MATTOS FILHO > Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr e Quiroga Advogados

SECAD NUCJU SEPRO/JFMG 03/MAR/2017 16:55 0401063

*EXM. SR. JUIZ FEDERAL DA 10ª VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE MINAS GERAIS*

**- Processo nº 54856-33.2016.4.01.3800**

**- Ação Civil Pública**

**GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA.** ("Google"), pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o n. 06.990.590/0001-23, com sede na Avenida Brigadeiro Faria Lima, n.º 3.900, 5º andar, conjuntos 501 e 502, Edifício Pedro Mariz – Birmann 31, Itaim Bibi, São Paulo/SP (Doc. 1), nos autos da demanda em epígrafe, proposta pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM MINAS GERAIS** ("MPFMG" ou "Autor"), vem, tempestivamente[1], por seus advogados (Doc. 2), com fundamento nos artigos 335 e seguintes do Novo Código de Processo Civil ("NCPC"), apresentar sua ***contestação***, pelas razões de fato e de direito expostas a seguir.

[1] O AR de citação da Google foi juntado aos autos em 8 de fevereiro de 2017, quarta-feira. Assim, considerando que não houve expediente forense nos dias 27 e 28 de fevereiro de 2017 em razão do feriado de Carnaval (cf. Portaria DIREF nº 2/2017 da Diretoria do Foro da Justiça Federal de Primeiro Grau em Minas Gerais – Doc. 3), o prazo de 15 dias úteis começou a correr em 9 de fevereiro de 2017, quinta-feira, com termo final em 3 de março de 2017, sexta-feira. Evidente, portanto, a plena tempestividade desta contestação.



SÃO PAULO – PAULISTA
Al. Joaquim Eugênio de Lima 447
01403-001 São Paulo SP Brasil
T 55 11 3147 7600

SÃO PAULO – FARIA LIMA
Rua Campo Verde 60 3º andar
01455-040 São Paulo SP Brasil
T 55 11 3035 4700

RIO DE JANEIRO
Praia de Botafogo 501 11º andar
22250-911 Rio de Janeiro RJ Brasil
T 55 21 2211 5200

BRASÍLIA
SHN Q6 Bloco C Sala 1001
70716-900 Brasília DF Brasil
T 55 61 3218 6000

NEW YORK
712 Fifth Avenue, 36º floor
New York, NY 10019-4108 USA
T 1 646 695 1100

LONDON
5th floor, 32 Cornhill
London UK EC3V 3ND
T 44 (0)20 7250 0101

www.mattosfilho.com.br

## I. TEMÁTICA DOS AUTOS

1. A presente ação civil pública ("ACP") tem como objetivo:

**a)** obrigar a Google a incluir na plataforma do Youtube aviso (página inicial ou em todos os vídeos postados) sobre alegada proibição/abusividade de vídeos com "veiculação de merchandising e/ou promoção de produtos e/ou serviços protagonizados por crianças (pessoas com idade de até 12 anos) ou a elas dirigido";

**b)** obrigar a Google a incluir em sua página do Youtube ferramenta de denúncia de "conteúdo impróprio" relacionado com a alegada proibição/abusividade de vídeos com "veiculação de merchandising e/ou promoção de produtos e/ou serviços protagonizados por crianças (pessoas com idade de até 12 anos) ou a elas dirigido";

**c)** obrigar a União alterar a Resolução CONANDA n. 163, que seria o principal fundamento legal para a vedada proibição/abusividade da publicidade/merchandising infantil, para nela incluir "sanções administrativas em caso de descumprimento dos seus dispositivos".

2. Embora o tema da publicidade infantil seja de todo relevante, foi tratado de forma equivocada na inicial, sobretudo porque endereçada a pessoa – no caso a Google – que não tem participação, ingerência ou responsabilidade legal pelo conteúdo questionado e denominado pelo MPFMG de "publicidade com participação de crianças" ou "merchandising infantil".

3. O debate do tema no Judiciário não passou por uma prévia e necessária reflexão do MPFMG sobre os **reais partícipes e atores da publicidade ou merchandising ora combatidos**. As "empresas de comunicação", "agências de publicidade" e "anunciantes", todos apresentados na inicial como "donos de mídia" (fls. 33), e coadjuvantes, diretos ou indiretos, dos vídeos com participação de crianças ora

questionados, surpreendentemente, não foram incluídos na inicial ou mesmo previamente questionados pelo *Parquet*. Nessa mesma linha, os responsáveis diretos e pais dos protagonistas dos vídeos também não foram, em nenhum momento, trazidos à discussão.

4. A pretensão do MPFMG tampouco considerou a utilidade da prestação jurisdicional e a correlação entre fundamentos trazidos (suposta proibição absoluta da publicidade e merchandising infantil) e pedidos aduzidos (obrigações de fazer atreladas à inclusão de alertas e avisos na plataforma do YouTube).

5. No mérito, o MPFMG limita-se a defender posições ideológicas que vão contra a legislação aplicável, especialmente o regime jurídico dos provedores de aplicação de internet.

6. De fato, para sustentar a proibição da publicidade/merchandising infantil e pleitear a imposição de mudanças e colocação de alertas no YouTube, o MPFMG precisou ignorar o funcionamento da plataforma, a natureza e os limites legais da atividade econômica prestada pela Google BR e pela Google Inc. (denominadas conjuntamente de "Google").

7. O MPFMG passou longe dos esclarecimentos prestados pela Google no Inquérito Civil ("IC" – fls. 130/136 do IC, apenso aos presentes autos) sobre as características do YouTube e o regime legal do Marco Civil da Internet. No caso, ambos vulneram o endereçamento desta ação à Google e demonstram a tentativa do MPFMG – já rechaçada pelo Judiciário – de transferir para a plataforma de hospedagem um **controle de conteúdo que o MPFMG – e não o Judiciário – entende ser publicitário e proibido**.

8. Sim, porque a pretensão do *Parquet* passa por um juízo de valor particular – embora legalmente relegado exclusivamente ao Judiciário – sobre três premissas tratadas equivocadamente como superadas na inicial: ***(i)*** o conteúdo dos vídeos representaria

mensagem publicitária; *(ii)* a publicidade/merchandising infantil seria proibida por lei e; *(iii)* a Google teria que fazer um controle sobre tal conteúdo.

9. Contudo, e conforme será demonstrado ao longo desta defesa, as duas primeiras premissas são fruto de uma construção interpretativa do MPFMG que não decorre de comando direto e objetivo de lei. A terceira premissa, por outro lado, **vai contra texto de lei e regime jurídico aplicáveis à Google**, além de esbarrar em outras tantas garantias e princípios constitucionais que não podem ser aqui ignorados.

10. Assim, em que pese a sensibilidade da bandeira "precisamos proteger as crianças do marketing" ou "o mercado quer que as pessoas dependam de objetos" (fls. 44), a Google não é a responsável legal pelo conteúdo questionado. Mais do que isso, a Google não tem a obrigação legal de realizar o controle sobre os vídeos dos seus usuários e tampouco adicionar avisos e ferramentas de denúncia na sua plataforma que representem um juízo de valor realizado fora das suas Políticas e do Poder Judiciário. Senão, vejamos.

## II. ESCLARECIMENTOS INICIAIS SOBRE O YOUTUBE

11. Antes de adentrar nos vícios e óbices processuais desta ACP, e até para melhor compreensão da sua extensão, a Google entende por bem prestar a este MM. Juízo esclarecimentos sobre o funcionamento da plataforma do YouTube e regime jurídico estabelecido pelo Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014).

12. O site de compartilhamento de vídeos YouTube é de propriedade da Google Inc.[2], que controla e opera esse e outros serviços globalmente, assim como é a sócia principal da Google BR. Por sua vez, a Google BR é a única procuradora da Google Inc. em território nacional com poderes para receber citações e intimações e, por essa razão, a Google BR comparece na presente ACP na condição de procuradora da Google Inc. no Brasil.

[2] Com sede em 1600 Amphitheatre Parkway, Mountain View, California, 94043, Estados Unidos da América.

13. O YouTube **não** é um provedor de conteúdo como um portal ou site de notícias (que controla editorialmente as publicações). O YouTube é provedor de hospedagem de conteúdo, servindo de plataforma global para vídeos produzidos e compartilhados de forma livre e espontânea por seus usuários. Está baseado na liberdade de expressão e no repúdio à censura.

14. Isso significa que o YouTube é um provedor de aplicação de internet (Marco Civil da Internet, art. 5º, VII) que hospeda conteúdo **criado e compartilhado por terceiros**, **sem qualquer controle editorial pela Google**. O compartilhamento dos vídeos não depende de qualquer aprovação da Google e pode ser realizado diretamente pelos usuários.

15. A legislação aplicável (Marco Civil da Internet) e a jurisprudência consolidada do Eg. STJ[3] já confirmaram a legitimidade dessa atividade e correção desse mecanismo, bem como a **impossibilidade e ausência do dever legal de controle/monitoramento de conteúdo**.

16. O YouTube é uma plataforma para uso por adultos maiores de 18 anos ou para desfrute pela família, sempre com supervisão dos responsáveis capazes[4]. Apesar de crianças usarem o YouTube para assistir ou criar vídeos, é **pressuposto contratual dessa**

[3] "Não se pode impor ao provedor de internet que monitore o conteúdo produzido pelos usuários da rede, de modo a impedir, ou censurar previamente, a divulgação de futuras manifestações ofensivas contra determinado indivíduo". (STJ, REsp nº. 1568935/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 05/04/2016). "O provedor de hospedagem de blogs não está obrigado a realizar a prévia fiscalização das informações que neles circulam". (STJ, REsp nº. 1274971/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 19/03/2015). Neste mesmo sentido: STJ, REsp 1501187, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 16/12/2014; STJ, AgRG em REsp nº. 484995, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, j. 03/02/2015; STJ, AgRg no AREsp nº. 712456, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 17/03/2016.

[4] Item 1.D dos Termos de Serviço: "Quanto à capacidade para aceitar os Termos de Uso, Você afirma ser maior de 18 anos ou ser menor emancipado, ou estar de posse de autorização legal dos pais ou de tutores, e plenamente capaz de consentir com os termos, condições, obrigações, afirmações, representações e garantias descritas nestes Termos de Uso, e obedecê-los e cumpri-los. Em qualquer circunstância, Você afirma ter mais de 18 anos, visto que o website do YouTube não é projetado para jovens menores de 18 anos. Se Você tiver menos de 18 anos, não deverá utilizar o website do YouTube. Você deverá conversar com seus pais sobre quais sites são apropriados para ele".

**interação que estejam autorizadas e supervisionadas por seus pais, incumbindo a eles a responsabilidade pela educação e fiscalização das escolhas de seus filhos.**

17. Por opção da própria Google, a liberdade dos usuários – que aceitam os Termos de Serviço do YouTube (Doc. 4) e são os únicos responsáveis pelo conteúdo compartilhado[5] – é limitada pelas: (i) Diretrizes da Comunidade do YouTube ("Diretrizes" – Doc. 5), que, por exemplo, não toleram nudez ou conteúdo sexual, conteúdo explícito ou violento, conteúdo prejudicial ou perigoso, conteúdo que viole direitos autorais, conteúdo de incitação ao ódio, ameaças, spam, metadados enganosos e golpes e (ii) previsões legais[6].

18. Por ser o YouTube plataforma baseada na liberdade criativa de seus usuários, o controle de conteúdo tem natureza excepcional e repressiva, atuando mediante provocação, com a remoção do conteúdo que viole concretamente suas políticas de uso ou que viole a lei de forma inequívoca (ex.: pornografia infantil).

19. Todavia, existem vídeos que, embora questionados, não violam diretamente as políticas do YouTube ou a situação concreta retrata um conflito de direitos que não cabe à Google dirimir. É o que acontece, por exemplo, quando uma parte alega que um determinado vídeo viola seu direito à intimidade e, de outro lado, coloca-se o direito à liberdade de expressão e manifestação do pensamento do usuário que compartilhou o vídeo. Caberá ao Poder Judiciário, exclusivamente, a função de dirimir o conflito e determinar qual direito deve prevalecer e, se for o caso, determinar a remoção do conteúdo por meio de

---

[5] Item 6.B dos Termos de Serviço: "Você será o único responsável por seu Conteúdo e pelas consequências de enviá-lo ou publicá-lo. Você afirma, declara e garante que possui ou tem as licenças necessárias, direitos, autorizações e permissões para publicar o Conteúdo que Você enviar, e Você autoriza o YouTube a usar todas as patentes, marcas registradas, segredos de negócio, direitos autorais ou outros direitos de propriedade e tais Conteúdos para a publicação no Serviço de acordo com estes Termos de Serviços".

[6] Item 6.E dos Termos de Serviço: "Adicionalmente, Você também concorda que não irá submeter no Serviço qualquer Conteúdo ou outro material que seja contrário às Diretrizes da Comunidade do YouTube, que podem ser encontradas no site http://www.youtube.com.br/t/community_guidelines e que poderão ser atualizadas de tempos em tempos, ou que sejam contrárias às leis e regulamentos locais, nacionais e internacionais".

ordem judicial específica, com indicação precisa da respectiva URL. Esse, aliás, é o regime constitucional reafirmado pelo Marco Civil da Internet em seu artigo 19 e parágrafos.

