODUCT PLACEMENT* (COLOCAÇÃO DO PRODUTO) COMO TÉCNICA PUBLICITÁRIA

Como bem asseverado por Lúcia Ancona Lopez de Magalhães Dias⁹, “No Brasil, a exibição comercial de produto ou serviço durante o conteúdo de um programa audiovisual passou a ser comumente chamada de **merchandising televisivo**, embora esta denominação não seja a mais adequada tendo em vista os diversos outros significados que a palavra *merchandising* assume para o marketing¹⁰. Com efeito, a expressão 'colocação do produto', do inglês, *product placement* mostra-se, em nosso sentir, mais adequada para designar especificamente a técnica publicitária que ora se estuda, segundo terminologia adotada na Diretiva Europeia 1989/552/CEE ('televisão sem fronteiras'), com a recente redação que lhe conferiu a Diretiva 2007/65/CE. Assim, para efeitos deste estudo, o 'merchandising audiovisual' passará a ser designado **product placement** ou '**colocação do produto**' (também denominado 'inserimento di produkti', 'emplazamiento de producto', 'placement de produit'). A Diretiva Europeia 1989/552/CE sobre radiodifusão televisiva ('televisão sem fronteiras') define o *product placement* como 'qualquer forma de comunicação comercial audiovisual que consista na inclusão ou referência a um produto ou serviço ou à respectiva marca comercial num programa, a troco de pagamento ou retribuição similar¹¹. Trata-se, pois, de técnica publicitária que se desenvolve em espaço mídia não propriamente publicitário, dado que a

⁹ Magalhães Dias, Lucia Ancona Lopes de. *Publicidade e Direito*. p. 218, São Paulo: Ed. RT, 2010

¹⁰ *Merchandising* quer significar, e esse é o sentido primeiro da palavra, a exposição diferenciada do produto no ponto de venda, com o auxílio de qualquer tipo de peça (ex.: *display*) ou somente organizada segundo planogramas (apresentação diferenciada). Em regra, tal exposição se dá próximo aos caixas das lojas ou gôndolas de produtos. *Merchandising* é, assim, o conjunto de ações exercidas no interior de um ponto de venda para informar o consumidor sobre a existência de certa marca ou produto no estabelecimento, dando-lhe maior visibilidade por meio da exposição diferenciada, com o objetivo de influenciar decisões de compra, acelerando sua rotatividade. Consiste na técnica que se utiliza da própria mercadoria (“*merchandise*”) para agir (“*ing*”) na direção de vendê-la.

¹¹ Art. 1º (m), com a redação da Diretiva 2007/65/CE.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

exibição do produto, do serviço ou da marca vem inserida no conteúdo de um programa audiovisual, ou seja, durante a narrativa de um filme, de uma novela ou de qualquer outro programa de entretenimento, distinguindo-se da forma da publicidade tradicional.” (grifos nossos). E arremata **“Dessa definição, percebe-se que o estudo da 'colocação do produto' apresenta relevância jurídica sob a ótica do dever de transparência e identificação das mensagens publicitárias (art. 36, CDC).”** (grifos nossos)

Sobreleva ressaltar, neste ponto, o papel da técnica da colocação do produto, sempre tendo em mente que a publicidade é inerente à sociedade de consumo, donde se extrai que se trata de um binômio indissolúvel.

Nos últimos anos, a colocação do produto expandiu-se do cinema para os mais diversos espaços audiovisuais, como a sua introdução em novelas, programas de entretenimento e seriados. Com efeito, ao longo do tempo, os anúncios tradicionais cederam lugar àquelas mensagens nas quais não mais se explicita as características dos produtos e serviços, mas se objetiva colocar em relevo as várias situações de prazer que a aquisição do produto pode gerar, resultando no que se chama publicidade de “estilos de vida”. O *product placement* seria, assim, uma forma bem sucedida de demonstrar tais situações da vida, possibilitando-se, a associação de produtos a determinados ambientes ou personagens famosos, de modo a influir sobre nossos hábitos de consumo.

A técnica de colocação do produto em programas audiovisuais pode ocorrer de forma verbal e/ou visual. Na colocação verbal, um dos personagens do filme ou do programa menciona a marca ou outras características distintivas do produto colocado; na visual, há apenas a sua exibição, sem nenhuma citação verbal aos mesmos. Esta última pode ainda se desenvolver de forma ativa ou passiva. Na colocação visual ativa, o produto



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

adquire um certo protagonismo podendo até resultar em um elemento fundamental da trama; na colocação visual passiva, há apenas a visualização do produto, não exercendo parte ativa na cena. Há ainda a forma 'testemunhal', quando o apresentador afirma que consome o produto anunciado.

Ana Olmos¹² faz a seguinte reflexão: *“temos que investigar se, pelo volume dessa publicidade sem limite detectada no Brasil, a propaganda já não se converteu na verdadeira programação.”*

Diante dessa constatação, nota-se que o princípio da identificação obrigatória da mensagem como publicitária, consagrado em nosso sistema jurídico, não passaria de letra morta, sem a sua real aplicabilidade e efetividade.

A obra artística deve ser vista como um produto ficcional, de entretenimento e não deve ser estabelecida uma interação entre ficção e realidade, pois o fim que se busca na obra artística é diversa daquela apresentada na publicidade.

Eneus Trindade¹³, com base em outros autores, considera o *merchandising*, em princípio, como uma técnica quase subliminar, uma vez que os produtos, serviços e ideias são difundidos através de cenas que simulam situações normais do cotidiano, tornando-se um elemento forte para a análise das interações entre ficção e realidade, facilmente incorporados pelo telespectador, quase que de forma despercebida. Mas essa sutileza do *merchandising* pode ser colocada em cheque quando um produto ou serviço é mostrado de forma ostensiva. Percebe-se que há uma rejeição por parte do público, que considera esta técnica abusiva.” Por fim, ainda acrescenta uma crítica contundente: *“as justificativas apresentadas não eximem o*

¹² *O abuso do merchandising televisivo dirigido à criança: argumentos da Psicogenética*. Classificação Indicativa no Brasil: desafios e perspectiva/ José Eduardo Elias Romão...[et al.]. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2006. p.173-182.

¹³ Mestrando do Programa de Pós-Graduação da Escola de Comunicações e Artes pelo Departamento de Relações Públicas, Propaganda e Turismo da USP.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

merchandising da sua carga manipulatória. O fato não se restringe apenas a uma questão ética, mas acarreta na discussão sobre a qualidade da obra, pois sua intervenção na narrativa, se não for muito bem feita, pode caracterizar um momento de parada no fluxo da história das personagens, o que desagrada o público”.

Ana Olmos assegura que “*uma simples percepção distintiva entre programas e comerciais, contudo, não providencia uma 'defesa cognitiva' da criança contra as alegações e apelos da publicidade. A criança só consegue fazer uma avaliação mais crítica do conteúdo do anúncio publicitário após desenvolver a habilidade de reconhecer a intenção persuasiva da publicidade. Assim, os pré-requisitos conhecimento e habilidades são necessários para que uma criança telespectadora processe o conteúdo comercial de um modo maduro. Primeiro ela deve estar apta para discernir em um nível razoável entre programa e mensagem comercial; segundo, a criança deve ser capaz de reconhecer a intenção persuasiva que é necessariamente a razão fundamental de toda publicidade”.*

Na forma testemunhal de *merchandising*, o abuso contra a criança fica mais explícito, pois a apresentadora infantil avaliza os produtos que o anunciante lhe paga para endossar, confundindo-as, enganando-as e traindo sua confiança.

No Brasil, o *mershandising* não mereceu regulamentação expressa, mas nem por isso pode ser considerada uma conduta de todo permitida. Mister analisá-lo sob a ótica da abusividade e/ou inadequação.

O Código de Autorregulamentação Publicitária trata do *mershandising* em alguns dispositivos, destacando-se que a técnica não é proibida:

“Art. 10 A publicidade indireta ou “merchandising” submeter-se-á igualmente a todas as normas dispostas



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

neste Código, em especial os princípios de ostensividade (art. 9º) e identificação publicitária (artigo 28).

Art. 29 Este Código não se ocupa da chamada “propaganda subliminar”, por não se tratar de técnica comprovada, jamais detectada de forma juridicamente incontestada. São condenadas, no entanto, quaisquer tentativas destinadas a produzir efeitos “subliminares” em publicidade ou propaganda.

Parágrafo único - Este Código encoraja os Veículos de Comunicação a adotarem medidas ao seu alcance destinadas a facilitar a apreensão da natureza publicitária da ação de “merchandising”. (grifos nossos)

Entretanto, com as alterações introduzidas no mencionado Código, existe um dispositivo expresso no Anexo H¹⁴, segundo o qual **“ao utilizar personagens do universo infantil ou apresentadores de programas dirigidos a este público-alvo, FAZÊ-LO APENAS NOS INTERVALOS COMERCIAIS, EVIDENCIANDO A DISTINÇÃO ENTRE A MENSAGEM PUBLICITÁRIA E O CONTEÚDO EDITORIAL DA PROGRAMAÇÃO”** (alínea k, do item 1, do Anexo H). Vide item 24 da Nota Técnica n. 173/2011 – CGAJ/DPDC/SDE (ANEXO I – fls. 111/118).

Desta maneira, o próprio CONAR tem reconhecido a nocividade do *merchandising* na programação televisiva destinada ao universo infantojuvenil, sendo que os novos parâmetros servem de guia para o aplicador do direito, exatamente para implementar as medidas postuladas nesta ação.

Ademais, a Lei nº 9.294/96 proíbe a técnica do *merchandising* de produtos fumíferos, derivados ou não do tabaco, no art. 3º A, VII, nos seguintes termos:

¹⁴ Anexo H “disciplina a propaganda comercial de alimentos, refrigerantes, sucos, achocolatados, bebidas não-carbonatadas e as isentas de álcool a elas assemelhadas”.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

“Art. 3ª Quanto aos produtos referidos no art. 2o desta Lei, são proibidos: (Artigo incluído pela Lei nº 10.167, de 27.12.2000)

I – a venda por via postal; (Inciso incluído pela Lei nº 10.167, de 27.12.2000)

II – a distribuição de qualquer tipo de amostra ou brinde; (Inciso incluído pela Lei nº 10.167, de 27.12.2000)

III – a propaganda por meio eletrônico, inclusive internet; (Inciso incluído pela Lei nº 10.167, de 27.12.2000)

IV – a realização de visita promocional ou distribuição gratuita em estabelecimento de ensino ou local público; (Inciso incluído pela Lei nº 10.167, de 27.12.2000)

V – o patrocínio de atividade cultural ou esportiva; (Inciso incluído pela Lei nº 10.167, de 27.12.2000)

VI – a propaganda fixa ou móvel em estádio, pista, palco ou local similar; (Inciso incluído pela Lei nº 10.167, de 27.12.2000)

VII – a propaganda indireta contratada, também denominada merchandising, nos programas produzidos no País após a publicação desta Lei, em qualquer horário; (Inciso incluído pela Lei nº 10.167, de 27.12.2000)

VIII – a comercialização em estabelecimentos de ensino e de saúde. (Inciso incluído pela Lei nº 10.167, de 27.12.2000)

VIII – a comercialização em estabelecimento de ensino, em estabelecimento de saúde e em órgãos ou entidades da Administração Pública; (Redação dada pela Lei nº 10.702, de 14.7.2003)

IX – a venda a menores de dezoito anos. (Incluído pela Lei nº 10.702, de 14.7.2003) (grifos nossos)

Chega-se à constatação que o tema publicidade **não tem uma regulamentação adequada**, sobretudo no que concerne às crianças e adolescentes, cujos direitos devem ser mais amplamente tutelados, a fim de assegurar-lhes um desenvolvimento humano, psicológico e físico adequado, de modo a concretizar o princípio da proteção integral.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

Evidencia-se, na prática, que não existe uma política direcionada à implementação do princípio da proteção integral na seara da publicidade. De outro lado, a política adotada pelos meios de comunicação está bem estruturada para inverter as fases de desenvolvimento cognitivo da criança, numa completa violência contra o psiquismo infantojuvenil.

A questão merece atenção, haja vista que a exibição com intenção comercial vem inserida em um espaço de mídia não publicitário (i.e., filmes, programas, seriados) e, por essa razão, induz a erro os consumidores infantojuvenis quanto à real natureza de sua apresentação, haja vista a deficiência de julgamento e experiência do citado público.

De forma magistral, Ana Olmo afirma que:

“Diante da violência abusiva contra o psiquismo infantil que a prática do merchandising dirigido às crianças configura, propomos como critérios de classificação indicativa da programação televisiva sua irrestrita proibição.” (grifos nossos)

Colaciona-se, também, trecho do artigo publicado no Jornal Estado de Minas no dia 02.7.2012, intitulado Restrição da publicidade para crianças, de autoria do Dr. Fábio Torres, juiz de direito em Minas Gerais, *verbis*:

“Não se olvida que desde cedo a criança vai forjar sua identidade social, não só em contato com a família e os amigos, mas também via gama de informações que recebe. A criança capta a realidade e tudo a que é exposta, mesmo antes de ler. Fixa, com indiscutível capacidade, centenas de marcas mercadológicas. Assim, a exposição a milhares de spots publicitários causa preocupação.

(...)



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

*O tema ainda atrai debates acalorados e, muitas vezes, voltados aos interesses pessoais, principalmente diante do filão econômico que o mercado de publicidade movimenta. **ENTRETANTO, NA VISÃO JURÍDICA, O QUE SE DEVE BUSCAR É A APLICAÇÃO DA GARANTIA CONTIDA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE PROTEÇÃO À CRIANÇA, A QUAL NÃO DEVE SER EXPOSTA AO CONSUMO PREMATURO, COMO OBJETIVO DA PUBLICIDADE, CONVERTENDO A CRIANÇA EM AGENTE DE CONSUMO.***” (grifos nossos)

Por fim, cumpre salientar que a técnica do merchandising acaba por burlar o máximo legal de 25% de publicidade permitida em relação à programação televisiva na TV aberta, visto que veicula-se uma massa de publicidade inserida fora do horário destinado legalmente à mesma (Lei 4.117/62, art. 124).

2.8. DO DEVER CONSTITUCIONAL/LEGAL DE PROTEÇÃO ÀS CRIANÇAS E AOS ADOLESCENTES:

A ordem jurídica brasileira consagra um amplo sistema protetivo das crianças e adolescentes.

A Constituição da República considera a proteção integral da criança um direito social (art. 6º, *caput*). Já o art. 227, recentemente alterado pela Emenda Constitucional n. 65/2010, reza que “*é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.*”



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

A seu turno, o Estatuto da Criança e do Adolescente, visando fazer valer susomencionada proteção, dispõe que:

➤ A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (art. 3º)

➤ É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (art.4º)

➤ A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. (art. 7º)

➤ O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais. (art. 17)

➤ É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente.

➤ A criança e o adolescente têm direito à informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. As obrigações previstas nesta Lei não excluem da prevenção especial outras decorrentes dos princípios por ela adotados. A inobservância das normas de prevenção importará em responsabilidade da pessoa física ou jurídica, nos termos desta Lei. (arts. 71 a 73)



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

Mister mencionar que o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária editou o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária cuja Seção 11 cuida exatamente da publicidade dirigida à criança e adolescente.

Dispõe o seu art. 37, § § 1º e 2º, *verbis*:

“Artigo 37 - Os esforços de pais, educadores, autoridades e da comunidade devem encontrar na publicidade fator coadjuvante na formação de cidadãos responsáveis e consumidores conscientes. Diante de tal perspectiva, nenhum anúncio dirigirá apelo imperativo de consumo diretamente à criança. E mais:

I – Os anúncios deverão refletir cuidados especiais em relação a segurança e às boas maneiras e, ainda, abster-se de:

a. desmerecer valores sociais positivos, tais como, dentre outros, amizade, urbanidade, honestidade, justiça, generosidade e respeito a pessoas, animais e ao meio ambiente;

b. provocar deliberadamente qualquer tipo de discriminação, em particular daqueles que, por qualquer motivo, não sejam consumidores do produto;

c. associar crianças e adolescentes a situações incompatíveis com sua condição, sejam elas ilegais, perigosas ou socialmente condenáveis;

d. impor a noção de que o consumo do produto proporcione superioridade ou, na sua falta, a inferioridade;

e. provocar situações de constrangimento aos pais ou responsáveis, ou molestar terceiros, com o propósito de impingir o consumo;

f. empregar crianças e adolescentes como modelos para vocalizar apelo direto, recomendação ou sugestão de uso



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

ou consumo, admitida, entretanto, a participação deles nas demonstrações pertinentes de serviço ou produto;

g. utilizar formato jornalístico, a fim de evitar que anúncio seja confundido com notícia;

h. apregoar que produto destinado ao consumo por crianças e adolescentes contenha características peculiares que, em verdade, são encontradas em todos os similares;

i. utilizar situações de pressão psicológica ou violência que sejam capazes de infundir medo.