20. Ou seja, muito embora alguns vídeos possam ser removidos voluntariamente por violarem políticas ou a lei de modo flagrante, sem gerar dúvidas, nos termos do Marco Civil da Internet, **apenas haverá DEVER de remoção dos provedores de aplicações de internet, a gerar eventual responsabilidade em caso de descumprimento**, a partir de ordem judicial específica determinando a remoção, com indicação precisa da respectiva URL[7]:

> "**Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica**, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.
> **§ 1º.** A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material".

21. Esse é o sistema de funcionamento do YouTube enquanto provedor que hospeda vídeos com conteúdo criado e compartilhado livremente por usuários, sem controle editorial, mas que poderão ser removidos, por mera liberalidade da Google, se violarem as políticas da plataforma ou, ainda, se houver ordem judicial nesse sentido.

---

[7] Exceção feita somente aos vídeos contendo cenas de nudez ou atos sexuais de caráter privado, para os quais foi dispensada a ordem judicial (art. 15 do Marco Civil da Internet).

22. De outro lado, há toda uma diferente sistemática aplicada aos **anúncios veiculados no YouTube,** que não são vídeos compartilhados livremente por usuários, mas sim mensagens expressamente publicitárias publicadas na plataforma em formatos e locais específicos e mediante contratação particular com a Google.

23. Caso usuários compartilhem vídeos (conteúdo, não anúncios) que contenham eventuais promoções de natureza publicitária de forma velada ou transversa, a Google pede que os usuários sinalizem tal condição de forma a avisar à audiência que já existe um posicionamento de produto pago (*paid product placement*) ou uma recomendação de natureza comercial[8]. Saliente-se desde logo que a responsabilidade pelo vídeo (com conteúdo comercial ou não) continua a ser do usuário e eventual relação comercial que tenha sido estabelecida entre o usuário do YouTube e anunciantes é *res inter alios acta* em relação à Google, que não participa, nem tem qualquer papel de aprovador nesse tipo de relação contratual.

24. No caso destes vídeos, eventual controle de conteúdo se dá exatamente da forma explicada acima – caso algum vídeo contenha alguma impropriedade/inadequação, poderá ser denunciado pelas ferramentas disponíveis e removido se violar as políticas de conteúdo. **Caso não viole as políticas e *prima facie* a lei, o vídeo será removido em caso de ordem judicial específica, nos termos do art. 19 do Marco Civil da Internet**.

25. Logo, segundo o próprio regime legal aplicável, não cabe à Google fazer qualquer controle/monitoramento de conteúdo postado na sua plataforma. Tal controle, aliás, é materialmente impossível, pois, **a cada segundo, aproximadamente uma hora de novos conteúdos gerados por usuários é enviada ao YouTube** (ou quinhentas

[8] https://support.google.com/youtube/answer/154235?hl=pt&ref_topic=1115890

horas de novo conteúdo por minuto)[9].

26. Nesse passo, a responsabilidade do provedor pela remoção e exclusão do conteúdo se inicia apenas após ordem judicial nesse sentido, **justamente porque cabe exclusivamente ao Judiciário fazer um juízo de valor sobre conteúdo e dirimir os eventuais conflitos de interesses**. A opção da Google de escolher quais temas não tolerará na sua plataforma, com a realização de controle repressivo espontâneo, passa pela sua legítima escolha de modelo de negócios que, diferentemente da conotação trazida na inicial, não pode ignorar o regime previsto e já consolidado do Marco Civil da Internet.

## III. INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL

27. Ao argumento de que o merchandising ou publicidade com participação de crianças seriam (ou deveriam ser) ilegais, requer o MPFMG que a Google inclua aviso no YouTube sobre a suposta proibição de tal publicidade.

28. Todavia, o Autor sequer identifica o fundamento legal para a inclusão de tal aviso, não apresenta qualquer justificativa para a pretendida intervenção na plataforma e no modelo de negócios da Google e tampouco demonstra como seu pedido seria relevante ou efetivo diante da suposta restrição à publicidade infantil.

29. Essa notória incompatibilidade entre o pedido e a causa de pedir resta agravada se sopesado o regime do Marco Civil da Internet explicado no item acima, que estabelece a ausência de responsabilidade da Google sobre o conteúdo compartilhado pelos usuários do YouTube – salvo após decisão judicial ordenando a retirada do conteúdo do ar (art. 19).

[9] Disponível em http://www.onehourpersecond.com/#pt. Acesso em 03.03.2017.

30. Ora, se a Google não é responsável, nem tem dever de controle sobre o conteúdo, porque deveria ser obrigada a disponibilizar aviso quanto à pretensa restrição de publicidade infantil em sua plataforma, que, aliás, decorreria da lei – cujo conhecimento por todos é presumido[10]?

31. De certo, o pedido desconexo da causa de pedir decorre da efetiva dúvida do Autor quanto à real proibição do merchandising ou publicidade com participação de crianças. Em diversos trechos, o Autor reconhece que "não há proibição, por si só, de publicidade com participação de crianças no nosso país" (fls. 24).

32. Admite ainda que, mesmo que se considere legal a publicidade com participação de criança, tal publicidade deveria ser restringida/combatida[11], o que demonstra que a presente demanda decorre mais de uma vontade interna do Autor – que sequer tem certeza quanto à melhor forma de solucionar a controvérsia – do que de reais previsões da ordem jurídica.

33. E a contradição não para por aí. Muito embora o pedido final seja para inclusão de aviso na plataforma YouTube, existem passagens da inicial em que o Autor indica a suposta necessidade de controle prévio do conteúdo por parte da Google[12], o que igualmente dificulta a compreensão do real fundamento da demanda e da efetiva pretensão do Autor.

34. Todo esse cenário aponta para a inegável inépcia da exordial, eis que o

---

[10] Art. 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto nº 4.657/1942).

[11] "Pelo princípio da eventualidade e em reforço de raciocínio, mesmo se se considerar a absurda hipótese de não haver lei que proíba a publicidade com participação de criança no Brasil nas citadas condições, ainda assim, tal publicidade deve ser restringida/combatida" (fls. 26).

[12] E a veiculação/divulgação de tais contextos violadores vêm sendo permitidos quase que diuturnamente na plataforma disponibilizada pela ré!" (fls. 25 – grifo acrescentado).
"Segundo, porque, em vários vídeos divulgados no YouTube por meio do Canal "Bel para Menores", há, amiúde, publicação de anúncios (inda que velados), muito embora não estejam em formatos e locais específicos, razão pela qual se impõe, também nessa hipótese, o seu controle prévio por parte da ré". (fls. 39 – grifo acrescentado)

pedido/conclusão não decorre dos fatos narrados, que, aliás, são apresentados de maneira confusa e contraditória, além de inexistir a identificação precisa do fundamento jurídico do pedido de inclusão do aviso no YouTube, o que inviabiliza a adequada defesa da Google e a própria prestação jurisdicional.

35. De fato, "[a] *petição inicial é um ato de inteligência; deve ser coerente e lógica. Se o autor formula um pedido com base em determinados fatos e fundamentos jurídicos, é evidente que entre tais elementos deve haver respeito à lógica. Se dos fatos não decorrer logicamente a conclusão, a petição restará comprometida em sua compreensibilidade: nem o réu terá condições de defender-se, nem o juiz conseguirá instruir ou julgar a causa*".[13]

36. A respeito da inépcia da inicial em casos como o presente, já se manifestou a jurisprudência:

> "APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - CARÊNCIA FINANCEIRA NÃO COMPROVADA - BENEFÍCIO INDEFERIDO - **AUSÊNCIA DE EXPOSIÇÃO CLARA DOS FATOS E FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO PEDIDO - PETIÇÃO INICIAL INEPTA**. (...). A ausência de exposição clara e precisa dos pedidos e da causa de pedir implica a inépcia da petição inicial e, consequentemente, o indeferimento da petição inicial"[14].

37. De rigor, portanto, o indeferimento da petição inicial e consequente extinção do processo sem o julgamento do mérito, nos termos dos arts. 330, I, e 485, I, do NCPC.

---

[13] MARCATO, Antônio Carlos. *Código de Processo Civil Interpretado*, São Paulo: Atlas, 2008, 3. ed., p. 974.
[14] TJMG, AC nº 10398130013160002, 13ª Câmara Cível, Rel. Rogério Medeiros, j. 16.04.2015.

## IV. ILEGITIMIDADE PASSIVA

38. A presente ação também deverá ser extinta devido à **manifesta ilegitimidade da Google para figurar no polo passivo**[15].

39. Segundo o MPFMG, a legitimidade da Google estaria evidenciada pela sua conduta de "relutar em cumprir/obedecer à legislação brasileira correlata aos direitos dos consumidores infantis" (fls. 06), assumindo, para tanto, que todo e qualquer merchandising ou publicidade direcionado ou com a participação de crianças estaria vedado por lei.

40. Contudo, mesmo que se entendesse pela ilegalidade/abusividade da publicidade infantil (o que será adiante enfrentado no item VI.1), ainda assim, a responsabilidade por eventual infração contida nos vídeos questionados não seria da Google.

41. Com efeito, segundo o Marco Civil da Internet, até o recebimento de uma ordem judicial específica de remoção e/ou exclusão de conteúdo, seguida de um descumprimento injustificado, não há responsabilidade dos provedores de aplicações de Internet sobre o conteúdo.

42. A lógica por trás de tal regime de responsabilidade é simples: **a um**, eventual obrigação de controle prévio de cada vídeo postado "eliminaria um dos maiores atrativos da internet, que é a transmissão de dados em tempo real"[16]; **a dois**, para prevenir o sistema contra a censura e a limitação injustificada da liberdade de expressão, já que não seria possível transferir, a uma empresa privada, o juízo de valor quanto à abusividade ou não de um determinado conteúdo, percepção que, por si só, permite interpretações

---

[15] Art. 485, VI, NCPC.

[16] STJ, REsp nº 1.342.640 - SP, Rel. Min. Nancy Andrighi,j. 07/2/2017. Neste mesmo sentido: Paulo Nader considera inviável impor aos provedores a conduta de monitoramento prévio de conteúdo, "pois tornaria extremamente complexa a organização de meios para a obtenção dos resultados exigidos, além de criar pequenos órgãos de censura" – *Curso de Direito Civil*. Vol. VII, 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 385.

diversas[17].

43. Desta forma, mais do que não haver a obrigatoriedade, os provedores estão **impedidos** de exercer o controle de conteúdo, sob pena de responsabilização pela indevida interferência na liberdade de expressão e comunicação de seus usuários. No caso concreto, tal racional visa justamente impedir que a Google possa remover indiscriminadamente os vídeos - situação que o legislador buscou evitar[18].

44. Isto não significa, no entanto, que os provedores de internet estariam isentos de toda e qualquer responsabilidade. O que o Marco Civil buscou foi justamente criar um **ponto de equilíbrio** entre duas esferas de direito aparentemente conflitantes - quais sejam, a liberdade de expressão e os direitos fundamentais da pessoa humana (honra, privacidade, imagem, dentre outros) – de tal forma que **ambas** estivessem simultaneamente protegidas pela Lei.

45. Ao se transportar o disposto no art. 19 do Marco Civil para o caso concreto, torna-se claro que a pretendida responsabilização da Google dependeria necessariamente: (i) da existência de ordem judicial para remoção dos vídeos supostamente infringentes; (ii) que tal ordem fosse clara e específica quanto ao material infringente; (iii) que as providências necessárias para o cumprimento da ordem judicial estivessem no âmbito e nos

---

[17] Não por outra razão, em manifestação sobre o tema, a Procuradoria Geral da República confirmou a inconstitucionalidade do monitoramento prévio de conteúdo pelos provedores de internet: "[...] Não há interferência do provedor no conteúdo publicado pelos usuários na rede de relacionamentos, sendo incompatível com o arcabouço constitucional de regência que se faculte – e tampouco exija – a censura prévia das manifestações veiculadas, sob pena de responsabilização objetiva, que redundaria em indevido e grave constrangimento à própria liberdade de expressão" (Manifestação da Procuradoria Geral da República nos autos do RE nº 660.861/MG, datada de 11.07.2012 – grifos nossos).

[18] A este respeito: *"A adoção dessa medida [art. 19] visa a combater a indústria de notificações para remoção de conteúdo (...). O Marco Civil assume posição de defesa da liberdade de expressão e garante aos provedores a imunidade que neutraliza o temor que poderia existir no sentido de que a não remoção do conteúdo, depois da notificação, geraria a sua responsabilização"* – SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Responsabilidade civil dos provedores de acesso e de aplicações de internet: evolução jurisprudencial e os impactos da Lei 12.695/2014 (Marco Civil da Internet). *In: Marco Civil da Internet.* George Salomão Leite, Ronaldo Lemos (coordenadores) – São Paulo: Atlas, 2014.

limites técnicos do serviço prestado; e, por fim, (iv) que houvesse descumprimento (ou cumprimento intempestivo) de tal ordem judicial pela Google.