II - Quando os produtos forem destinados ao consumo por crianças e adolescentes seus anúncios deverão:

a. procurar contribuir para o desenvolvimento positivo das relações entre pais e filhos, alunos e professores, e demais relacionamentos que envolvam o público-alvo;

b. respeitar a dignidade, ingenuidade, credulidade, inexperiência e o sentimento de lealdade do público-alvo;

c. dar atenção especial às características psicológicas do público-alvo, presumida sua menor capacidade de discernimento;

d. obedecer a cuidados tais que evitem eventuais distorções psicológicas nos modelos publicitários e no público-alvo;

e. abster-se de estimular comportamentos socialmente condenáveis.

Parágrafo 1º

Crianças e adolescentes não deverão figurar como modelos publicitários em anúncio que promova o consumo de quaisquer bens e serviços incompatíveis com sua condição, tais como armas de fogo, bebidas alcoólicas, cigarros, fogos de artifício e loterias, e todos os demais igualmente afetados por restrição legal.

Parágrafo 2º



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

O planejamento de mídia dos anúncios de produtos de que trata o inciso II levará em conta que crianças e adolescentes têm sua atenção especialmente despertada para eles. Assim, tais anúncios refletirão as restrições técnica e eticamente recomendáveis, e adotar-se-á a interpretação a mais restritiva para todas as normas aqui dispostas.”

2.9. DA PUBLICIDADE E PROPAGANDA À LUZ DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA

A Constituição da República impõe ao Estado a proteção e a defesa do consumidor, mantendo-se firme aos ditames do paradigma do atual Estado Democrático de Direito, no qual o Estado tem papel preponderante ao interferir na esfera de atuação privada de modo a garantir ao hipossuficiente da relação jurídica de consumo o resguardo seus direitos.

A inclusão da defesa do consumidor como direito fundamental na CF vincula o Estado e todos os demais operadores a aplicar e efetivar a defesa deste ente vulnerável, considerado mais fraco na sociedade. É o que chamamos de “*força normativa da Constituição*”, na expressão de Konrad Hesse, em que a Constituição, ou os direitos nela assegurados, em especial os direitos fundamentais, não são meros programas ou discursos a serem seguidos, mas apresentam força de norma (norma jurídica), passível de ser executado e exigível.

A Constituição, sob o novo enfoque que se dá ao direito privado, funciona como centro irradiador e marco de reconstrução de um direito privado brasileiro mais social e preocupado com os vulneráveis. Na



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

belíssima expressão trazida do direito alemão por Cláudia Lima Marques, a Constituição seria a garantia e o limite de um direito privado construído sob seus valores (principalmente os direitos fundamentais), transformando-o em um “*direito privado solidário*”.

Nesse diapasão, dando concretude à determinação constitucional, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) assim dispôs em seu art. 1º:

“Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.”

Urge salientar que a legislação consumerista criou um arcabouço favorável à tutela que se requer nesta ação. De fato, estatui o art. 6º, do Código de Defesa do Consumidor:

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
[...]
IV - a proteção contra a publicidade enganosa, métodos comerciais coercitivos ou desleais (...).
[...]
VI – a efetiva proteção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;”
(grifos nossos)

Ademais, além do dever de informar, o CDC impõe a proibição de publicidade abusiva ou enganosa:

“Art. 37 É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 1º - É **enganosa** qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de **induzir em erro o consumidor** a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2º - É **abusiva**, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se **aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança**, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

§ 3º - Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre **dado essencial do produto ou serviço**". (grifos nossos)

Por fim, o artigo 39, IV, do mesmo Código, estabelece que,
verbis:

“Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços:

(...)

IV – **prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços.**” (grifos nossos)

O consumidor é, reconhecidamente, um ser vulnerável no mercado de consumo (art. 4º, I). Só que, entre todos os que são vulneráveis, **há outros cuja vulnerabilidade é superior à média**. São os consumidores ignorantes e de pouco conhecimento, **de idade pequena** ou avançada, de saúde frágil, bem como aqueles cuja posição social não lhes permite avaliar com adequação o produto ou serviço que estão adquirindo. **Em resumo: são os consumidores hipossuficientes**. Protege-se com esse dispositivo, por meio



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

de tratamento mais rígido que o padrão, o consentimento pleno e adequado do consumidor hipossuficiente.

A publicidade, conforme alhures mencionado, é inerente à sociedade de consumo, donde se extrai que se trata de um binômio indissolúvel, **cumprindo, pois, ao Poder Público exercer o controle positivo sobre a veiculação de publicidade, a fim de não se causarem danos aos consumidores infantojuvenis.**

Ademais, para se garantir o direito integral à proteção da criança e do adolescente, deve-se impedir, **sob pena de danos ao desenvolvimento emocional, psíquico e social**, a veiculação de merchandising na TV aberta, no horário infantojuvenil, que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança e do adolescente, haja vista sua incapacidade de distinguir as desaprovações, falsos argumentos e representações enganosas na mensagem comercial, bem como sua imaturidade em discernir os exageros contidos em qualquer mensagem publicitária.

2.10. DA PROTEÇÃO JURISDICIONAL EM CASO DE OMISSÃO OU ATUAÇÃO INADEQUADA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DO CONTROLE JURISDICIONAL A PARTIR DO DEVER ESTATAL DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

Além de o juiz ter que interpretar as regras processuais segundo o direito fundamental do consumidor, cabe-lhe, ainda, dar efetividade às normas de proteção em caso de omissão ou atuação inadequada da administração pública, basicamente porque o dever de proteção não recai somente sobre a administração, mas também sobre o juiz.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

Não há razão para imaginar que o juiz, no caso, estará ocupando o espaço da Administração. Ao se conferir à Administração o poder de fazer atuar as normas de proteção, otimiza-se a tutela do consumidor a partir da suposição de que a melhor política de prevenção contra os abusos do fornecedor deve priorizar o controle administrativo. Portanto, quando se dá à administração o poder de exercer a tutela preventiva, pretende-se apenas outorgar maior efetividade à prevenção, efetividade esta que não se alcança em caso de omissão ou atuação inadequada da administração pública.

Assim, não há como pensar que o juiz não pode atuar para evitar a violação da norma, ou mesmo para remover o ilícito continuado que contra ela foi praticado, quando a administração for omissa ou ineficiente. Nessa situação, a jurisdição estará suprindo a negação da proteção devida pela administração.

Ademais, algumas considerações acerca do princípio da separação dos poderes fazem-se necessárias.

Inicialmente sustentado na necessidade de garantir a liberdade e o império da lei, o princípio da separação de poderes há de ser entendido, hoje, na perspectiva de garantia do Estado Social, o que implica um processo de adaptação. Se a doutrina clássica da divisão de poderes exigia um Estado mínimo, pois o valor máximo era a liberdade, no Estado Social, embora valor de primeira categoria, só tem como se realizar à luz de outros valores, como a segurança econômica e os direitos sociais, que devem ser garantidos materialmente pela sua ação.

Também, se o princípio da separação de poderes significava que cada função deveria estar a cargo de órgãos distintos, hoje se constata que boa parte da legislação material vem sendo implementada pelo governo via regulamentos. Não se deve desconhecer ainda o fato de que a



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

maioria da legislação formal, aprovada pelo parlamento, tem sua origem em projetos de lei de iniciativa do governo.

Ademais, o fenômeno denominado de judicialização da política, pela crescente expansão da jurisdição constitucional, também limita os poderes do parlamento, concedendo aos juízes uma função que ultrapassa em muito aquilo que pretendia Montesquieu. Nos tempos atuais, os juízes não são apenas *la bouche qui prononce les paroles de la loi*, pois vêm atuando onde o próprio Legislativo não atua, o que faz com que a função jurisdicional deixe de ser aquela de impedir, para adquirir um perfil votado para a própria transformação do direito, compatível, portanto, com a função de agir.