46. No presente caso, contudo, **nenhum** dos requisitos elencados acima está preenchido, razão pela qual conclui-se pela ausência de responsabilidade da Google pela veiculação de conteúdo eventualmente abusivo.

47. Não fosse o bastante, a legitimidade da Google também deverá ser afastada na medida em que ela não participa do processo de produção dos vídeos disponibilizados em sua plataforma[19].

48. Pelo contrário, os vídeos são produzidos e inseridos na plataforma de forma livre pelos usuários, cujos dados cadastrais, caso disponíveis, podem ser fornecidos pela Google mediante ordem judicial nesse sentido. E no caso específico do canal "Bel para Meninas", a identidade de sua proprietária é pública (fls. 9-18 do IC) e está visível e devidamente apontada[20] na própria plataforma do Youtube.

49. Desta forma, na remota hipótese de se entender pela abusividade ou ilegalidade do conteúdo contido nos vídeos discutidos nesta ação, a responsabilidade deverá ser direcionada aos usuários proprietários dos respectivos vídeos, que, frise-se, são os verdadeiros responsáveis pela produção e divulgação do conteúdo supostamente abusivo, além de serem plenamente capazes de responder por seus atos.

50. Nesse último ponto, é bom lembrar que, da mesma forma que a Google **não** é hoje responsável pelo conteúdo dos vídeos compartilhados no YouTube – ainda que estes tenham alguma conotação de publicidade ou merchandising velada – os jornais,

---

[19] O YouTube é um provedor que se limita a "disponibilizar os vídeos inseridos pelos usuários, sem nenhuma participação na criação ou edição dos arquivos digitais" - STJ, REsp nº 1.403.749 – GO, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 25/03/2014.

[20] https://www.youtube.com/user/belparameninas/about. Acesso em 03.03.2017.

revistas e emissoras de televisão também **não** são responsáveis por ilícitudes cometidas por produtoras de conteúdo independente, o que reforça o racional legítimo estabelecido pelo Marco Civil da Internet[21].

51. Essa analogia entre os diversos veículos de comunicação é importante para demonstrar que, independentemente das particularidades de cada um dos veículos existentes, a responsabilização deve recair somente sobre aqueles que **efetivamente** tiveram participação na criação do produto publicitário reputado como abusivo ou ilegal[22], o que não ocorreu no caso da Google.

52. Assim, não se pode admitir que a discussão travada nesta ACP seja direcionada à Google, que, como visto, apenas hospeda os conteúdos apontados como infringentes, sendo parte evidentemente ilegítima.

53. O Autor volta sua pretensão justamente ao único personagem que não está incluído na cadeia de produção dos vídeos, talvez porque essa saída seja a mais "fácil" para driblar a real discussão em voga. Contudo, tal conduta do MPFMG, além de ameaçar a livre comunicação dos indivíduos, deixa de lado uma necessária reflexão quanto ao papel dos pais, fornecedores dos produtos e agências de publicidade, personagens estes que poderiam estar efetivamente envolvidos na produção do conteúdo supostamente abusivo, e que, em

---

[21] "RECURSO ESPECIAL - PREQUESTIONAMENTO - INOCORRÊNCIA - SÚMULA 282/STF - FALTA DE COMBATE AOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO - APLICAÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA 182 - PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE RECURSAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONSUMIDOR - VEÍCULOS DE COMUNICAÇÃO - EVENTUAL PROPAGANDA OU ANÚNCIO ENGANOSO OU ABUSIVO - AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE - CDC, ART. 38 - FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS. (...) III - **As empresas de comunicação não respondem por publicidade de propostas abusivas ou enganosas. Tal responsabilidade toca aos fornecedores-anunciantes, que a patrocinaram** (CDC, Arts. 3º e 38). IV - O CDC, quando trata de publicidade, impõe deveres ao anunciante - não às empresas de comunicação (Art. 3º, CDC). V - Fundamentação apoiada em dispositivo ou princípio constitucional é imune a recurso especial" (STJ, REsp 604.172 – SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 27/03/2007). No mesmo sentido: STJ, REsp nº 1.157.228 – RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 03/02/2011.

[22] "**A responsabilidade pelo produto ou serviço anunciado é daquele que o confecciona ou presta, e não se estende à televisão, jornal ou rádio que o divulga**" - STJ, REsp nº 1.157.228 – RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 03/02/2011.

sendo assim, deveriam ser responsabilizados e aqui demandados.

54. Logo, a ilegitimidade da Google é manifesta, pois (i) a Google não é proprietária e responsável pelo conteúdo compartilhado por seus usuários no YouTube; (ii) a Google não recebeu qualquer ordem judicial específica para remover o conteúdo questionado pelo MPFMG e (iii) os verdadeiros autores do conteúdo são identificáveis. Por tais razões, requer-se a extinção da presente demanda em relação à Google, conforme dispõe o art. 485, VI do NCPC.

## V. FALTA DE INTERESSE DE AGIR

55. Na remota hipótese de serem ultrapassadas as preliminares anteriormente suscitadas, a presente demanda não poderá prosseguir também em razão da manifesta ausência de interesse de agir.

56. O interesse jurídico é qualificado como a capacidade de o provimento jurisdicional ser efetivamente útil ao demandante, ou seja, o provimento deve ser "*capaz de trazer-lhe uma verdadeira tutela, a tutela jurisdicional. O interesse de agir constitui o núcleo fundamental do direito de ação, por isso que só legitima o acesso ao processo e só é lícito exigir do Estado o provimento pedido, na medida em que ele tenha utilidade e essa aptidãd*'.[23]

57. Assim, o interesse processual consubstancia-se na **necessidade** do processo para obter o bem desejado e na **adequação** – segundo os critérios estabelecidos pelo legislador – do provimento jurisdicional postulado ao objetivo visado pelo requerente ("binômio necessidade x adequação").

[23] DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, vol. II, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, p. 309.

58. Todavia, no presente caso, **tanto o interesse-necessidade quanto o interesse-adequação estão ausentes**.

59. Pelo que se depreende da petição inicial, o objetivo do Autor com a presente demanda é coibir a veiculação de vídeos no YouTube que contenham "*merchandising e/ou promoção de produtos e/ou serviços protagonizados por crianças (pessoas com até 12 anos) ou a elas dirigidd*". Contudo, ao invés de pedir a remoção dos vídeos que julga ilícitos ou a punição dos verdadeiros responsáveis pela produção e compartilhamento desse conteúdo, o MPFMG limita-se a requerer que a Google seja obrigada (i) a disponibilizar aviso na plataforma do YouTube no sentido de que o merchandising infantil e a publicidade com participação de crianças seriam proibidos ou abusivos; e (ii) a incluir na ferramenta de denúncias do YouTube um item relativo a essa suposta vedação.

60. Percebe-se que, por trás do pedido formulado pelo Autor, está a intenção de transferir à Google, que sequer é responsável pelo conteúdo compartilhado por terceiros no YouTube, o ônus de analisar preventivamente os vídeos postados na plataforma e retirá-los do ar em caso de recebimento de denúncia relativa a conteúdo publicitário direcionado ao público infanto-juvenil.

61. Ocorre que, mesmo que esta demanda seja julgada procedente, a Google – em conformidade com a sistemática consagrada pelo art. 19 do Marco Civil – continuará sem realizar a análise e controle prévio dos vídeos veiculados no YouTube e sem ter o dever de excluir os vídeos que contenham indícios de publicidade infantil abusiva antes de uma ordem judicial específica nesse sentido. Do contrário, a Google estaria praticando **censura**, o que é vedado não só pelo Marco Civil, mas também pela própria Constituição Federal, em seu art. 220, *caput* e § 2º.

62. E a despeito das convicções do Autor, a Google não pode ser condenada a

alertar os usuários do YouTube acerca da existência de suposta proibição legal, cujo conhecimento por todos já seria presumido, e muito menos a fiscalizar e garantir o cumprimento das leis por terceiros, uma vez que inexiste qualquer determinação legal nesse sentido. Afinal, o princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF) dispõe que somente o Poder Legislativo pode interferir na liberdade dos particulares para impor-lhes deveres e obrigações.

63. Logo, a **disponibilização de aviso e a alteração da ferramenta de denúncias pleiteadas pelo Autor são manifestamente inadequadas para atingir o resultado almejado, já que não implicarão em qualquer modificação do funcionamento do YouTube capaz de impedir o compartilhamento de conteúdo com publicidade infantil**.

64. Como se isso não bastasse, **mesmo que fosse possível e adequado forçar a Google a realizar as alterações requeridas pelo MPFMG na plataforma do YouTube, não há qualquer necessidade de fazê-lo**.

65. Partindo-se da premissa defendida pelo MPFMG de que existe proibição legal do merchandising infantil e da publicidade com participação de crianças, os Termos de Serviço do YouTube (Itens 4.I e 6.E) já sujeitam os usuários ao cumprimento das leis, que são presumidamente do conhecimento de todos[24].

66. Diante disso, não há qualquer sentido em se exigir que a Google dê destaque a uma suposta vedação legal em particular, quando há diversas normas aplicáveis à postagem de conteúdo na internet. Ora, deveria o YouTube conter avisos específicos

[24] Item 4.I dos Termos de Serviço: "4.I. Ao utilizar o Serviço, Você deverá cumprir com todas as leis e regulamentos aplicáveis, sejam regionais, nacionais ou internacionais". Disponível em https://www.youtube.com/t/terms - acesso em 07.02.2017.

acerca de todas as possíveis ilicitudes atinentes à postagem de vídeos na plataforma? É evidente que não.

67. Tampouco há real utilidade em incluir na ferramenta de denúncias da plataforma um item relativo à suposta abusividade da publicidade infantil questionada pelo Autor, pois a Google já recebe reclamações de toda natureza, seja por meio da ferramenta de denúncias que já é disponibilizada no YouTube, seja por qualquer outro meio válido de comunicação. Reitere-se, no entanto, que apenas os vídeos que contenham inequívocas violações à lei ou à política do YouTube podem ser removidos voluntariamente.

68. A pretensão do MPFMG revela-se ainda mais descabida quando se tem em vista que, como será demonstrado adiante, não há proibição legal da publicidade infantil no Brasil, de forma que a procedência dos pedidos exordiais representaria uma interferência na plataforma da Google não só desnecessária como ilegítima. Afinal, o direito da Google de desenvolver livremente o *layout* de seus produtos não pode ser tolhido em nome da defesa de ideologias sem qualquer respaldo legal.

69. Por fim, o MPFMG também carece de interesse de agir para pedir a condenação da União a alterar a Resolução 163/2014 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança ("CONANDA") para nela incluir sanções administrativas em caso de descumprimento dos seus dispositivos.

70. Tal pedido configuraria flagrante violação ao princípio da separação dos poderes, consagrado pelo art. 2º da Constituição Federal. Embora o sistema constitucional de freios e contrapesos permita ao Poder Judiciário obrigar o Legislativo ou o Executivo a praticar os atos legislativos e administrativos necessários para tornar plenamente aplicáveis as normas constitucionais, o remédio adequado para tanto não é uma ação civil pública como a presente, e sim uma ação de inconstitucionalidade por omissão ajuizada perante o

STF por um dos legitimados do art. 103 da Constituição Federal,[25] dentre os quais não se inclui o MPFMG.

71. Ademais, sequer há necessidade de imposição de qualquer penalidade administrativa para dotar de eficácia as normas de proteção aos direitos da criança e do adolescente, cuja infração já está sujeita às sanções dos órgãos de proteção do consumidor e do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária ("CONAR"), além das medidas cíveis e criminais cabíveis.

72. Por todas essas razões, é evidente a necessidade de extinção desta ACP sem julgamento do mérito por ausência de interesse de agir, consoante disposto pelo art. 485, VI, do NCPC.

## VI. MÉRITO:

### VI.1. A publicidade infantil, o merchandising infantil e a publicidade com participação de crianças não são vedadas em absoluto pelo ordenamento jurídico

73. Embora o Autor reconheça que a publicidade dirigida ao público infantil não é proibida[26], defende que diversas condutas seriam (ou deveriam) ser proibidas. Na prática, as condutas reputadas abusivas pelo MPFMG são de tal forma restritivas, que equivaleriam ao verdadeiro banimento de toda e qualquer publicidade infantil.

74. Esta contradição intrínseca da petição inicial – que determina a extinção desta demanda seja por inépcia ou por falta de interesse de agir –, revela desde logo que o Autor ignora por completo a natureza, a relevância e a proteção constitucional da publicidade.

---

[25] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo,* São Paulo: Malheiros, 2010, 33ª ed., p. 47-48.
[26] "De fato, não há proibição, por si só, de publicidade com participação de crianças no nosso país" (fls. 24).

75. A publicidade é consectário da livre iniciativa (art. 1º, IV e 170 da CF), das garantias constitucionais da liberdade de pensamento e de expressão (art. 5º, IV e 220 da CF) e dos direitos à informação e comunicação social (art. 5º, IX e 220 da CF).