A judicialização da política é conceito que envolve a presença de um novo ativismo judicial pelos tribunais e o interesse dos políticos e administradores em adotar métodos e procedimentos típicos do processo judicial e parâmetros jurisprudenciais consagrados pelo Judiciário nas suas decisões. Afirma Marcus Faro de Castro que “a judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e **Executivo se mostra falho, insuficiente ou insatisfatório**. Sob tais condições, ocorre uma certa aproximação entre direito e política e, em vários casos, torna-se mais difícil distinguir entre um “direito” e um 'interesse público', sendo possível se caracterizar o desenvolvimento de uma 'política de direitos’”.

No âmbito da jurisprudência brasileira, o tema da judicialização da política tem sido versado pelo Supremo Tribunal Federal, e, de forma emblemática, no Mandado de Segurança 23.452-1/RJ, relator ministro Celso de Melo, envolvendo a determinação dos limites legítimos de atuação das comissões parlamentares de inquérito.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

É preciso, no entanto, considerar que uma transformação da separação de poderes não implica a rejeição do princípio, que não perdeu sua razão de ser, **mas em dar-lhe um novo sentido capaz de compatibilizá-lo com as exigências da modernidade. E ainda não se deve esquecer que o princípio da separação de poderes não significa o isolamento de cada poder, mas a abertura para o diálogo que leva ao controle mútuo.**

Por fim, colaciona-se trecho do artigo publicado no Jornal Estado de Minas no dia 02.7.2012, intitulado Restrição da publicidade para crianças, de autoria do Dr. Fábio Torres, juiz de direito em Minas Gerais, *verbis*:

“No contexto nacional, patente que a sociedade brasileira atravessou nas últimas décadas uma crescente ordem de consumo, com expansão dos meios de mídia, da oferta de produtos, do aumento da renda e do crédito. Essa situação desencadeia uma facilidade de consumo, na qual a sociedade economicamente forte é a que tem o feliz consumidor que adquire os produtos, que tem as novidades, que compra, às vezes, sem a necessidade, mas pela compulsividade social de que ter/comprar/consumir é indispensável.

*Essa posição de felicidade e consumo leva a uma perturbação social que foge ao capitalismo **E CAMINHA PARA A NECESSIDADE DE UM CONTROLE JURÍDICO CAPAZ DE ESTABELEECER UMA REGULAMENTAÇÃO DA PUBLICIDADE, AFIM DE QUE ELA SEJA EMPREGADA NÃO SÓ NA CONQUISTA DO CONSUMIDOR, MAS EM PROL DA SOCIEDADE.** Não há como esquecer ser a proteção ao consumidor obrigação do Estado. Desde que John F. Kennedy lançou a visão de que todos somos consumidores, na sua mensagem ao Congresso americano em 1962, a proteção do consumidor ganhou relevância.*

(...)

O Conar aplica o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, o qual não é uma lei,



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

mas regras criadas pelas associações de empresas que fazem publicidade e mídia. Há nele regras da publicidade em geral e trata de anúncios de produtos e serviços destinados a crianças e adolescentes, no seu art. 37, estabelecendo: 'Os esforços de pais, educadores, autoridades e da comunidade devem encontrar na publicidade fator coadjuvante na formação de cidadãos responsáveis e consumidores conscientes. Diante de tal perspectiva, nenhum anúncio dirigirá apelo imperativo de consumo diretamente à criança.

O que se vê no dia a dia, entretanto, é uma não observância dessa regra. E as empresas de publicidade não reconhecem a propaganda como vilã, argumentando que a decisão de compra de um produto cabe aos pais. Essa ponderação não reflete a realidade dos lares brasileiros, pois como já bem assinalou o Instituto Alana, a propaganda, quando voltada para o público infantil, transforma as crianças em promotores de venda, em demandantes de produtos, em sonhadores com uma realidade exposta na publicidade que, majoritariamente, é mera ficção, e não reflete a realidade dos produtos.

POR ISSO, A RESTRIÇÃO DE PUBLICIDADE INFANTIL É UMA OBRIGAÇÃO DO ESTADO, QUE ENCONTRA SUPORTE NA OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO DA CRIANÇA.

(grifos nossos)

2.11. DA PROIBIÇÃO DE PUBLICIDADE DIRIGIDA AO PÚBLICO INFANTIL SEM PREJUÍZO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A Constituição Federal que veda a censura prévia aos meios de comunicação e às atividades artísticas e culturais em geral (art. 5º, inc. IX e art. 220, § 1º e § 2º) atribuiu à União competência para “exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão” (art. 21, inc. XVI). A Constituição admite ainda que diversões, conforme sua natureza, podem não ser recomendáveis a determinadas faixas etárias, e que suas apresentações podem ser inadequadas em determinados horários (art.220, § 3º, incisos I e II)¹⁵.

¹⁵“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;



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

Como visto, o ECA, ao disciplinar a prevenção especial concernente a informação, cultura, lazer, diversões e espetáculos, estabeleceu o modo do Poder Público cumprir seu dever de regular as diversões “informando sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horário em que sua apresentação se mostre inadequada” (art. 74, *caput*).

O controle sobre a programação televisiva tem, portanto, fundamento na mesma Constituição que garante a liberdade de expressão. Nenhum conflito existe aí, pois todo direito é passível de sofrer limitações, e nenhuma liberdade é absoluta para ser exercida a qualquer tempo e sob quaisquer circunstâncias.

Plenamente constitucional, portanto, a classificação da programação televisiva, medida que atende dois objetivos fixados na Constituição Federal: 1) respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento de crianças e adolescentes (art. 227) e 2) direito da pessoa e da família de se defenderem de programas de televisão que não respeitam os valores éticos e sociais da pessoa e da família (art. 220).

Convém salientar que a presente ação não tem por fim limitar o exercício de direitos fundamentais. Restou sobejamente demonstrado na peça exordial que há, em nosso ordenamento jurídico, diversos dispositivos – constitucionais, por excelência - que estabelecem limites expressos ao exercício da liberdade econômica, na medida que exigem o respeito aos valores fundamentais da pessoa humana (art.1º, inciso III da CR/88), aos valores éticos da pessoa e da família (art. 221, IV da CR/88), dentre outros.

Outrossim, por aplicação do princípio da proporcionalidade, impõe-se que a liberdade econômica, intelectual e de

“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.”



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

produção devem ser direcionadas para produção de efeitos benéficos à coletividade. A partir do momento em que há um rompimento desse equilíbrio, o exercício de referida liberdade passa a constituir-se abuso de direito, a ser reprimido pela ordem jurídica.

O objetivo que se busca nesta ação não representa, de forma alguma, manifestações intoleráveis de censura, porque visam a assegurar a tutela dos direitos e garantias fundamentais do nosso Estado Democrático de Direito, com a devida proteção das livres expressões de pensamento e atividade intelectuais, artística, científica e de comunicação.

João Guimarães Júnior afirma que nos Estados Unidos, onde a liberdade de expressão goza de proteção constitucional há mais de dois séculos, a Suprema Corte estabeleceu uma distinção entre a manifestação protegida e a não protegida: obscenidade, lascívia, calúnia, palavras agressivas e incitação à violência não estão protegidos porque tais expressões não são parte essencial de qualquer exposição de idéias, e são de tão irrelevante virtude social que eventual benefício que puderem delas decorrer será facilmente ultrapassado pelo interesse social na ordem e na moralidade (Chaplinsky v. New Hampshire).¹⁶

No Brasil existe uma preocupação com o tipo de mensagem que merece proteção, pois a Constituição Federal ao vedar “toda e qualquer censura”, refere-se expressamente à “censura de natureza política, ideológica e artística” (art. 220, § 2º).

É certo, pois, que a classificação da programação não é incompatível com a liberdade de expressão. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a premissa de que “a Constituição de 1988 em seu artigo 220 estabeleceu que a liberdade de manifestação do pensamento, de criação, de expressão e de informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não

¹⁶ 315 U.S. 568 (1942)



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

sofrerá qualquer restrição, observado o que nela estiver disposto”. Admitiu, todavia, “limitações à liberdade de manifestação do pensamento, pelas suas variadas formas”, desde que a restrição esteja “explícita ou implicitamente prevista na própria Constituição” (ADI N. 869-DF).