76. A livre iniciativa, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil e pilar da ordem econômica, garante ao particular o desenvolvimento de suas atividades econômicas da maneira mais adequada aos seus objetivos (desde que lícitos) e conforme seu próprio modelo de negócios[27], o que, obviamente, engloba o direito de promover a divulgação de seus produtos e serviços via publicidade.

77. A liberdade de expressão e demais direitos correlatos – como a liberdade de manifestação do pensamento, direito à informação e direito à comunicação – são os princípios basilares de todo o ordenamento jurídico. Não apenas porque consistem em direitos indispensáveis à democracia, mas porque são inerentes à concepção de pessoa como ser racional e sociável[28].

78. A Constituição Federal de 1988, enquanto reação ao regime ditatorial e autoritário que a antecedeu, assegurou às liberdades de expressão e pensamento ampla proteção, garantindo sua fruição "independentemente de censura ou licença" (art. 5º, IX):

---

[27] "[...] a decisão da empresa privada sobre a forma como pretende gerir os seus negócios, os caminhos que seguirá e os riscos que correrá, estão protegidos pelas regras constitucionais que regem a economia, incluindo a livre iniciativa. Com base nisso, qualquer entidade de capital fechado tem o direito de organizar seus negócios como bem entender e não pode sofrer ingerência sobre o que fazer ou quando e como fazê-lo. Este tipo de interferência é inconstitucional." (FRONTINI, Paulo Salvador. *Ação Civil Pública:* Lei nº. 7.374/1985 – 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 749-750).

[28] "Em outras palavras, o exercício da liberdade de expressão se põe como relevante aspecto da autonomia do indivíduo, concebida, numa perspectiva kantiana, como o centro da dignidade da pessoa humana. Cuida-se, impende frisar, não apenas da autonomia privada do indivíduo, isto é, da autocondução independente da pessoa segundo seus próprios desígnios (o que decerto envolve seu livre juízo pessoal a respeito da legitimidade das prescrições da legislação penal a respeito de questões como o consumo de entorpecentes), mas também – e sobretudo – da autonomia pública, assim considerada a sua livre inserção no debate público. Especificamente sobre este aspecto, não pode haver dúvida de que a liberdade de expressão é crucial para a participação do cidadão no processo democrático." (STF. Voto do Min. Luiz Fux *In* Ação de descumprimento de preceito Fundamental nº 187/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 15.06.2011) – grifos acrescentados.

> "A livre expressão e manifestação de ideias, pensamentos e convicções não pode e não deve ser impedida pelo Poder Público e nem submetida a ilícitas interferências do Estado que, a pretexto de prévia verificação de seu conteúdo, viabilizem e conduzam a procedimentos censórios executados por agentes estatais."[29]

79. Daí porque, nos precisos dizeres da Ministra Carmen Lúcia, "a maior liberdade que se pode ter é a de expressão"[30].

80. Os direitos à informação – compreendido na dupla perspectiva do direito de informar e ser informado – e à comunicação[31] são igualmente garantidos por meio da publicidade, na medida em que asseguram a propagação de informações sobre os produtos e serviços pelos mais variados meios e veículos.

81. A conclusão de que a publicidade é decorrência de outros direitos constitucionais e, portanto, protegida pela própria Constituição, é corroborada pelo art. 220 da CF, que dispõe que:

- §3º. compete à lei federal estabelecer meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defender da propaganda de produtos, práticas e serviços potencialmente nocivos à saúde e ao meio ambiente;
- §4º. a propaganda de tabaco, bebidas alcóolicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita às restrições a serem estabelecidas por lei federal.

82. Em outras palavras: a publicidade – incluindo a dirigida ao público infantil –

---

[29] STF, Ação direta de inconstitucionalidade nº 392, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 20.06.1991.

[30] STF, Ação de descumprimento de preceito Fundamental nº 187/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 15.06.2011.

[31] "A liberdade de comunicação consiste em um conjunto de direitos, formas, processos e veículos que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação". (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17.ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 246).

consiste em expressão direta de relevantes direitos constitucionais. Portanto, é amplamente garantida pela CF e comporta restrições apenas nas hipóteses expressamente elencadas no texto constitucional, por meio de lei federal.

83. Dentre as restrições constitucionais, não se encontra qualquer restrição à publicidade dirigida ao público infantil, ao merchandising ou à publicidade com participação de crianças. As restrições previstas pelo constituinte são unicamente aplicáveis a tabaco, bebidas alcóolicas, agrotóxicos, medicamentos, terapias e produtos, práticas ou serviços potencialmente nocivos à saúde ou ao meio-ambiente.

84. A impossibilidade de restrições adicionais àquelas previstas na CF não afasta o poder regulamentar do legislador ordinário. Tal poder, contudo, deve ser necessariamente exercido nos limites das restrições constitucionais, o que revela o descabimento do banimento da publicidade dirigida ao público infantil pretendido pelo Autor, em manifesta afronta à *ratio* constitucional:

> "Desse modo, no caso sob exame, a legislação pode regulamentar a atividade publicitário infantil. Contudo, a regulamentação não pode ser de tal modo proibitiva a tornar, prévia e abstratamente, proibida toda e qualquer publicidade dirigida às crianças. Ora, se nem mesmo a lei pode impor em abstrato a proibição de se realizar a publicidade para o público infantil, com maior razão, o sistema constitucional não permite que o Judiciário impeça determinado particular de realizar essa atividade".[32]

85. Não se trata simplesmente de privilegiar os interesses meramente

[32] NERY JUNIOR, Nelson. Limites para a publicidade infanbil: Direito fundamental à comunicação a liberdade de expressão da iniciativa privada. In: NERY JUNIOR, Nelson. *Soluções práticas de direito: direito constitucional e direito regulatório,* 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 427-765.

econômicos por trás da publicidade em detrimento da efetiva proteção das crianças: a garantia do direito de fazer (e receber) publicidade vai muito além da livre iniciativa, englobando a liberdade de expressão, de comunicação e o direito à informação.

86. Aliás, o próprio Estatuto da Criança e Adolescente ("ECA") – cujo escopo é de proteger integralmente crianças e adolescentes em face de suas necessidades especiais –, garante a liberdade de expressão e manifestação de ideias das crianças (artigos 15 e 16) e, principalmente, o direito à informação, desde que respeitada sua "condição peculiar de pessoa em desenvolvimento" (art. 71). O ECA tampouco veda a publicidade dirigida às crianças, ou as condutas questionadas pelo Autor.

87. Esta gama de direitos fundamentais prevalece no cotejo com a proteção especial das crianças, até mesmo porque a primazia da publicidade não significa que qualquer conteúdo publicitário dirigido ao público infantil será admitido.

88. O Código de Defesa do Consumidor ("CDC"), em atenção ao poder regulamentar e às vulnerabilidades próprias das crianças, proíbe a publicidade que "se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança" (art. 37, § 2º) e que, por isso, é considerada abusiva.

89. Ou seja: o CDC igualmente não proíbe em absoluto a publicidade dirigida ao público infantil ou com participação de criança. A restrição estabelecida pelo CDC apenas incide em caso de exploração indevida da inexperiência típica das crianças.

90. Por se tratar de critério manifestamente subjetivo, a aferição de eventual abusividade da publicidade dirigida ao público infantil acontece no caso concreto. Todavia, os Tribunais não ignoram que a questão envolve outros elementos, a exemplo da responsabilidade dos pais. Sem prejuízo do aprofundamento desta temática no item VI.2.2 abaixo, veja-se que, no mais das vezes, a responsabilidade dos pais é invocada para afastar

o caráter abusivo da publicidade:

> "MULTA ADMINISTRATIVA – Sanção cominada pelo PROCON em razão de publicidade considerada abusiva – Veiculação da comercialização de lanches e brinquedos atrelados a ocasiões de convívio – Kit "Mc Lanche Feliz" – Abusividade não verificada, não comportando interpretação literal o disposto na Resolução nº 163/2014 do CONANDA – Responsabilidade familiar pela educação dos filhos que não pode ser absorvida pelo Estado em todas as hipóteses, em paternalismo injustificável – Precedente jurisprudencial – Apelação do PROCON não provida."[33]

91. Ademais, ao contrário do pretendido pelo Autor, **os Tribunais rechaçam a presunção de que qualquer material publicitário voltado ao público infantil teria caráter abusivo**:

> "O fato de a publicidade ser endereçada ao público menor não significa a ocorrência de afronta ao art. 37, §2º do Código de Defesa do Consumidor, o qual disciplina diretrizes em relação ao tema e veda publicidade que explore a ingenuidade da criança. Para que haja violação ao referido dispositivo é necessário abusividade na conduta, o que não ocorreu *in casu*".[34]

92. Nenhuma das leis especiais atualmente em vigor que impõe restrições à publicidade[35] tratam da comunicação publicitária destinada ao público infantil, o que reforça

[33] TJSP, AC nº. 0018234-17.2013.8.26.0053, Rel. Des. Fermino Magnani Filho, j. 29.06.15.
[34] TJSP, AC nº. 1010889-46.2014.8.26.0053, Rel. Des. Moreira de Carvalho, j. 25.04.16.
[35] Lei nº 11.265/2006 (alimentos para lactantes e crianças de primeira infância); Lei nº 6.360/76 (medicamentos); Lei nº 9.294/96 (produtos fumígeros, bebidas alcóolicas, medicamentos, terapias e defensivos

a inexistência da proibição legal invocada pelo MPFMG.

93. De certo, tampouco é possível que tal vedação, totalmente incompatível com o regime constitucional brasileiro, venha a existir.

94. Não por outra razão, o Projeto de Lei 702/2011, que visava a modificar o ECA para proibir a veiculação de publicidade infantil em televisão aberta e por assinatura no horário compreendido entre as sete horas da manhã e as dez horas da noite, foi rejeitado pela Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria, Comércio e Serviços ("CDEIC") e pela Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática da Câmara dos Deputados ("CCTCI"). Conforme restou consignado no parecer do deputado relator da CDEIC:

> "Nossa Carta Magna dispõe que a liberdade na comunicação é a regra e que apenas produtos específicos merecem cuidado especial. O artigo 220 determina que Lei deverá dispor sobre a proteção da pessoa e da família da "propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente". Ademais, o mesmo artigo, no § 4º, dispõe que: "A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais..." Por esses motivos, esta Casa tem se posicionado contrariamente a vedações gerais para a propaganda, mesmo em se tratando de publicidade infantil.
>
> [...]
>
> **A vedação de toda e qualquer propaganda dirigida ao público infantil não é condizente com a Constituição e com o modelo de autorregulação adotado pelo País. Entendemos que tal**

agrícola) e Lei nº 10.826/2003 e Decreto nº 3.665/200 (armas de fogo).

**prática seria cerceamento ao livre arbítrio, à livre iniciativa e, em última instância, a imposição de censura à criação e à manifestação do pensamento**".[36]

95. O Autor alega, ainda, que o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária do CONAR e a Resolução 163/2014 do CONANDA proibiriam a publicidade infantil indireta ou com participação de crianças. Contudo, esses dispositivos não possuem força de lei, de forma que não podem ser invocados contra a Google.

96. O CONAR é uma associação civil organizada por agentes econômicos ligados ao setor publicitário, encarregada da autorregulamentação da atividade de propaganda comercial. Dessa maneira, **suas regras vinculam apenas os anunciantes, os veículos de comunicação e as agências de publicidade que voluntariamente se associam à entidade, dentre os quais não se inclui a Google**.

97. Não obstante, é certo que nem mesmo o CONAR proíbe a publicidade infantil ou com participação de crianças, porquanto o art. 37 do Código de Autorregulamentação Publicitária reconhece que a publicidade desempenha importante papel na formação dos menores como cidadãos responsáveis e consumidores conscientes.

98. Por sua vez, o CONANDA é órgão integrante da estrutura da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República que possui competência para "*elaborar as normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, fiscalizando as ações de execução*" (art. 2º, I, da Lei n. 8.242/1991) e "*acompanhar e avaliar a expedição de orientações e recomendações sobre a aplicação da Lei no 8.069, de 1991, e dos demais atos normativos relacionados ao atendimento da criança e do adolescente*" (art. 2º do Decreto nº 5.089/2004).

---

[36] http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1415882&filename=PRL+2+CCTCI+%3D%3E+PL+702/2011 Acesso em 15.02.2017.

99. Assim, o CONANDA não tem competência para editar atos normativos que restrinjam os direitos dos particulares, mas apenas de orientar e acompanhar a política nacional de atendimento dos direitos das crianças e adolescentes.

100. Nesse cenário, é evidente que a Resolução 163/2014 do CONANDA, que dispõe sobre a abusividade do direcionamento de comunicação mercadológica e publicidade ao público infantil, jamais poderia ter o alcance e o caráter vinculante que o MPFMG quer lhe atribuir. Até mesmo porque, conforme já exposto, qualquer restrição à publicidade deve ser realizada apenas por lei federal (art. 220, § 4º, da CF), de forma que o entendimento do Autor é flagrantemente inconstitucional.