Importante ressaltar neste tópico excelente estudo desenvolvido por Edgar Rebouças¹⁷, doutor em Comunicação Social, no qual sustenta que “o debate em torno do estabelecimento (ou não) de políticas públicas para o setor de comunicações está ligado a interesses e pressões de quatro atores sociais: o Estado, o empresariado da mídia, a sociedade civil organizada e os intelectuais/especialistas”. (p.95)

Segundo narra, o setor que mais se destaca é aquele vinculado aos interesses das empresas de comunicações, agências de publicidade e anunciantes – os auto-intitulados “donos” da mídia. (p.95)

É neste contexto pintado pelos especialistas que se busca a proteção integral da criança e do adolescente, sem menosprezar o relevante papel da televisão como veículo de informação, de entretenimento, de lazer, de cultura e realização de sonhos. Porém, é preciso exigir uma responsabilidade dos atores sociais - setor empresarial e Estado - exatamente para atingir níveis de qualidade na formação dos nossas crianças.

Colaciona-se trecho do artigo publicado no Jornal Estado de Minas no dia 02.7.2012, intitulado Restrição da publicidade para crianças, de autoria do Dr. Fábio Torres, juiz de direito em Minas Gerais, *verbis*:

“É IMPORTANTE DESTACAR QUE RESTRIÇÃO À PUBLICIDADE NÃO É RESTRIÇÃO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO. A RESTRIÇÃO À PUBLICIDADE DE CIGARRO E BEBIDAS ALCOÓLICAS JÁ AFASTOU ESSA PONDERAÇÃO ANACRÔNICA.”

¹⁷ REBOUÇAS, Edgard. *O discurso/escudo da liberdade de expressão dos “donos” da mídia*. Classificação Indicativa no Brasil: desafios e perspectiva/ José Eduardo Elias Romão...[et al.]. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2006. p.95-106.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

TRATA-SE DE UMA GARANTIA DE ASSEGURAR DIREITO AO INDIVÍDUO E A TODA A SOCIEDADE, GANHANDO MAIOR PREOCUPAÇÃO E DESTAQUE QUANDO SE TRATA DE PUBLICIDADE DIRIGIDA ÀS CRIANÇAS. *A criança é hipervulnerável em processo de desenvolvimento. Não tem condições para uma adequada interpretação crítica da publicidade” (grifos nossos)*

Por fim, colaciona-se, outrossim, trecho do parecer da lavra do catedrático Dr. Virgílio Afonso da Silva, Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (DOC. 2), *verbis*:

“3.2. A função das cláusulas de restrição

*Talvez seja intuitivo pensar que, se um determinado dispositivo legal ou constitucional prevê expressamente a possibilidade de que um direito seja restringido em determinados casos, **então nos casos não abarcados por essa previsão a restrição não seria permitida.** Essa intuição decorre da ideia de que, se o direito pudesse ser restringido em todos os casos, a previsão explícita de restrição em apenas alguns casos seria inteiramente supérflua. Infelizmente, contudo, nem sempre a nossa intuição é capaz de perceber todas as nuances da interpretação constitucional.*

Dois exemplos simplórios podem ser úteis para demonstrar o quanto essa intuição é equivocada.

Primeiro exemplo: Um fabricante de armas decide fazer uma ampla campanha publicitária, no horário nobre das principais emissoras de TV e nas primeiras páginas dos principais jornais do país, com o intuito de divulgar o seu mais novo modelo de revólver. As autoridades públicas intervêm para impedir essa publicidade. O fabricante, e sua agência de publicidade, argumentam que a Constituição, que garante o direito à publicidade, não impôs nenhuma restrição à publicidade de armas, as quais, embora sejam produtos de venda e utilização estritamente controladas, não são produtos ilegais.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

Segundo exemplo: Para quem imagina que o problema acima se resolve por meio do argumento "não se trata de um produto de venda livre", é possível pensar em um exemplo mais simples e direto. Um produtor de brócolis, produto saudável e de venda livre, cuja publicidade não está mencionada no art. 220, § 4º, da Constituição, como sujeita a restrições, resolve fazer uma intensa campanha de marketing, em diversos meios de comunicação. Nessa campanha, são usadas frases como "coma apenas brócolis, é tão saudável que você não precisa de mais nenhum alimento!" ou "dê suco de brócolis para o seu filho recém-nascido, é muito mais nutritivo do que leite materno!". Não há dúvida de que o exemplo é exagerado. É possível pensar em exemplos muito mais corriqueiros. O que importa é que uma campanha publicitária como essa dificilmente seria aceita. No mínimo, alguém diria que se trata de publicidade enganosa. E, de fato, não há dúvida de que se trata de publicidade enganosa. Mas como restringir a publicidade de brócolis se a Constituição menciona ser passível de restrição apenas a publicidade de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias? A resposta mais imediata – e provavelmente aceita por muitos também como a mais correta – seria aquela que argumentasse que se trata de "publicidade enganosa", e que isso é vedado pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 37) e incompatível com o princípio constitucional de proteção ao consumidor (arts. 5º, XXXII e 170, V). Mas se essa é a fundamentação para se aceitar a restrição à mencionada publicidade de brócolis, é fácil perceber que ela passa ao largo do art. 220, § 4º da Constituição. Em outras palavras: aceita-se a restrição à publicidade de determinado produto, ainda que esse produto não seja mencionado no art. 220, § 4º da Constituição. Mais: é a legislação ordinária – o Código de Defesa do Consumidor – que restringe o direito geral à publicidade, em uma seção inteira dedicada a isso (seção III do capítulo V).

Aquele que entende que uma restrição à publicidade de armas ou à referida publicidade de brócolis é constitucional – como provavelmente será o caso da maioria das pessoas que se debruçarem sobre o assunto – poderá chegar a essa conclusão ou (1) porque entende que não existe um direito geral à publicidade, ou (2)



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

porque entende que esse direito, embora exista, pode ser restringido em alguns casos (como no caso da publicidade de armas ou no caso não apenas da mencionada publicidade de brócolis, mas de todas as publicidades consideradas enganosas). A primeira alternativa (a não-existência de um direito constitucional à publicidade), embora não seja de todo insustentável, traria consigo uma consequência de difícil aceitação, qual seja, a de que o exercício da publicidade, por não ter base constitucional, poderia ser restringido ao bel-prazer do legislador ordinário, sem necessidade de fundamentação constitucional, e essa restrição nunca poderia ser objeto de controle de constitucionalidade, já que o direito à publicidade não seria garantido pela Constituição. Essa não parece ser uma situação plausível, razão pela qual já foi rejeitada acima, ao se afirmar a existência de um direito à publicidade em nível constitucional. Resta a segunda alternativa.

A segunda alternativa, como foi visto acima, parte da existência de um direito à publicidade, garantido em nível constitucional, mas que pode ser restringido em alguns casos. Com isso, volta-se à pergunta inicial e o círculo se fecha: que casos são esses? Se esses casos são apenas aqueles mencionados na própria Constituição (art. 220, § 4º), então até a publicidade de armas e a publicidade enganosa deveria ser liberada. Se essa conclusão não parece plausível – e não é – então, de todas as alternativas possíveis, resta apenas uma: a Constituição garante um direito à publicidade, que pode, como todos os outros direitos, ser restringido em determinados casos, que não são apenas aqueles explicitamente previstos na Constituição.

NESTE PONTO, UMA ÚLTIMA PERGUNTA RETORNA: SE O DIREITO À PUBLICIDADE PODE SER RESTRINGIDO TAMBÉM NOS CASOS NÃO PREVISTOS PELA CONSTITUIÇÃO, NÃO SERIA SUPÉRFLUA A CLÁUSULA RESTRITIVA, COMO SE AVENTOU NO INÍCIO DESTA TÓPICO? A RESPOSTA É, E SÓ PODE SER, NEGATIVA.