101. **A própria Secretaria de Direitos Humanos, da qual o CONANDA faz parte, já admitiu que a referida resolução constitui apenas "*uma recomendação de um órgão colegiado de defesa dos direitos da criança, com participação de representantes da sociedade civil, e que o texto não tem força de lei nem estabelece qualquer sanção no caso de não atendimento à orientação*".**

102. Aliás, essa também é a posição do CONAR, segundo o qual "*o mercado publicitário já sabe que, no Brasil, de acordo com a Constituição, normas que imponham restrições à propaganda comercial dependem de lei federal, votada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo presidente da República, e as que estão em vigor, bem como a autorregulamentação, estão sendo cumpridas*"[37].

103. Corroborando a afirmação da Secretaria de Direitos Humanos, a doutrina é clara quanto à ausência de caráter vinculante da Resolução 163/2014 do CONANDA. Confira-se:

[37] http://g1.globo.com/economia/midia-e-marketing/noticia/2014/04/associacoes-e-mercado-nao-reconhecem-resolucao-do-conanda.html Acesso em 15.02.2017.

"**A Resolução n.º 163/2014 editada pelo CONANDA impõe sérias restrições à publicidade voltada ao público infantil que, na prática, torna abusiva e, portanto, proibida qualquer comunicação comercial voltada para crianças, independentemente do horário de divulgação e do veículo de comunicação, inclusive espaços públicos, eventos e internet**. Sob o pretexto de regulamentação destinada à proteção do público infantil, o CONANDA apresenta normatização completamente contrária ao ordenamento jurídico brasileiro. Em primeiro lugar, o Conselho ofende ao princípio da legalidade, tendo em vista que a Constituição Federal determina que qualquer regulamentação sobre publicidade deve ser realizada por lei federal e não por resolução. [...]. **Pode-se dizer, portanto, que a Resolução n.º 163/2014 é ato inconstitucional de censura da liberdade publicitária**"[38].

"**A Resolução nº 163/14 do CONANDA só pode ser vista como uma orientação para a política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, mas sem qualquer caráter vinculante para os particulares.**

Interpretação diversa, que pretenda ampliar o alcance da Resolução, revelaria sua patente inconstitucionalidade e a violação ao Estatuto da Criança e do Adolescente e à Lei nº 8.242/91, próprios fundamentos de legitimidade do CONANDA".[39]

---

[38] Artigo publicado por Nery Advogados em http://neryadvogados.com.br/a-inconstitucionalidade-da-resolucao-conanda-n-o-1632014-que-dispoe-sobre-publicidade-infantil/ Acesso em 15.02.2017.

[39] PASCHOAL, Maximilian Fierro e BARATA, Pedro Paulo, em http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI202249,51045-A+recente+resolucao+do+Conanda+e+a+publicidade+de+produtos+para. Acesso em 15.02.2017.

" [A Resolução 163/2014] extrapola, formalmente, a competência do Conanda, extrapola, materialmente, o âmbito da regulação infralegal da publicidade e estabelece uma proibição total onde a Constituição determina um espaço de liberdade"[40].

104. A jurisprudência não discrepa:

" [...] escorreita a sentença ao afastar a incidência da Resolução 163/2014 do CONANDA, tendo em vista a ausência de lei apta a restringir o livre exercício da atividade econômica, verbis (fl. 917):'(...) **Decido por afastar, ademais, a aplicação da Resolução 163/2014 do CONANDA ao caso concreto, uma vez que o cumprimento da referida norma cria grave restrição ao exercício de atividade econômica, sem a devida previsão em lei, de modo que contraria o texto do parágrafo único do artigo 170 da Constituição Federal**, que condiciona a intervenção do Estado no domínio econômico à existência de lei, autorizando ao Poder Executivo apenas a expedição de decretos visando à sua fiel execução (artigo 84, IV,CF). Assim, na presente discussão, a aplicação da Resolução criaria situação de inevitável contrariedade às normas constitucionais"[41].

105. Logo, pode-se dizer que a tentativa do MPFMG de atribuir força vinculante à Resolução 163/2014 do CONANDA é **inconstitucional**, tendo em vista que tal resolução tem, quando muito, caráter de mera orientação, seja porque a regulamentação da

[40] ZAPATER, Tiago Cardoso Valtekunas, em http://www.conjur.com.br/2014-abr-11/tiago-zapater-nao-admitir-proibicao-total-publicidade-infantil. Acesso em 15.02.2017.

[41] TJPR, AC nº 1423106-4, 5ªCâmara Cível de Direito Privado, j. 17.05.2016. No mesmo sentido: TJSP, AC nº 0018234-17.2013.8.26.0053, 5ª Câmara de Direito Público, j. 29.06.2015.

publicidade é matéria privativa de lei federal (art. 220, §3º, II da Constituição Federal), seja porque a proibição da publicidade infantil esbarra nos princípios da livre iniciativa, liberdade de expressão e de informação e vedação à censura, de modo que apenas a Constituição Federal poderia impor tal tipo de restrição à liberdade publicitária.

106. Não há que se falar, portanto, de proibição legal da publicidade infantil como um todo ou mesmo das práticas questionadas pelo Autor (merchandising e publicidade com participação de criança).

107. E justamente por ser permitida à luz do Direito brasileiro, a publicidade infantil não é repudiada pela jurisprudência:

> "Aliás, ao contrário do que sustenta apelante, **fato é que nem o Código de Defesa do Consumidor, nem o Estatuto da Criança e do Adolescente, tampouco Código de Auto-Regulamentação Publicitária proíbem a publicidade infantil**. Tais diplomas legais disciplinam as regras que devem ser observadas, entre elas, a publicidade, que é fator coadjuvante na formação da subjetividade da criança, na medida em que a atuação da família, autoridades e educadores é primordial, ou seja, a publicidade infantil é expressamente permitida desde que observadas algumas orientações.
> [...]
> Ainda mais impertinente é interpretar como publicidade abusiva a interatividade promovida pela internet, tratando-se de um verdadeiro retrocesso, tanto porque inexiste vedação legal à publicidade nos

meios eletrônicos".[42]

"Portanto, de forma abstrata e genérica, consoante pugna o apelante em sua petição inicial e apelação, **apenas e tão somente poderia o Poder Judiciário reconhecer a ilegalidade das peças publicitárias promovidas pelas apeladas (todas e quaisquer delas), se o ordenamento jurídico vigente expressamente proibisse tal conduta.**

Em suma, se o poder constituído do Estado, o Poder Legislativo, após cumprimento do processo legislativo, tivesse adotado como norma padrão para sociedade brasileira a proibição de tal conduta, assim poderia o Poder Judiciário decidir. **Contudo, não tendo sido adotada tal norma, não há como se imputar ilegal uma peça publicitária apenas e tão somente porque é voltada para o público infantil.**

Tal qual pretendido pelo apelante, estaria o Poder Judiciário, ao arrepio dos princípios constitucionais e da Lei, a promover censura prévia, e, portanto, a cercear a manifestação do livre pensamento (artigo 5º, incisos IV e IX, da Constituição da República)"[43].

"Em suma, a veiculação de peça publicitária é permitida pelo ordenamento jurídico pátrio, apenas passando pelo controle de legalidade do Poder Judiciário, caso se mostre exorbitante ou nociva. O conteúdo de peça publicitária, pontualmente colocada sob análise judicial, apenas e tão somente poderia ser reputado ilegal, e,

[42] TJSP, AC nº 1010889-46.2014.8.26.0053, 3ª Câmara Extraordinária de Direito Público, Rel. Des. Moreira de Carvalho, j. 25.04.2016.
[43] TJSP, AC nº 0029619-23.2010.8.26.0002, Rel. Des. Maia da Cunha, j. 19.09.2011.

portanto, sujeito a sofrer restrição em sua veiculação, se ferisse tais princípios e regramento[44]".

108. Por tais razões, é inegável que a premissa do Autor segundo a qual a publicidade infantil indireta ou com participação de crianças seria proibida carece de qualquer respaldo legal, sustentando-se meramente em visões puramente ideológicas que, como se verá, são contrárias ao modelo socioeconômico adotado pela Constituição Federal.

109. Dessa forma, o pedido formulado pelo MFMG contra a Google deve ser julgado totalmente improcedente, já que ela não pode ser obrigada a disponibilizar na sua plataforma aviso relacionado a proibição legal que nem sequer existe.

## VI.2. A ausência de responsabilidade da Google

### VI.2.1 Inconstitucionalidade de eventual dever de controle

110. Ainda que se entenda que a publicidade infantil ou com participação de criança seria proibida, ainda assim, não seria possível condenar a Google.

111. Apesar da fundamentação confusa e contraditória da petição inicial, a conduta imputada pelo Autor à Google consiste na **veiculação/divulgação** de vídeos contendo merchandising ou publicidade com participação de criança.

112. Ocorre que, como já demonstrado, o regime estabelecido pelo Marco Civil isenta a Google de responsabilidade sobre o conteúdo compartilhado pelos usuários do YouTube, até que seja proferida ordem judicial específica para remoção de conteúdo. Ou

[44] TJSP, AC nº 0025180-44.2009.8.26.0053, 1ª Câmara de Direito Público, Rel. Vicente de Abreu Amadei, j. 27.11.2012. No mesmo sentido: TJSP, AC nº 0342384-90.2009.8.26.0000, 7ª Câmara de Direito Privado, j. 08.05.2013; TJSP, AC nº 0010824-73.2011.8.26.0053, 8ª Câmara de Direito Público, j. 16.09.2015; TJSP, AC nº 0018234-17.2013.8.26.0053, 5ª Câmara de Direito Público, j. 29.06.2015; TJPR, AC nº 1423106-4, 5ªCâmara Cível de Direito Privado, j. 17.05.2016.

seja, mais do que não ser responsável pelo conteúdo compartilhado no YouTube, não cabe à Google exercer qualquer espécie de controle.

113. De fato, atribuir à Google um dever de controle amplo e preventivo de conteúdo para impedir a divulgação de vídeos considerados abusivos pelo Autor implica afronta ao regime do Marco Civil da Internet e, principalmente, aos direitos constitucionalmente assegurados de liberdade de expressão, de comunicação e de manifestação de pensamento.

114. O princípio da proporcionalidade é o instrumento adequado para harmonizar princípios em conflito e a sua aplicação ao caso revela justamente que, havendo um conflito entre a liberdade e sua restrição, deve-se defender a liberdade[45].

115. Eventual controle amplo de conteúdo por parte da Google implicaria em medida:

- **Inadequada**: pois, a forma correta de assegurar a liberdade de expressão é permitir a sua livre manifestação, transferindo-se a resolução de eventuais conflitos para a esfera da responsabilidade civil;

- **Desnecessária**: porque existem outros meios de assegurar o cumprimento da lei sem que se atribua a uma companhia privada o papel de censor das livres manifestações de pensamento – a exemplo do acionamento dos efetivos responsáveis pelo conteúdo impugnado;

- **Desproporcional**: eis que o objetivo de proteção da vulnerabilidade das crianças acabaria por inviabilizar qualquer manifestação correlata, em afronta à sua liberdade de expressão.

[45] STF, Ação de descumprimento de preceito Fundamental nº 130/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 01.04.2009.

116. Aliás, essa ponderação de princípios constitucionais já foi feita pelo legislador ordinário ao editar o Marco Civil da Internet, que assegurou a divulgação de conteúdo, afastou a responsabilidade do provedor de aplicações e deslocou a reparação de eventuais danos para o momento posterior à divulgação do conteúdo – eis que esta é a única forma capaz de garantir a liberdade de expressão e impedir a censura (art. 19).

117. Essa ponderação é diuturnamente corroborada pelo Supremo Tribunal Federal, que privilegia a liberdade de expressão, mesmo em detrimento de outros direitos igualmente legítimos e relevantes, diferindo a reparação de eventuais danos para o momento posterior à manifestação do pensamento:

> "PONDERAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL ENTRE BLOCOS DE BENS DE PERSONALIDADE: O BLOCO DOS DIREITOS QUE DÃO CONTEÚDO À LIBERDADE DE IMPRENSA E O BLOCO DOS DIREITOS À IMAGEM, HONRA, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. **PRECEDÊNCIA DO PRIMEIRO BLOCO. INCIDÊNCIA *A POSTERIORI* DO SEGUNDD BLOCO DE DIREITOS, PARA O EFEITO DE ASSEGURAR O DIREITO DE RESPOSTA E ASSENTAR RESPONSABILIDADES PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA, ENTRE OUTRAS** [...]. Noutros termos, **primeiramente assegura-se o gozo dos sobredireitos de personalidade em que se traduz a "livre" e "plena" manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também desinficadores da personalidade humana".**[46]

[46] STF, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130. Rel. Min. Carlos Britto, j. 30.04.2009.

118. Em outras palavras: a lógica é justamente a de que o medo do abuso não pode servir de fundamento para restringir o uso regular e legítimo[47].

119. Tal sistemática é de tal forma pacífica, que inúmeros são os julgados do STJ que assentam a **impossibilidade** de imposição de controle de conteúdo aos provedores de aplicação.[48]

120. A inconstitucionalidade de eventual controle do conteúdo, portanto, revela que a Google não pode ser responsabilizada pela divulgação de conteúdo abusivo ou ilegal. A responsabilidade da Google apenas surge quando o Judiciário determina remoção de conteúdo e a ordem não é cumprida.

121. E qualquer determinação que subverta este regime de responsabilidade dos provedores de Internet será irremediavelmente inconstitucional.

## VI.2.2. A responsabilidade dos pais

122. A inexistência de responsabilidade da Google pelo conteúdo e a inconstitucionalidade de qualquer mecanismo de controle revelam que o Autor está se esquivando de perseguir os verdadeiros responsáveis pelo conteúdo com merchandising ou publicidade com participação de crianças.

---

[47] "Logo, não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. [...]. Peculiar fórmula constitucional de proteção de interesses privados em face de eventuais descomedimentos da imprensa (justa preocupação do Ministro Gilmar Mendes), mas em prejuízo da ordem de precedência a esta conferida, segundo a lógica elementar de que **não é pelo temor do abuso que se vai coibir o uso.** Ou, nas palavras do Ministro Celso de Mello, a censura governamental, emanada de qualquer um dos três poderes, é a expressão odiosa da face autoritária do poder público." (STF, Ação de descumprimento de preceito Fundamental nº 130/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 01.04.2009 – grifos acrescentados).

[48] STJ, REsp nº 1.342.640/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 07.02.2017; STJ, REsp nº. 1568935/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 05.04.2016; STJ, REsp nº. 1274971/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 19.03.2015; STJ, REsp 1501187, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 16.12.2014; STJ, AgRG em REsp nº. 484995, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, j. 03.02.2015; STJ, AgRg no AREsp nº. 712456, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 17.03.2016.

123. Como explicitado, o YouTube é uma plataforma concebida e direcionada para maiores de 18 anos[49], de modo que a sua utilização por menores pressupõe a autorização dos pais e adentra à esfera do pátrio poder e do direito ao livre planejamento familiar.

124. A Constituição Federal impôs à família, ao Estado e à sociedade o dever de "*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*" (art. 227).

125. Todavia, o direito de livre planejamento da família previsto no art. 226, §7º da CF, concebido para albergar as diferentes concepções morais e comportamentais – desde que respeitados os postulados da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável – atribui aos pais o papel de efetiva supervisão sobre os filhos. Outra não é a conclusão do Min. Dias Toffoli:

> "No meu sentir, buscou a Constituição, em última *ratio*, conferir aos pais, como reflexo do exercício do poder familiar, o papel de supervisão efetiva sobre o conteúdo acessível aos filhos, enquanto não plenamente aptos a conviver com os influxos prejudiciais do meio

[49] Item 1.D dos Termos de serviço: "1.D. Quanto à capacidade para aceitar os Termos de Uso, Você afirma ser maior de 18 anos ou ser menor emancipado, ou estar de posse de autorização legal dos pais ou de tutores, e plenamente capaz de consentir com os termos, condições, obrigações, afirmações, representações e garantias descritas nestes Termos de Uso, e obedecê-los e cumpri-los. Em qualquer circunstância, Você afirma ter mais de 18 anos, visto que o website do YouTube não é projetado para jovens menores de 18 anos. Se Você tiver menos de 18 anos, não deverá utilizar o website do YouTube. Você deverá conversar com seus pais sobre quais sites são apropriados para ele". Disponível em https://www.youtube.com/t/terms - acesso em 07.02.2017.

social".[50]

126. Desta forma, **cabe aos pais, no exercício do poder familiar, decidir se determinado conteúdo é (ou não) adequado para a criança.** Tentar subverter essa ordem (lógica) de coisas – como pretende o Autor – é criar um ambiente artificial e que desconsidera o papel preponderante dos pais na efetiva criação dos filhos e, principalmente, sua palavra final quanto à decisão de compra.

127. Acórdão paradigmático do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná é preciso ao descrever (i) a publicidade como decorrência da livre iniciativa e do mercado capitalista, (ii) a responsabilidade dos pais pelas escolhas de consumo dos seus filhos e (iii) o descabimento da intervenção estatal sobre essa esfera íntima de planejamento familiar:

> " [...] o Estado não pode absorver toda a responsabilidade pela escolha dos hábitos das crianças e dos adolescentes, haja vista as atribuições da própria família, uma vez que os pais são os responsáveis diretos na escolha de consumo dos filhos. Não se nega a existência de maciça e insistente propaganda dirigida aos menores para que consumam os produtos, a qual podemos chamar de cruel, porque se destina a seres com a capacidade de julgamento ainda incipiente, mas, sobretudo, com pais desorientados, que cedem passivamente ao mercado comercial. Ainda que a publicidade busque sempre estimular a vontade de compra (finalidade comercial), em persuasão dirigida à decisão e à ação de consumir, é certo que o público infantil, como regra, participa apenas no campo do fomento do desejo, já que a decisão e a compra (ação consumidora) estão

[50] STF, Ação declaratória de inconstitucionalidade nº. 2404/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 30.11.2011, grifos acrescentados.

concentradas na pessoa dos adultos (pais ou responsáveis dos menores). Em que pese na sociedade atual ser considerável o poder de influência dos filhos nas decisões de compras nas famílias, é bem verdade que tal poder não é absoluto. Nesse contexto, questiona-se os efeitos que eventual intervenção pelo Poder Judiciário (como se pretende nesse caso específico) acarreta na estrutura familiar, haja vista que a criança recebe o estímulo, mas quem compra? Quem diz pode ou não pode? Vai se tentar instalar uma zona de conforto, ou seja, os pais já não são mais os responsáveis. Se os pais, protagonistas da formação de seus filhos, não moderam as aquisições familiares, a publicidade age com poderosa persuasão. Criança é mesmo movida pelo princípio do prazer, cabe aos educadores educá- las. Não será o Estado a entidade constituída para esse fim, mas pai e mãe (ou responsáveis)."[51]

128. Outros tribunais já tiveram oportunidade de analisar o tema sob a perspectiva da responsabilidade paterna:

> "O Estado não pode, a pretexto de regular as atividades de divulgação dos produtos, vedar peremptoriamente as mensagens dirigidas às crianças pelo só fato de atreiá-las ao universo lúdico, às personagens de estima do público infantil. Se o fizesse, iludido por iniciativas midiáticas, desbordaria num paternalismo sufocante (*nanny state*), interferindo em direitos individuais que ultrapassam a órbita pública e flertam com totalitarismos.
> Deveras, há um espaço indelegável para a educação dirigida pelos

[51] TJPR, AC nº. 1423106-4. Rel. Des. j. Luiz Mateus de Lima, j. 17.05.2016.

pais, que devem indicar os prós e contras das escolhas, v.g, do que significa o alimento sem valor nutritivo e alto valor calórico. E também principalmente o aprendizado do sentido absoluto do "não!". Impossível ter tudo pelo simples fato de assim o querer, sob o risco de se constituírem adultos que se portam sem limites, mormente quando se desiludem por não conseguir o que desejariam, na ditadura do *tutto* e *subito*. Pusilânimes. Hábitos saudáveis são aprendidos, aculturados, nos ambientes familiar e escolar. Há outras situações e ocasiões de abusividade efetiva a serem cuidadas, longe do comércio de guloseimas.

Mas para a Fundação PROCON pareceu mais cômodo acolher acriticamente a representação equivocada, ainda que com aparência de boas intenções do Instituto Alana, do que, sob o risco de ser pechado por conduta politicamente incorreta, mandá-la à dignidade silenciosa da gaveta de arquivo".[52]

129. O próprio CONAR – apesar de não ter qualquer legitimidade para orientar a conduta da Google, que sequer é membro da entidade –, mas cujo papel sobre seus associados tem grande destaque no cenário nacional, já assentou não apenas que a criação dos filhos é responsabilidade dos pais, mas, principalmente, que a publicidade não é o único fator responsável pela formação do caráter das crianças:

"E-mails de três consumidoras, do Rio, São Pedro da Aldeia (RJ) e Vespasiano (MG) motivaram esta representação, sobre anúncio em TV e internet. Elas entenderam que se mostra na peça publicitária exemplo deseducativo: uma criança de pouca idade aproveita o

[52] TJSP, AC nº. 0018234-17.2013.8.26.0053, Rel. Des. Fermino Magnani Filho, j. 29.06.15.

cochilo do avô para se apropriar de um tablet. Anunciante e sua agência defenderam-se, argumentando que o filme mostra cena própria de ambientes familiares, sem incentivo a condutas reprováveis. O relator propôs o arquivamento, justificando: "eventual sensibilidade de alguns consumidores deve ser respeitada, mas deve ser vista com ponderação e cautela, tomando por base a compreensão usual da grande maioria dos impactados, adotando-se a baliza do homem médio".

Foi além: "importante termos em mente que os responsáveis pela educação das crianças são seus pais e responsáveis, não sendo crível que os menores adotarão condutas inadequadas pelo simples fato de estarem expostos a anúncios publicitários, uma vez que a formação do caráter é muito mais complexa e, no mais das vezes, baseado no exemplo daqueles que compartilham o convívio próximo". Seu voto foi aceito por unanimidade[53]".

130. Assim, muito embora também seja dever do Estado e da sociedade colocar as crianças a salvo de qualquer exploração, **cabe aos pais a responsabilidade imediata pela exposição dos filhos à publicidade infantil**, já que, além de inexistir lei que proíba tal publicidade (cf. item VI.1), são os pais que detêm o poder de compra:

"Não merece guarida, portanto, a tese defendida pelo autor de que os responsáveis pelas crianças e adolescentes, diante da publicidade realizada pelas empresas rés, seriam incapazes de exercerem o controle do hábito alimentar de seus tutelados [...]. Muito embora a

[53] Caso NET Tablet, julgado em maio/2016. Disponível em http://www.conar.org.br/processos/detcaso.php?id=4338. Acesso em 02.03.2017.

criança possua limitação no discernimento de suas escolhas e possa ser mais frágil à publicidade exercida pelas empresas em geral, em especial, ao oferecimento de brinquedos, há de se ter em conta que a criança e o adolescente estão sob os cuidados diretos dos seus responsáveis, sendo fora da razão pressupor que estes seriam igualmente vulneráveis, anda que em menor proporção, à prática comercial da empresa, a ponto de estarem incapazes de negarem aos seus filhos os alimentos comercializados pelas rés ou, ainda, de controlarem o consumo de produtos alimentícios altamente calóricos pelas crianças e adolescentes sob a sua responsabilidade."[54]

131. Em verdade, o direito das crianças à informação, produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 71 do ECA) apenas é efetivamente garantido por meio da sua exposição às mensagens publicitárias, que são essenciais à formação do juízo crítico e discernimento.

132. Ao contrário do alegado pelo Autor, a criação de uma redoma de proteção em volta das crianças[55] consiste em verdadeiro desserviço à sua tutela adequada. Tal isolamento será completamente artificial e dissociado do modelo capitalista em que o Brasil está inserido, gerando consumidores despreparados e altamente suscetíveis aos apelos típicos da sociedade de consumo.

133. Veja-se, por fim, que não há a alegada contradição entre a responsabilidade dos pais quanto à exposição dos filhos à publicidade e a necessidade de inclusão de todos os demais atores envolvidos na internet, radiodifusão e mercado

[54] Sentença proferida na ACP nº. 2009.61.00.013789-7 pelo Juiz Federal Eurico Zecchin Maiolino (Justiça Federal do Estado de São Paulo), em 12.09.2013.

[55] "Precisamos desenhar um círculo em torno das crianças e dar a elas tempo, espaço, silencia e inspiração para que possam se tornar pessoas melhores" (fls. 44/45).

publicitário para a adequada discussão da restrição à publicidade infantil. Ora, uma coisa é a responsabilidade dos pais sobre a exposição dos filhos à publicidade – que, como demonstrado no tópico VI.1, é lícita. Outra coisa é a imposição de restrição pretendida pelo Autor à Google, hipótese em que será necessário debater o tema com os demais players envolvidos no mercado publicitário, sob pena de afronta à isonomia, como será demonstrado abaixo no tópico VI.4.

134. Trata-se, portanto, de mais um argumento para a improcedência da demanda, pois, mesmo que se considere, por absurdo, o merchandising e a publicidade dirigida ao público infantil abusivos, ainda assim, não é possível imputar à Google qualquer responsabilidade: (i) seja porque ela não é responsável pelo conteúdo compartilhado pelos usuários do YouTube, nem exerce qualquer tipo de controle, (ii) seja porque, ao final, os pais são os verdadeiros responsáveis tanto pelo conteúdo compartilhado e/ou acessado pelos seus filhos, assim como pela decisão final de compra.

**VI.3. A impossibilidade de inclusão de novas diretrizes nas políticas do YouTube**

135. O Autor alega ainda que a Google já inclui nas políticas do YouTube restrições que não são necessariamente vedadas pela lei (como é o caso da divulgação de *spam*). Logo, mesmo que não exista proibição legal de publicidade com participação de crianças, ainda assim, deveria a Google escolher proteger o público infantil e incluir tal restrição em suas políticas. E, muito embora esse argumento não tenha sido formulado como um pedido, cabe rechaçar tal pretensão do Autor.

136. Os termos de serviços e as diretrizes da comunidade do YouTube são aspectos internos da plataforma, que, conquanto extremamente popular, continua sendo um empreendimento da iniciativa privada.

137. A livre iniciativa, consagrada pelo art. 1º, IV da Constituição Federal,

assegura não apenas o livre exercício da atividade empresarial, como também permite a livre escolha do modelo de negócio mais adequado aos objetivos da sociedade empresária, e que, sendo lícitos, não podem sofrer qualquer interferência estatal[56].

138. Desta forma, em homenagem à livre iniciativa, cabe apenas à Google definir as regras de utilização da plataforma YouTube, bem como seus objetivos e diretrizes, que, frise-se, incluem o integral cumprimento da lei[57].

139. Assim, inexistindo efetiva proibição legal à publicidade infantil, não há que se falar na inclusão de tal tipo de restrição nas políticas de uso do YouTube, sob pena de interferência inconstitucional sobre o modelo de negócio da Google.

## VI.4. Violação ao princípio da isonomia

140. Qualquer tentativa de implementação de medidas mais restritivas em relação à publicidade infantil deve se dar por meio de uma discussão ampla envolvendo todos os players e plataformas na internet, radiodifusão e no mercado publicitário, tais como revistas, jornais, websites, canais de televisão, etc.

141. A Google não pode ser a única forçada a alterar o layout do YouTube para inserir avisos de suposta proibição de merchandising ou publicidade com participação de crianças, pois, além de inexistir previsão legal para tanto, uma ordem como esta colocaria a Google em desvantagem competitiva com seus concorrentes, afrontando o princípio da isonomia (art. 5º, *caput).*

---

[56] "[...] qualquer entidade de capital fechado tem o direito de organizar seus negócios como bem entender e não pode sofrer ingerência sobre o que fazer ou quando e como fazê-lo. Esse tipo de interferência é inconstitucional". (FRONTINI, Paulo Salvador. *Ação civil pública:* Lei nº. 7.347/1985. Revista dos Tribunais: 2000, p. 750).

[57] Item 4.I dos Termos de Serviço: "4.I. Ao utilizar o Serviço, Você deverá cumprir com todas as leis e regulamentos aplicáveis, sejam regionais, nacionais ou internacionais". Disponível em https://www.youtube.com/t/terms - acesso em 07.02.2017.

142. O descabimento de imposições restritivas a apenas um dos integrantes de determinado mercado é recorrentemente reconhecido pelos Tribunais brasileiros, na medida em que implicam evidente afronta à igualdade:

> "Ressalte-se, ainda, que a ré não é a única fabricante de refrigerantes e sucos adoçados existente no país. A imposição de restrição à publicidade dos produtos fabricados pela ré, dirigida a ela somente, implicaria em violação aos princípios constitucionais da isonomia e da livre concorrência. Assim, impor restrições e proibições a somente uma das empresas fabricantes de refrigerantes e sucos adoçados enseja a violação ao princípio da livre concorrência, eis que somente uma empresa será sancionada com restrições e proibições, sendo possível às demais empresas fabricantes dos mesmos produtos utilizar-se da via da publicidade para divulgar os seus produtos e com isso aumentar a respectiva comercialização em detrimento da ré, o que fere, por óbvio, o princípio da isonomia. Como quer que seja, existem inúmeros produtos que contêm açúcar, tais como chocolates, gomas de mascar, balas, pirulitos e cujas publicidades não sofrem qualquer proibição ou restrição. A imposição a somente uma empresa que fabrica e comercializa produtos contendo açúcar constituiria tratamento desigual entre iguais, o que, como sabido e ressabido, não é permitido em nosso ordenamento jurídico".[58]
>
> "[...] a imposição de um encargo excessivo a um único operador de telefonia móvel distorceria a concorrência, uma vez que os outros operadores continuarão a utilizar métodos mais econômicos de

[58] TJSP, Mandado de segurança nº 2010.007560-6/0000-00. Rel. Des. Sebastião Garcia, j. 29.04.2010 – grifos acrescentados.

notificação aos consumidores de faturas pendentes, o que significaria um tratamento manifestamente desigual de partes equivalentes, proibida pela lei brasileira como uma violação ao princípio da igualdade".[59]

143. Assim, a impropriedade de imposição de medidas restritivas apenas contra a Google é mais outra razão a determinar a improcedência do pedido de inclusão de aviso na plataforma YouTube.

**VI.5. A criação de sanção administrativa constituiria censura**

144. O MPFMG pede, ainda, a alteração da Resolução 163/2014 do CONANDA para nela incluir sanções administrativas em caso de descumprimento dos seus dispositivos, a fim de dotá-la de eficácia e efetividade e "*assegur[ar] o real cumprimento do princípio da proteção integral da criança previsto na Carta de 88 e no ECA e dos princípios insculpidos na legislação consumerista, tais como os da identificação da publicidade, da não abusividade pubilcitária e da transparência*" (fls. 22).

145. Embora essa questão não diga respeito diretamente à Google, cumpre destacar que, **além do evidente absurdo de se pretender que o Judiciário determine que o Poder Público legisle, em flagrante violação à separação dos poderes, as normas brasileiras voltadas à proteção das crianças, inclusive no que se refere à publicidade infantil – em que pese não tenham a abrangência alardeada pelo MPFMG –, já são dotadas de suficiente eficácia técnica e social**[60].

---

[59] TJSP, Ação Rescisória nº. 0100195-13.2011.8.26.0000, Rel. Salles Vieira, j. 26.09.2012.

[60] "[...] *eficácia é uma qualidade da norma que se refere à possibilidade de produção concreta de efeitos, porque estão presentes as condições fáticas exigíveis para sua observância, espontânea ou imposta, ou para a satisfação dos objetivos visados (efetividade ou eficácia social), ou porque estão presentes as condições técnico-normativas exigíveis para sua aplicação (eficácia técnica)*". (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do*

146. Apesar da efetividade de uma norma jurídica não depender, necessariamente, da existência de penalidades pelo seu descumprimento, a produção de publicidade abusiva ou enganosa está sujeita não só às sanções administrativas previstas no art. 56 do CDC, como também às punições constantes do art. 50 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária do CONAR, cuja atuação para coibir a publicidade comercial abusiva mostra-se por vezes muito mais eficaz do que a interferência do Poder Público no setor.

147. Conforme assentou-se no relatório da CDEIC que rejeitou o Projeto de Lei n. 702/2011:

> "Já se dispõe de um aparato autorregulatório e legal que delimita o exercício da publicidade no Brasil. Com efeito, o sistema de fiscalização exercido pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (Conar) e a vigência de diversos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente relativos aos abusos da comunicação publicitária direcionada a menores de 12 anos são considerados um dos arcabouços mais sólidos do mundo nesse processo[61]".

148. Isso sem falar que, evidentemente, sempre será possível a responsabilização civil e/ou criminal dos anunciantes, das agências de publicidade e dos veículos de comunicação pela criação e veiculação de material publicitário que cause eventual prejuízo à integridade das crianças.

149. Contudo, **o que não se pode admitir é a imposição de uma**

---

*direito: técnica, decisão, dominação*, 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 163).

[61] http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1379930&filename=PRL+2+CDEICS+%3D%3E+PL+702/2011 Acesso em 15.02.2017.

**penalidade de caráter administrativo pelo descumprimento de uma resolução que sequer possui força vinculante, como quer o Autor, essencialmente transformando em proibição o que, quando muito, é mera orientação.**

150. A esse respeito, o voto do Ministro Dias Toffoli na ADI nº 2.404, que trata da inconstitucionalidade da imposição de sanção administrativa pelo desrespeito à classificação meramente indicativa de programas audiovisuais, consignou que:

> "Verifica-se que não é compatível com o desígnio constitucional conferir caráter vinculante e obrigatório a tal classificação, de modo a criar hipótese de proibição ou a impor penalidade de caráter administrativo.
>
> [...]
>
> No mesmo sentido, conclui Luís Roberto Barroso: "[...] a Carta de 1988 baniu qualquer forma de censura prévia, seja qual for o seu fundamento ou motivação. A partir da nova Constituição a censura configura, como registrou o Min. Celso de Mello em seu voto acima transcrito, um ilícito constitucional. As emissoras podem eventualmente estar sujeitas à punição ou restrição por violação dos princípios do art. 221, na forma da lei e assegurado o devido processo legal. Nunca previamente e, menos ainda, pela atuação unilateral do Poder Público"[62].

151. De fato, o controle jurisdicional da publicidade infantil abusiva é a maneira mais eficaz de tutelar os interesses dos menores e ao mesmo tempo preservar os princípios constitucionais da liberdade de pensamento, de expressão e de comunicação, bem como do

[62] STF, Plenário, ADI nº 2.404, Rel. Min. Dias Toffoli, voto proferido em 30.11.2011. No mesmo sentido: AOI nº 392, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 20.06.1991; AOI nº 2.398, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 25.06.2007; e ADI nº 3.927, Rel. Min. Eilen Gracie, j. 01.08.2007.

direito à informação (art. 220, CF). Isso porque permite que eventuais irregularidades sejam apuradas casuisticamente, com a participação de todos os envolvidos, de forma a evitar a censura prévia e arbitrária de toda e qualquer comunicação mercadológica dirigida para crianças.

152. Por outro lado, o controle administrativo, como adverte Luís Roberto Barroso, "*é aquele que, dentre todos, deve ser visto com maior reserva. De fato, exercido por órgão do Poder Executivo, convive com a perene suspeita de censura, com sujeição da liberdade de expressão a servidores públicos que atuam discricionariamente e se encontram submetidos ao poder hierárquico de agentes políticos*[63]".

153. Assim, não há que se falar em criação de sanção administrativa pelo descumprimento da Resolução 163/2014 do CONANDA, **sobretudo porque tal resolução sequer possui força vinculante**. Forçoso, pois, o julgamento de improcedência de mais esse descabido pedido do MPFMG.

## VI.6. *Ad argumentadum tantum*

### VI.6.1. Limitação dos efeitos da sentença aos limites da competência do órgão prolator (artigo 16 da Lei nº 7.347/1985)

154. O MPFMG também sustenta que esta demanda não se submeteria ao regime do art. 16 da Lei nº 7.347/1985, pois não faria sentido "*restringir os limites da coisa julgada a somente ao âmbito territorial do Juízo prolator da sentença, [...] haja vista que os vídeos publicados no YouTube podem ser acessados/compartilhados no país inteiro*".

155. Tal interpretação, contudo, não merece prosperar. Segundo o posicionamento de Hely Lopes Meirelles, ainda que o mesmo ato ocorra em diversos Estados

[63] BARROSO, Luís Roberto. *Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988*, Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 90, v. 790, p. 133.

e Município, isso não seria suficiente para excluir a competência dos juízes locais quanto aos danos praticados na sua circunscrição judiciária. Confira-se:

> "Se um único ato enseja danos nacionais ou regionais, a competência é do local onde foi sofrido o dano, ou da Capital do Estado; mas, se os prejuízos atingirem vários Estados, a liberdade de escolha do foro não deve ser ilimitada, quando pleiteada a indenização pela totalidade dos danos. Assim, se diversos atos idênticos ou análogos são praticados em vários Estados ou Municípios e ensejam danos, a competência deve ser dos vários juízes, cada um competente em relação aos atos praticados e aos danos sofridos na sua circunscrição judiciária, **não se admitindo que ocorra a extensão da competência de qualquer juiz, para que sua sentença proferida *erga omnes* possa alcançar os réus em todo o território nacional**"[64].

156. Segundo o MPFMG, a regra do art. 16 da LACP estaria prejudicada pelo disposto no CDC, que teria estendido a competência territorial do juiz prolator a todo o Estado ou País. No entanto, nas próprias palavras de Meirelles, é impossível a obtenção de sentença de efeitos nacionais, pois:

> "[...] nem a Lei da Ação Civil Pública nem o Código de Defesa do Consumidor afastam os princípios básicos referentes à competência e jurisdição e as normas de organização judiciária, limitando-se a estabelecer normas especiais, para a proteção do economicamente mais fraco (parecidas com as referentes à proteção do autor nas ações de alimentos etc.), **não tendo criado uma competência**

[64] MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 251 – grifos acrescentados.

**nacional do juiz de primeira instância, quer pertença aos quadros da Justiça Federal ou Estadual, quando julga as ações civis públicas.** Atendendo aos reclamos dos tribunais e da doutrina, aos quais nos referíamos nas edições anteriores da presente obra e numa tentativa de aperfeiçoamento da legislação vigente, a Lei n. 9.494 de 10.9.97, alterou a redação do art. 1 da Lei n. 7.347/85 (...) Assim, buscou-se afastar a tentativa de atribuição de efeitos nacionais a decisões meramente locais"[65]

157. A lógica de se limitar o efeito *erga omnes* das decisões é justamente a de impedir a usurpação de poderes, o que permitiria que um juízo de uma determinada comarca com poucos habitantes decidisse a sorte de milhões de brasileiros.

158. De fato, o limite dos efeitos das decisões também é encontrado em outra regra prevista para ações coletivas propostas por entidades associativas, hipótese em que a sentença apenas abrangerá os associados que sejam domiciliados no âmbito de competência do órgão julgador. Não por outra razão, esse é exatamente o entendimento proferido em alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça[66].

---

[65] MEIRELLES, Hely Lopes. Op. Cit. P. 253-254 – grifos acrescentados.

[66] PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. CÔMPUTO DO TEMPO DE BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE COMO PERÍODO DE CARÊNCIA. POSSIBILIDADE, DESDE QUE INTERCALADO COM PERÍODO DE EFETIVO TRABALHO. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. **EFEITOS ERGA OMNES LIMITADOS À COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR.** [...] Prevalece nesta Corte o entendimento de que a sentença civil fará coisa julgada erga omnes nos limites da competência territorial do órgão prolator, nos termos do art. 16 da Lei n. 7.347/85, alterado pela Lei n. 9.494/97. [...] Todavia, não obstante as inúmeras críticas doutrinárias a respeito da inserção de limite territorial aos efeitos erga omnes da coisa julgada decorrente de sentença proferida em ação civil pública, entende esta Corte que, 'nos termos do art. 16 da Lei n. 7.347/85, alterado pela Lei n. 9.494/97, a sentença civil fará coisa julgada erga omnes nos limites da competência territorial do órgão prolator' (STJ, EREsp 293.407/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Corte Especial, j. 07.06.2006). [...] foi pacificado pela Corte Especial o entendimento de que a sentença proferida em Ação Civil Pública fará coisa julgada erga omnes nos limites da competência territorial do órgão prolator da decisão, nos termos do art. 16 da Lei 7.347/85, alterado pela Lei 9.494/97. Assim, incabível a determinação do

159. Logo, conferir-se eficácia nacional à sentença de mérito desta demanda, em caso de procedência, é medida incorreta e contrária não só à legislação aplicável, como também ao entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. Portanto, deve-se limitar o efeito da sentença ou aplicabilidade *erga omnes*, para que não ultrapasse a competência territorial da Seção Judiciária de Minas Gerais.

**VI.6.2. Impossibilidade de inversão do ônus da prova**

160. Por fim, o MPFMG pleiteia a inversão do ônus probatório, sem explicar os motivos pelos quais estariam presentes os requisitos autorizadores desse benefício legal.

161. O art. 6º, inc. VIII, do CDC prevê a facilitação da defesa do consumidor por meio do benefício da inversão do ônus da prova, que constitui medida de exceção sujeita ao atendimento dos requisitos previstos no aludido artigo: a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência da parte[67].

162. Ocorre que, no caso em análise, nenhum dos dois requisitos está presente. Conforme entende a jurisprudência, **o Ministério Público não é parte hipossuficiente, financeira ou tecnicamente:**

> "Doutra banda, não tem incidência, no caso concreto, no concernente ao debate acerca da apontada existência de lucro excessivo e preço demasiado, o artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do

requerido estudo técnico com o intuito de disponibilizar o fármaco pelo SUS, com abrangência nacional, pois estar-se-ia violando o limite territorial do juízo a quo (STJ, REsp nº 1.414.439. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 16.10.2014). **No mesmo sentido:** STJ, REsp 1304953/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. 26.08.2014; STJ, REsp 600.711/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 18.11.2010; STJ, AgRg no REsp 1353720/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, j. 26.08.2014; e STJ. AgRg no REsp 1353720/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, j. 26.08.2014.

[67] "*Para que a inversão do ônus da prova seja autorizada, tanto a afirmação precisa ser verossímil, quanto o consumidor precisa ser hipossuficiente*". GIDI, Antônio. *Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor*; in "Revista de Direito do Consumidor n.º 13".

Consumidor, já que a regra, contida naquele dispositivo legal, **de inversão do ônus da prova é aplicável apenas e tão somente aos consumidores - não devendo, portanto, incidir quando a ação é manejada pelo Ministério Público**"[68].

163. A hipossuficiência pressupõe que as partes litigantes estejam em diferentes níveis relacionados tanto aos fatores financeiros quanto aos fatores técnicos que envolvem a demanda, gerando suposta desigualdade na relação processual, que poderá ser balanceada por meio da inversão do ônus probatório. Ou seja, a hipossuficiência exige um desequilíbrio entre as partes decorrente de um conhecimento especializado detido apenas pelo fornecedor que impossibilita a produção da prova pelo consumidor.

164. No entanto, o Autor desta ação civil pública é o MPFMG, órgão que, em tese, possui plenas condições financeiras e técnicas de produzir provas nos autos, já que não é mero consumidor individual, **mas instituição pública que presumidamente detém total conhecimento acerca do objeto da demanda e, portanto, não é parte hipossuficiente.**

165. Aliás, a inversão probatória requerida pelo MPFMG sequer teria qualquer utilidade prática, pois **a matéria versada nos autos é exclusivamente de direito**.

166. De fato, como o Autor não pede a retirada de nenhum conteúdo da plataforma do YouTube, limitando-se a alegar de forma genérica a suposta abusividade dos vídeos que contenham merchandising infantil ou publicidade indireta com participação de crianças, a discussão da presente demanda, no que diz respeito à Google, resume-se às seguintes questões: (i) a publicidade infantil questionada pelo MPFMG é ou não proibida?; e (ii) a Google é responsável por eventuais danos decorrentes de conteúdo postados por

[68] TJPE, AI nº 105330-5, Rel. Des. Eduardo Augusto Paurá Peres, 6ª Câmara Cível, j. 09.08.2006.

terceiros no YouTube?

167. Evidentemente, não há como se produzir prova acerca de tais questões jurídicas, de forma que o MPFMG não possui qualquer interesse em requerer a inversão do ônus probatório.

168. E, mesmo que tais circunstâncias não fossem suficientes para afastar o cabimento da inversão do ônus da prova, ainda assim, a presente demanda não preenche o requisito da verossimilhança das alegações.

169. Como demonstrado acima, além da inépcia da inicial e flagrante ausência das condições da ação, não já qualquer fundamento legal ou mesmo justificativa razoável para o pedido do MPFMG, seja porque o tipo de publicidade ora questionado não é vedado pela legislação brasileira, ou porque a Google não é responsável por eventual conteúdo violador ou abusivo veiculado por terceiros na plataforma YouTube.

170. Dessa forma, não estando preenchidos os requisitos autorizadores, **deve ser rejeitada a inversão do ônus da prova postulada pelo Autor**.

**VI.6.3. Impossibilidade de concessão de tutela antecipada**

171. Por fim, cumpre demonstrar que o pedido de tutela antecipada formulado pelo MPFMG não merece prosperar, ante a inexistência dos requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*.

172. Em relação ao ***fumus boni iuris***, já se demonstrou no decorrer desta peça que, além da inépcia da confusa e contraditória petição inicial, a Google é parte ilegítima para figurar no polo passivo da presente demanda, já que não é responsável pelo conteúdo dos vídeos veiculados no YouTube. Tampouco existe interesse de agir *in casu*, ante a completa inutilidade dos provimentos buscados pelo MPFMG para proteger as crianças de

publicidade supostamente proibida ou abusiva.

173. No mérito, os argumentos apresentados pelo Autor para tentar justificar a necessidade de intervenção na plataforma da Ré não se sustentam, eis que: (i) não há proibição legal da publicidade infantil como um todo ou mesmo das condutas questionadas pelo MPFMG; (ii) a Google não é responsável por eventual abusividade cometida pelos usuários do YouTube, seja porque não tem dever de controle, seja porque, ao final, a responsabilidade de controlar o que os menores postam/acessam na plataforma é de seus pais; (iii) a alteração na plataforma do YouTube pretendida pelo Autor constituiria interferência inconstitucional no modelo de negócio da Google, além de afronta ao princípio da isonomia.

174. Logo, não há que se falar em verossimilhança das alegações do Autor.

175. Tampouco há ***periculum in mora*** no presente caso. A ausência de proibição da publicidade/merchandising infantil reveia a inexistência do alegado "*perigo a que estão sujeitas não só as crianças brasileiras protagonistas das mídias divulgadas/postadas na internet (YouTube) mas também aquelas que lhes assistem*" (fls. 55). Ainda, **conforme demonstrado no item V, mesmo que houvesse risco às crianças que eventualmente utilizem o YouTube, não é a disponibilização de avisos na plataforma que impedirá a eventual veiculação de vídeos contendo publicidade infantil supostamente abusiva, o que afasta a urgência suscitada pelo MPFMG**.

176. A antecipação da tutela, por outro lado, forçaria a Google a arcar com os custos de alteração no seu produto, uma ferramenta global que segue o mesmo padrão no mundo inteiro. Tudo para atender a uma decisão liminar precipitada que, além de estar em total desacordo com o regime constitucional brasileiro, é direcionada contra parte manifestamente ilegítima e será absolutamente inócua para a proteção dos direitos e

interesses das crianças.

177. Portanto, não tendo sido preenchidos os requisitos necessários para a antecipação de tutela, nos termos do art. 300 do NCPC, o pedido liminar formulado pelo Autor deverá ser indeferido.

## VII. REQUERIMENTOS FINAIS

178. Diante de todo o exposto, a Google requer o indeferimento do pedido liminar formulado pelo MPFMG, ante a inexistência dos requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*.

179. A Google pede, ainda, a extinção da presente ACP, nos termos do art. 485, incisos I e VI, do NCPC, diante da inépcia da inicial e da evidente ilegitimidade passiva da Google, bem como da falta de interesse de agir.

180. Pela eventualidade, caso ultrapassadas as preliminares ora suscitadas, a Google pede o julgamento de improcedência dos pedidos formulados pelo Autor, eis que:

**(i)** a publicidade infantil, o merchandising infantil e a publicidade com participação com crianças não são vedadas em absoluto pelo ordenamento jurídico pátrio;

**(ii)** ainda que a publicidade infantil estivesse vedada, a Google não seria a responsável por eventual abusividade contida nos vídeos disponibilizados por seus usuários, já que **(a)** o regime estabelecido pelo Marco Civil afasta sua responsabilidade quanto ao conteúdo compartilhado pelos usuários do YouTube, até que seja proferida ordem judicial específica para remoção do conteúdo; e **(b)** os pais são os verdadeiros responsáveis pelo conteúdo compartilhado e/ou acessado por seus filhos, assim como são pela decisão final de compra;

(iii) considerando que não há a alegada proibição legal à publicidade infantil, eventual obrigação imposta à Google de incluir tal restrição nas políticas de uso do YouTube importaria em uma inconstitucional interferência sobre o seu modelo de negócio, bem como em uma flagrante afronta à isonomia, à livre iniciativa e à livre concorrência;

(iv) o pedido do Autor de imposição de sanção administrativa pelo descumprimento da Resolução 136/2014 do CONANDA, além de consistir uma flagrante violação à separação dos poderes, é medida descabida, já que tal resolução sequer possui força vinculante.

181. *Ad argumentandum*, caso este MM. Juízo entenda pela procedência desta demanda, pede a Google sejam limitados os efeitos da sentença, para que não ultrapassem a competência territorial da Seção Judiciária de Minas Gerais. Pede, ainda, seja negado o pedido de inversão do ônus da prova, ante a inexistência dos requisitos da verossimilhança das alegações e da hipossuficiência da parte.

182. Quanto à determinação de especificação de provas e sua finalidade probatória (fls. 73), a Google entende que a discussão travada nestes autos é exclusivamente de direito - pois diz respeito tão somente à suposta abusividade/ilegalidade da publicidade infantil e à responsabilidade da Google por eventuais danos decorrentes de conteúdo postado por terceiros no YouTube – o que não demanda dilação probatória.

183. Contudo, apenas em atenção ao princípio da eventualidade, requer a produção de todas as provas admitidas pelo direito, em especial a documental suplementar, a fim de corroborar os fundamentos desta defesa.

184. Por fim, requer que as futuras intimações e publicações de todos os atos processuais sejam efetuadas exclusivamente em nome de Eduardo Damião Gonçalves,

OAB/SP 132.234 (goncalves@mattosfilho.com.br) e Nicole de Barros Moreira Reis, OAB/SP 274.458 (nmoreira@mattosfilho.com.br), ambos com endereço na Alameda Joaquim Eugênio de Lima, 447, Bairro Cerqueira César, São Paulo/SP, CEP 01403-001, telefone (11) 3147-7600, sob pena de nulidade.

De São Paulo para Belo Horizonte, 03 de março de 2017.

**Eduardo Damião Gonçalves**
**OAB/SP 132.234**

**Fernando Dantas Motta Neustein**
**OAB/SP 162.603**

**Nicole de Barros Moreira Reis**
**OAB/SP 274.458**

**Isabela C. V. Takahashi de Siqueira**
**OAB/SP 348.742**

**Laura Lambert da Costa**
**OAB/SP 373.793**

**Isadora de Araujo Cintra Pereira**
**OAB/SP 390.619**

**Diogo Vasconcelos Magalhães**
**OAB/MG 133.620**