A função da cláusula de restrição é deixar explícito que o legislador, nos casos nela previstos, tem um menor ônus de fundamentar o porquê de determinada legislação restritiva, já que esse porquê já é fornecido pela própria



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

Constituição.25 **A FUNÇÃO DA CLÁUSULA NÃO É, PORTANTO, IMPEDIR OUTRAS RESTRICÇÕES – COMO A QUE ESTÁ SENDO DISCUTIDA NESTE PARECER – MAS APENAS FACILITAR ALGUMAS RESTRICÇÕES QUE O PRÓPRIO PODER CONSTITUINTE JÁ PREVIU COMO NECESSÁRIAS.**

EM SUMA, A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO GERAL E A CLÁUSULA DE RESTRICÇÃO, QUE, NO CASO EM ANÁLISE, SÃO REPRESENTADOS PELO DIREITO GERAL À PUBLICIDADE E A CLÁUSULA DE RESTRICÇÃO DO ART. 220, § 4º, É A SEGUINTE: (A) O DIREITO GERAL À PUBLICIDADE É UM DIREITO RESTRINGÍVEL EM INÚMEROS CASOS, NÃO HAVENDO DIREITO ABSOLUTO À PUBLICIDADE; (B) A CLÁUSULA DE RESTRICÇÃO DEIXA EXPLÍCITOS OBJETIVOS QUE O PRÓPRIO CONSTITUINTE IMPÔS AO LEGISLADOR ORDINÁRIO E O LIBERA DO ÔNUS ARGUMENTATIVO NESSES CASOS. NOS OUTROS CASOS, O ÔNUS É MAIOR E QUALQUER RESTRICÇÃO DEVE PASSAR PELO TESTE DA PROPORCIONALIDADE.

(...)

4.3. A proporcionalidade em sentido estrito e a possibilidade de restrição total à publicidade de determinados produtos ao público infantil

Como já foi dito, a restrição total à publicidade de algum produto ou a sua restrição a um público determinado não são, obviamente, restrições irrelevantes. Ainda assim, não é difícil encontrar um sem-número de exemplos que demonstram que há casos de restrições muito mais intensas que, apesar disso, são consideradas como constitucionais: a pena de morte (no Brasil, apenas em caso de guerra declarada) elimina por completo o direito à vida daquele que é condenado; a permissão legal de aborto (Código Penal, art. 128) restringe totalmente o direito à vida do feto;40 qualquer pena de reclusão elimina por completo a liberdade de ir e vir do condenado (mesmo que com determinada limitação temporal); a desapropriação elimina por completo o



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

direito à propriedade daqueles que têm seus imóveis desapropriados.⁴¹

EM TODOS OS CASOS, A POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO TOTAL INDIVIDUAL É JUSTIFICADA PELA APLICAÇÃO DA REGRA DA PROPORCIONALIDADE. SE HÁ RAZÕES SUFICIENTES PARA A RESTRIÇÃO, OU SEJA, SE O GRAU DE REALIZAÇÃO DO DIREITO COLIDENTE JUSTIFICA O GRAU DE RESTRIÇÃO AO DIREITO ATINGIDO (VIDA, LIBERDADE, PROPRIEDADE), E ASSUMINDO A MEDIDA RESTRITIVA COMO ADEQUADA E NECESSÁRIA, AS RESTRIÇÕES SÃO CONSIDERADAS CONSTITUCIONAIS.

RESTRIÇÕES TOTAIS, EMBORA EXCEPCIONAIS, NÃO SÃO, PORTANTO, ALGO IMPENSÁVEL A PARTIR DA PERSPECTIVA QUE ASSUME A PROPORCIONALIDADE COMO FORMA DE CONTROLE DAS RESTRIÇÕES A DIREITOS.⁴² E, COMO JÁ SE MENCIONOU ANTERIORMENTE,⁴³ ESSA É A PERSPECTIVA DOMINANTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E NA DOUTRINA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA.

Em suma: restrições a direitos fundamentais (mesmo as totais) que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos,⁴⁴ porque a aplicação desse teste de proporcionalidade está associada à ideia de que o grau de proteção ao direito não é definido em abstrato, de forma absoluta, mas em concreto, de forma relativa.”

2.12. DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COLETIVOS COMO INSTRUMENTO EFETIVO DE DESESTÍMULO À VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

A ocorrência de danos morais coletivos é matéria relativamente nova na jurisprudência. Doutrinariamente, o dano moral é conceituado como o prejuízo de caráter intrínseco ao íntimo do ofendido, isto



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

é, ligado à esfera da personalidade. A coletividade, por óbvio, é desprovida desse conteúdo próprio da personalidade. **Entretanto, não pode permanecer desamparada diante de atos que atentam aos princípios éticos da sociedade.**

No magistério de Carlos Alberto Bittar Filho pode ser encontrada a precisa definição de dano moral coletivo:

“Consiste o dano moral coletivo na injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, na violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico. Tal como se dá na seara do dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (damnum in re ipsa)”. (Revista Consultor Jurídico - <http://conjur.estadao.com.br>, 25/02/2004, in Coletividade também pode ser vítima de dano moral) (grifos nossos)

Costuma-se dizer que o dano moral tem dupla função: **reparar o dano sofrido pela vítima e punir o ofensor**. O denominado "dano moral coletivo" busca, justamente, valorar a segunda vertente, mas sob um prisma diferente. Mais do que punir o ofensor, **confere um caráter de exemplaridade para a sociedade, de acordo com a importância que o princípio da moralidade administrativa adotou hodiernamente.**

Dessa forma, o dano moral coletivo tem lugar nas hipóteses onde exista um ato ilícito que, tomado individualmente, tem pouca relevância para cada pessoa, mas, frente à coletividade, assume proporções que afrontam o senso comum.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

É o que se verifica no caso dos autos. Trata-se de conduta praticada pelo Sistema Brasileiro de Televisão – SBT, conforme bem delineado na Nota Técnica n. 173/2011 – CGAJ/DPDC/SDE (fls. 111/118 – Anexo I), oportunidade em que restou caracterizado o descumprimento, injustificado, voluntário e consciente, por parte da citada emissora de televisão de dispositivos do CDC (arts. 4º, *caput*, I e III; 6º, IV e VI; 36, 37, § 2º e 39, IV), sendo, pois, dever daquela empresa reparar o dano moral causado aos milhares de consumidores/telespectadores infantojuvenis. Mister, assim, a imposição de multa cominatória, a título de danos morais, no montante de 1% do faturamento bruto por ela obtido no ano de 2011, fazendo-se necessária sua destinação ao Fundo Federal de Direitos Difusos, consoante dispõe o art. 13 da LACP.

É de se ressaltar que o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos tem por objetivo possibilitar a reparação de danos aos direitos difusos.

Conforme as lições de Carlos Alberto de Salles ao analisar papel do Fundo Federal, *verbis*:

“Deve o Fundo Federal, como forma de compensar o dano sofrido, adotar providências para promover ações que beneficiem o interesse lesado em proporção ao dano sofrido. Daí a possibilidade, indicada na legislação regulamentadora, de medidas indiretas de compensação, não diretamente associadas ao evento danoso, como a promoção de campanhas educativas, de aparelhamento dos órgãos de defesa, e mesmo benfeitorias ambientais não relacionadas com a reparação do dano, mas representativas de uma compensação em espécie, como a criação de um parque, de um criatório de animais selvagens, de um centro de estudos etc.”¹⁸

¹⁸ Carlos Alberto Salles. Execução judicial em matéria ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.317.



2.13. DA CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA. DO HORÁRIO DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

O Ministério da Justiça editou, em 2007, a portaria n. 1.220, a qual regulamenta as disposições da Lei n. 8.069/90, da Lei n. 10.359/01 e do Decreto n. 6.061/07, relativas ao processo de classificação indicativa de obras audiovisuais destinadas à televisão e congêneres.

Trata-se de importante, indispensável e auspiciosa iniciativa, haja vista:

“que a República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana e como objetivo promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação;

que é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura e licença, de acordo com o art. 5º, inciso IX, e art. 220, caput e §2º, da Constituição Federal;

que compete à União exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão, de acordo com os arts. 21, inciso XVI e 220, § 3º, inciso I da Constituição Federal;

a responsabilidade dos pais no exercício do poder familiar, de acordo com os arts. 1.630 e 1.634, inciso I da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil;



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

a corresponsabilidade da família, da sociedade e do Estado na garantia à criança e ao adolescente do direito à educação, ao lazer, à cultura, ao respeito e à dignidade, de acordo com o art. 227 da Constituição Federal;

que cabe ao poder público regular as diversões e espetáculos públicos, informando sobre sua natureza, a faixa etária a que não se recomendem, bem como os horários em que sua apresentação se mostre inadequada, nos termos do caput do art. 74 da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990- Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA;

que compete ao Poder Executivo, nos termos do art. 3º da Lei no 10.359, de 27 de dezembro de 2001, proceder à classificação indicativa dos programas de televisão, ouvidas as entidades representativas das emissoras concessionárias e permissionárias de serviços de

televisão, inclusive por assinatura e a cabo;

o disposto nos artigos 4º, 6º, 75, 76, 254 e 255 da Lei nº 8.069, de 1990- Estatuto da Criança e do Adolescente;

o sistema de garantias dos direitos da criança e do adolescente caracterizado pela articulação e integração das instâncias públicas governamentais e da sociedade civil, na aplicação de instrumentos normativos e no funcionamento dos mecanismos de promoção, defesa e controle para a efetivação dos direitos da criança e do adolescente, tal como preconizado na Resolução nº 113, de 19 de abril de 2006, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA;

que o exercício da Classificação Indicativa de forma objetiva, democrática e em corresponsabilidade com a família e a sociedade implica o dever de promover a divulgação da classificação indicativa com informações



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

consistentes e de caráter pedagógico, para que os pais realizem o controle da programação; e, ainda, o dever de exibir o produto de acordo com a classificação, como meio legal capaz de garantir à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de produtos inadequados.”

Ademais, susomencionado ato normativo estabeleceu que os programas televisivos sujeitos à classificação indicativa serão regularmente monitorados pelo DEJUS/SNJ **no horário de proteção à criança e ao adolescente**. E estipulou que entende-se como horário de proteção à criança e ao adolescente **o período compreendido entre 6 (seis) e 23 (vinte e três) horas (art. 13 da portaria 1.220/07)**.

Por outro lado, o art. 19, II, da portaria 1.220/07 estipula que obra audiovisual classificada como não recomendada para menores de 12 (doze) anos (vide art. 2º do ECA) é inadequada para exibição antes das 20 (vinte) horas. Conjugando-se o art. 19, II com o art. 13, ambos da citada portaria, chega-se ao intervalo de tempo compreendido entre 06 (seis) e 20 (vinte) horas.

2.14. DO PODER REGULAMENTAR (NORMATIVO) DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os fatos pelos quais a Administração exerce o seu poder normativo têm em comum com a lei o fato de emanarem normas, ou seja, atos com efeitos gerais e abstratos.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

Segundo a lição de Miguel Reale¹⁹, podem-se dividir os atos normativos em originários e derivados. “*Originários se dizem os emanados de um órgão estatal em virtude de competência própria, outorgada imediata e diretamente pela Constituição, para edição de regras instituidoras de direito novo*”; compreende os atos emanados do Legislativo. Já os normativos derivados têm por objetivo a “*explicitação ou especificação de um conteúdo normativo preexistente, visando à sua execução no plano da praxis*”; o ato normativo derivado, por excelência, é o regulamento.

Insere-se, portanto, o poder regulamentar como uma das formas pelas quais se expressa a função normativa do Poder Executivo. Pode ser definido como o que cabe ao Chefe do Poder Executivo da União, dos Estados e dos Municípios, de editar normas complementares à lei, para sua fiel execução.

Há que se lembrar que, em matéria de telecomunicações e de petróleo, as Emendas Constitucionais n. 8/95 e 9/95 alteraram, respectivamente, a redação dos artigos 21, XI, e 177, § 2º, III, para prever a promulgação de lei que disponha sobre a exploração dessas atividades e a instituição de seu **órgão regulador**. Com base nesses dispositivos, foram criadas a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (Lei n. 9.472/96) e a Agência Nacional do Petróleo – ANP (Lei n. 9.478/97). **Isso significa que esses órgãos reguladores exercerão função normativa, porém dentro dos limites do princípio da legalidade.**

¹⁹ Reale, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

Além do decreto regulamentar, o poder normativo da Administração ainda se expressa por meio de resoluções, portarias, deliberações, instruções, editadas por autoridades que não o Chefe do Executivo. Há ainda, os regimentos, pelos quais os órgãos colegiados estabelecem normas sobre o seu funcionamento interno. Todos esses atos estabelecem normas que têm alcance limitado ao âmbito de atuação do órgão expedidor.

Conforme alertado alhures, se o próprio órgão da União (Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC) assevera, categoricamente, que “*não é possível conciliar o merchandising com a vedação expressa do art. 37,§ 2º, que proíbe a publicidade que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança*”, assim como que cabe a órgão do Ministério das Comunicações (Secretaria de Serviços de Comunicação Eletrônica) elaborar e propor regulamentos, normas, padrões, instruções e manuais referentes aos serviços de radiodifusão, seus ancilares e auxiliares, no âmbito de sua competência, **COMO ADMITIR A OMISSÃO DO SUSOMENCIONADO ÓRGÃO DO MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES EM REGULAMENTAR ATO NORMATIVO VISANDO PROIBIR A VEICULAÇÃO NA TV ABERTA, NO HORÁRIO INFANTOJUVENIL, DE QUALQUER TIPO DE PUBLICIDADE INDIRETA (MERCHANDISING)?**

Do mesmo modo, se o próprio órgão da União (Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC) assevera, categoricamente, que “*não é possível conciliar o merchandising com a vedação expressa do art. 37,§ 2º, que proíbe a publicidade que se aproveite*”.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

da deficiência de julgamento e experiência da criança”, assim como que cabe à ANATEL o disciplinamento e a fiscalização da execução, comercialização e uso dos serviços e da implantação e funcionamento de redes de telecomunicações, COMO ADMITIR A OMISSÃO ANATEL EM REGULAMENTAR ATO NORMATIVO VISANDO PROIBIR A VEICULAÇÃO NA TV ABERTA, NO HORÁRIO INFANTOJUVENIL, DE QUALQUER TIPO DE PUBLICIDADE INDIRETA (MERCHANDISING)?

2.15. DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

A Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994, conferiu nova redação ao artigo 273 do Código de Processo Civil, no sentido de possibilitar a antecipação dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, *verbis*:

“Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.” (grifos nossos)

Comentando o instituto, o processualista Cândido Rangel Dinamarco sintetiza a contribuição essencial e qualitativa da antecipação de tutela ao nosso direito processual:

“O novo art. 273 do Código de Processo Civil, ao instituir de modo explícito e generalizado a antecipação dos efeitos da tutela pretendida, veio com o objetivo de



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

ser uma arma poderosíssima contra os males do tempo no processo.” (in “A Reforma do CPC”, 2ª ed., ver. e ampl., São Paulo, Malheiros Editores, 1995)

Trata-se, como se vê, de realização imediata do direito, pois dá ao autor o bem da vida por ele pretendido, possibilitando a efetividade da prestação jurisdicional. Com a possibilidade de antecipação da tutela, presente prova inequívoca e convencido o Juiz da verossimilhança do alegado, a prestação jurisdicional poderá ser adiantada sempre que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou, ainda, quando fique caracterizado abuso no direito de defesa, de regra mediante expedientes meramente protelatórios à conclusão do processo.

Os dois critérios gerais eleitos pelo legislador para a antecipação de tutela são, portanto, como dispõe a lei processual: prova inequívoca e verossimilhança do alegado. Comentando esses requisitos, o Juiz Federal **Teori Albino Zavascki** pondera que:

*“Atento, certamente, à gravidade do ato que opera restrição a direitos fundamentais, estabeleceu o legislador, como pressupostos genéricos, indispensáveis a qualquer das espécies de antecipação da tutela, que haja **(a) prova inequívoca e (b) verossimilhança da alegação**. O *fumus boni iuris* deverá estar, portanto, especialmente qualificado: exige-se que os fatos, examinados com base na prova já carreada, possam ser tidos como fatos certos. Em outras palavras: diferentemente do que ocorre no processo cautelar (onde há juízo de plausibilidade quanto ao direito e de probabilidade quanto aos fatos alegados), **a antecipação da tutela de mérito supõe verossimilhança quanto ao fundamento de direito, que decorre de (relativa) certeza quanto à verdade dos fatos**. Sob esse aspecto, não há como deixar de identificar os pressupostos da antecipação da tutela de mérito, do art. 273, com os da*



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

liminar em mandado de segurança: nos dois casos, além da relevância dos fundamentos (de direito), supõe-se provada nos autos a matéria fática. (...) Assim, o que a lei exige não é, certamente, prova de verdade absoluta, que sempre será relativa, mesmo quando concluída a instrução, mas uma prova robusta, que, embora no âmbito de cognição sumária, aproxime, em segura medida, o juízo de probabilidade do juízo de verdade” (Antecipação da Tutela, editora Saraiva, São Paulo, 1997, fls. 75-76, destacamos).

O conceituado processualista mineiro **José Eduardo Carreira Alvim**, ao examinar o juízo de delibação empreendido pelo Magistrado frente a verossimilhança dos fatos por ele apreciados, assim disserta:

“A constatação da verossimilhança e demais condições que autorizam a antecipação da tutela dependerá, sempre, de um juízo de delibação, nos moldes análogos ao formulado para fins de verificação dos pressupostos da medida liminar em feitos cautelares ou mandamentais. Esse juízo consiste em valorar os fatos e o direito, certificando-se da probabilidade de êxito na causa, no que pode influir a natureza do fato, a espécie de prova (prova pré-constituída), e a própria orientação jurisprudencial, notadamente a sumulada.

“Esse juízo de delibação pode ter lugar prima facie e inaudita altera parte, em face da natureza do dano temido, ou num momento posterior, como, por exemplo, após a contestação, como acontece com a liminar no mandado de segurança, em que pode ser deixada para depois das informações. Essa possibilidade vem sendo pacificamente reconhecida pelos tribunais.” (Código de Processo Civil Reformado, editora Del Rey, 2ª edição, Belo Horizonte, 1995, pp. 103/105).

Na ação civil pública, a possibilidade de antecipação de tutela ganha relevo na medida em que com este instrumento processual visa-se



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

a tutela de interesses difusos, coletivos e coletivos *lato sensu*, bens de vida para toda a sociedade, como no presente caso. Neste sentido, tem-se pronunciado a doutrina de **Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery**, em seu monumental *Código de Processo Civil Comentado*:

“3. Antecipação da tutela. Pelo CPC 273 e 461, § 3º, com a redação dada pela L 8952/94, aplicáveis à ACP (LACP 19), o juiz pode conceder a antecipação da tutela de mérito, de cunho satisfativo, sempre que presentes os pressupostos legais. A tutela antecipatória pode ser concedida quer nas ações de conhecimento, cautelares e de execução, inclusive de obrigação de fazer. V. coment. CPC 273, 461, § 3º e CDC 84, § 3º.” (3ª edição, revista e ampliada, Revista dos Tribunais, 1997, p. 1.149)

No caso ora posto *sub judice*, todos os requisitos exigidos pela lei processual para o deferimento da tutela antecipada encontram-se reunidos, senão vejamos.

Prova inequívoca deve ser entendida como prova suficiente, decorrente da relevância da argumentação do interessado, assim como verossimilhança da alegação deve ser entendida como alegação provável, no sentido da probabilidade de sua existência. Tais requisitos estão devidamente demonstrados e bem justificados/embasados ao longo dessa inicial (v.g. : nota técnica do DPDC, artigo de jurista de escol, etc...)

Outrossim, evidente o *periculum in mora* (fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação) no caso em comento.

A demora na concessão da medida implica evidente prejuízo a todo o público infantojuvenil brasileiro (“*a criança é hipervulnerável, em processo de desenvolvimento. Não tem condições para*



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

uma adequada interpretação crítica da publicidade”), além do que há que se dar, imediatamente, um basta ao descumprimento dos dispositivos não só legais, mas, principalmente, constitucionais, razão pela qual necessária se torna a concessão da antecipação da tutela.

Diante disso, requer o Ministério Público Federal que Vossa Excelência, em antecipação de tutela:

a) determine às concessionárias rés, sob supervisão da União e da ANATEL, o cumprimento, **de imediato, independentemente da edição de ato normativo infralegal**, de obrigação de não fazer consistente em **abster-se de exibir, no período compreendido entre as 6 (seis) e 20 (vinte) horas (período em que se resguarda o infante), qualquer tipo de publicidade indireta (merchandising), veiculada na TV aberta**, sob pena de imposição de multa diária (astreintes) que Vossa Excelência determinar, assim como de imputação aos responsáveis de crime de desobediência **ou, alternativamente,**

b) determine às concessionárias rés, sob supervisão da União e da ANATEL, o cumprimento, **de imediato, independentemente da edição de ato normativo infralegal**, de obrigação de não fazer consistente em **abster-se de exibir, no período compreendido entre 06 (seis) e 23 (vinte e três) horas (período em que se resguardam o infante e o adolescente), qualquer tipo de publicidade indireta (merchandising), veiculada na TV aberta**, sob pena de imposição de multa diária (astreintes) que Vossa Excelência determinar, assim como de imputação aos responsáveis de crime de desobediência;

c) determine à União, enquanto Ministério das Telecomunicações, o cumprimento de obrigação de fazer consistente em



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

editar, no prazo de 120 dias corridos, contados da ciência dessa decisão, **ato normativo infralegal visando proibir a veiculação na TV aberta, no período compreendido entre as 6 (seis) e 20 (vinte) horas (período em que se resguarda o infante), de qualquer tipo de publicidade indireta (merchandising)**, sob pena de imposição de multa diária (astreintes) que Vossa Excelência determinar, assim como de imputação aos responsáveis de crime de desobediência/prevaricação e de ato de improbidade administrativa **ou, alternativamente,**

d) determine à União, enquanto Ministério das Telecomunicações, o cumprimento de obrigação de fazer consistente em editar, no prazo de 120 dias corridos, contados da ciência dessa decisão, **ato normativo infralegal visando proibir a veiculação na TV aberta, no período compreendido entre as 6 (seis) e 23 (vinte e três) horas (período em que se resguardam o infante e o adolescente), de qualquer tipo de publicidade indireta (merchandising)**, sob pena de imposição de multa diária (astreintes) que Vossa Excelência determinar, assim como de imputação aos responsáveis de crime de desobediência/prevaricação e de ato de improbidade administrativa;

e) determine à ANATEL, o cumprimento de obrigação de fazer consistente em editar, no prazo de 120 dias corridos, contados da ciência dessa decisão, **ato normativo infralegal visando proibir a veiculação na TV aberta, no período compreendido entre as 6 (seis) e 20 (vinte) horas (período em que se resguarda o infante), de qualquer tipo de publicidade indireta (merchandising)**, sob pena de imposição de multa diária (astreintes) que Vossa Excelência determinar, assim como de imputação aos responsáveis de crime de desobediência/prevaricação e de ato de improbidade administrativa, **ou, alternativamente,**



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

f) determine à ANATEL, o cumprimento de obrigação de fazer consistente em editar, no prazo de 120 dias corridos, contados da ciência dessa decisão, **ato normativo infralegal visando proibir a veiculação na TV aberta, no período compreendido entre as 6 (seis) e 23 (vinte e três) horas (período em que se resguardam o infante e o adolescente), de qualquer tipo de publicidade indireta (merchandising)**, sob pena de imposição de multa diária (astreintes) que Vossa Excelência determinar, assim como de imputação aos responsáveis de crime de desobediência/prevaricação e de ato de improbidade administrativa.

g) a requisição ao Sistema Brasileiro de Telecomunicações para que informe, como prova do juízo, qual o faturamento bruto que obteve no ano de 2011.

3. DOS PEDIDOS

Em face do exposto, requer o Ministério Público Federal:

- a) o recebimento e a autuação da presente ação;
- b) a manutenção dos pedidos pleiteados em sede de tutela antecipada;
- c) a condenação da concessionária ré - Sistema Brasileiro de Televisão - ao **pagamento, a título de danos morais coletivos**, de valor consistente em 1% do faturamento bruto da empresa no ano de 2011, a ser destinado ao Fundo de que trata a Lei n. 7.347/85;
- d) a citação das Rés, nas pessoas de seus representantes legais, nos endereços que constam de suas qualificações, para, querendo,



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

contestarem a presente ação e acompanhá-la em todos os seus termos, até final procedência, sob pena de revelia e confissão;

e) a fixação da abrangência territorial da decisão em **ÂMBITO NACIONAL**;

f) a intimação do representante da pessoa jurídica de direito público, nos termos do art. 2º da Lei 8.437/92;

g) a condenação das Rés nos ônus da sucumbência;

h) a inversão do ônus da prova;

i) a produção de todas as provas admitidas em direito.

Atribui-se à causa o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), deixando de recolher custas em razão da isenção prevista no art. 4º, inciso III, da Lei 9.289/96.

Termos em que, pede e espera deferimento.

Belo Horizonte, 22 de agosto de 2012.

FERNANDO DE ALMEIDA MARTINS
Procurador da República

RELAÇÃO DE DOCUMENTOS ANEXOS

DOC.1 PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO CÍVEL N.
1.22.000.000697/2012-48.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

DOC.2 PARECER DO PROFESSOR VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA