ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA DA UNIÃO NO ESTADO DE MINAS GERAIS
Rua Santa Catarina, nº 480, Lourdes, CEP 30 170-080, Belo Horizonte/MG - Tel: (31) 3029.3107

EXMO SENHOR JUIZ DA 10ª VARA FEDERAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE MINAS GERAIS

Ação Civil Pública
Processo nº: 54856-33.2016.4.01.3800
Autor: Ministério Público Federal
Réus: União e Google

A **UNIÃO**, pessoa jurídica de direito público, por seu Advogado da União signatário, tendo sido citada para os termos da ação em epígrafe, vem, respeitosamente, à presença de V. Exa., oferecer **CONTESTAÇÃO**, pelas razões que se seguem.

I – BREVE HISTÓRICO

Trata-se de Ação Civil Pública proposta pelo **Ministério Público Federal** contra o **GOOGLE** e a **União**, na qual pretende obrigar o primeiro réu a incluir na plataforma do **Youtube** aviso sobre alegada proibição/abusividade de vídeos com veiculação de merchandising e/ou promoção de produtos ou serviços protagonizados por crianças com idade de até 12 (doze) anos ou a elas dirigidos. Demais disso, busca o MPF obrigar o Google a incluir em sua página **Youtube** a ferramenta de denúncia de "conteúdo impróprio".

A União, foi citada para alterar a Resolução da CONANDA n.163 de modo a que seja prevista sanção administrativa em caso de descumprimento de seus preceitos.

II - TEMPESTIVIDADE

A União foi citada em **10/04/2017**. Assim, iniciado o prazo de defesa em **24/08/2016** (quarta-feira), **expirar-se-á somente em 22/05/2017.**

Destarte, **patente a tempestividade** da presente defesa, na forma do disposto no artigo 180, 183, 231 e 335 do Novo Código de Processo Civil.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA DA UNIÃO NO ESTADO DE MINAS GERAIS
Rua Santa Catarina, nº 480, Lourdes, CEP 30 170-080, Belo Horizonte/MG - Tel: (31) 3029.3107

III - DA ILEGITIMIDADE PASSIVA

Há, no presente processo ausência clara de duas das condições da ação, quais sejam: o interesse de agir, na modalidade adequação, e a legitimidade passiva.

Efetivamente, da simples leitura dos termos da Exordial, denota-se que a presente Ação Civil Pública incluiu a União no polo passivo para que fosse criado secionamento administrativo em abstrato.

Ora, a Ação Civil Pública não se presta para tanto, sendo de notar, também, impropriedade na inclusão do CONANDA (Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente) visto que sua função é criar normas gerais e não sanções, conforme consta em sua resolução nº 163/2014.

IV- MÉRITO

IV.1 – Ausência de requisitos autorizativos para o deferimento da antecipação de tutela

Já se firmou jurisprudência quanto à possibilidade da concessão da tutela antecipada conquanto seja ela exceção e devendo ser adotada com extrema cautela.

A antecipação de tutela exige prova inequívoca que convença o julgador acerca da verossimilhança das alegações do autor, à qual se deve agregar, cumulativamente, perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo e a probabilidade do direito, tudo no intento de antecipar o resultado que, muito provavelmente, a ulterior sentença veiculará. À medida que se esmaece a evidência do direito, porque a prova perde sua essência de gerar conclusão irrefutável, avulta o risco da contradição, assim inviabilizando a tutela imediata cognitiva.

Assim, agiu corretamente Vossa Excelência ao postergar análise do pedido de antecipação de tutela. Frise-se que a tutela pretendida pelo autor se apresenta incompatível com a forma antecipada de prestação jurisdicional, considerando a necessidade de formação de juízo de certeza pelo magistrado para a declaração de nulidade ou suspensão da tramitação do processo que ora se pleiteia.

Em sendo assim, tendo em vista os fundamentos supratranscritos, tem-se que se afigura inadequada a prestação da tutela de forma antecipada no que tange à pretensão do autor frente à ausência de prova inequívoca a indicar a verossimilhança das alegações exordiais, razão pela qual pugna-se pelo seu indeferimento, face à inexistência dos requisitos autorizativos elencados no art. 300 do NCPC.

IV.2 – Das atribuições do CONANDA.

Prefacialmente, importa ressaltar a importância da defesa dos direito da criança e do adolescente e da necessária punição dos infratores, conforme destacado na inicial do Ministério Público Federal.

ADVDCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA DA UNIÃO NO ESTADO DE MINAS GERAIS
Rua Santa Catarina, nº 480, Lourdes, CEP 30.170-080, Belo Horizonte/MG - Tel: (31) 3029.3107

A comptência da CONANDA é restrita a elaborar normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, e tem como responsabilidade a fiscalização, ou seja, conforme disposto na lei nº8.242/91, a CONANDA têm carater regulador.

Ou seja, o CONANDA não detém competência para criar sanção, na forma pretendida pelo autor, posto que se trata de matéria circunscrita ao âmbito da reserva legal.

Trata-se de orgão colegidado de caráter normativo e deliberativo vinculado à Secretaria de Especial de Direitos Humanos da Presidência da República que atua como instância máxima de formulação, deliberação e controle das políticas públicas para a infância e a adolescência na esfera federal, fiscalizando o cumprimento e a aplicação eficaz da normas do ECA.

Veja-se que a competência do CONANDA se circunscreve-se em elaborar normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da crinça e do adolescente , fiscalizando as ações de execução, conforme prêve a lei nº 8.242/91

Art. 2º Compete ao Conanda:

I - **Elaborar as normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, fiscalizando as ações de execução, observadas as linhas de ação e as diretrizes estabelecidas** nos **arts. 87** e **88 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente);**

II - Zelar pela aplicação da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente;

III - Dar apoio aos Conselhos Estaduais e Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente, aos órgãos estaduais, municipais, e entidades não-governamentais para tornar efetivos os princípios, as diretrizes e os direitos estabelecidos na Lei nº 8.069, de 13 de junho de 1990;

IV - Avaliar a política estadual e municipal e a atuação dos Conselhos Estaduais e Municipais da Criança e do Adolescente;

V - (Vetado)

VI - (Vetado)

VII - Acompanhar o reordenamento institucional propondo, sempre que necessário, modificações nas estruturas públicas e privadas destinadas ao atendimento da criança e do adolescente;

VIII - apoiar a promoção de campanhas educativas sobre os direitos da criança e do adolescente, com a indicação das medidas a serem adotadas nos casos de atentados ou violação dos mesmos;

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA DA UNIÃO NO ESTADO DE MINAS GERAIS
Rua Santa Catarina, nº 480, Lourdes, CEP 30.170-080, Belo Horizonte/MG - Tel: (31) 3029.3107

IX - Acompanhar a elaboração e a execução da proposta orçamentária da União, indicando modificações necessárias à consecução da política formulada para a promoção dos direitos da criança e do adolescente;

X - Gerir o fundo de que trata o art. 6º da lei e fixar os critérios para sua utilização, nos termos do art. 260 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990;

XI - Elaborar o seu regimento interno, aprovando-o pelo voto de, no mínimo, dois terços de seus membros, nele definindo a forma de indicação do seu Presidente.

Art. 3º O Conanda é integrado por representantes do Poder Executivo, assegurada a participação dos órgãos executores das políticas sociais básicas na área de ação social, justiça, educação, saúde, economia, trabalho e previdência social e, em igual número, por representantes de entidades não-governamentais de âmbito nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente. (Regulamento)

§ 1º (Vetado)

§ 2º Na ausência de qualquer titular, a representação será feita por suplente.

Art. 4º (vetado)

Parágrafo único. As funções dos membros do Conanda não são remuneradas e seu exercício é considerado serviço público relevante.

Art. 5º O Presidente da República nomeará e destituirá o Presidente do Conanda dentre os seus respectivos membros.

Art. 6º Fica instituído o Fundo Nacional para a criança e o adolescente.

Parágrafo único. O fundo de que trata este artigo tem como receita:

a) contribuições ao Fundo Nacional referidas no art. 260 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990;

b) recursos destinados ao Fundo Nacional, consignados no orçamento da União;

c) contribuições dos governos e organismos estrangeiros e internacionais;

d) o resultado de aplicações do governo e organismo estrangeiros e internacionais;

e) o resultado de aplicações no mercado financeiro, observada a legislação pertinente.

Por se tratar de órgão colegiado e normativo e vinculado à Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, o CONANDA não detém competência para criar sanções na forma pretendida pelo Ministério Público Federal, posto que se trata de matéria sujeita à reserva legal.

IV.3 – Seccionamentos previstos no ordenamento jurídico pátrio - Código de Defesa do Consumidor

Conforme exposto acima, a ilegalidade no direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança acarreta nas sanções previstas no artigo 56 do Código de Defesa do Consumidor – CDC, que proibiu a publicidade abusiva em seu artigo 37, caput, que é aquela que atenta contra valores sociais.

> Art. 37 É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva
>
> § 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.
> § 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.
> § 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

Dessa forma, uma vez que a Resolução nº 163/2.014 define que será abusiva a prática do direcionamento de publicidade e de comunicação à criança, bem como explicita os aspectos e as caractéristicas dessa prática , caberá ao aplicador da lei fiscalizar e coibir ilegalidades com fundamento no CDC, aplicando as sanções nele previstas.

Outro não é o entendimento do Egrégio STJ, *verbis*

> ADMINISTRATIVO - SANÇÃO PECUNIÁRIA - LEI 4.595/64. 1. Somente a lei pode estabelecer conduta típica ensejadora de sanção. 2. Admite-se que o tipo infracionário esteja em diplomas infralegais (portarias, resoluções, circulares etc), mas se impõe que a lei faça a indicação. 3. Recurso especial improvido.
>
> (STJ - REsp: 324181 RS 2001/0061514-0, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 08/04/2003, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: --> DJ 12/05/2003 p. 250)

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA DA UNIÃO NO ESTADO DE MINAS GERAIS
Rua Santa Catarina, nº 480, Lourdes, CEP 30.170-080, Beto Horizonte/MG - Tel: (31) 3029 3107

Pode ser considerada publicidade abusiva toda aquela que se aproveita da vulnerabilidade do consumidor ou que viole valores sociais e morais do mesmo, assim, ensina o mestre Eduardo Gabriel Saad:

> *"É abusiva a publicidade que se realiza com fins contrários à ordem pública, ao direito, à moral".*

Assim, uma vez que a publicidade seja ofensiva à ordem social e à sociedade, torna-se abusiva, ferindo o interesse coletivo. Completa ainda o mestre em brilhante comparativo entre a publicidade abusiva e o abuso de direito:

> *"À semelhança do que ocorre com o abuso de direito, a publicidade abusiva aparentemente obedece aos cânones tradicionais da comunicação social, mas, em verdade, é prejudicial aos interesses do consumidor e do meio social em que se insere."*(SAAD, 1999, p. 353)

Dessa forma, a publicidade abusiva equipara-se ao abuso de direito, visto que se veste de um manto de falsa legitimidade para violar direitos dos consumidores e da sociedade ao extrapolar os limites estabelecidos pela lei.

Pode-se incluir o *merchandising* como forma de publicidade, haja vista que tal prática consiste na inserção de publicidade no decorrer de outro evento, seja um vídeo, áudio, ou qualquer outro evento que não seja a publicidade em si. Tal prática, a rigor, seria camuflada, apresentando o produto ou serviço em seu uso normal, sem menção direta à publicidade.

O Código de Defesa do Consumidor se apresenta contra a este tipo de publicidade, visto que a mesma, se realizada irrestritamente assemelhar-se-ia à mensagem subliminar, que, por ser oculta, é proibida pelo sistema consumerista.

Para tal, alguns doutrinadores propõem que, embora não haja vedação direta a tal prática, a mesma, indiretamente, é limitada pelo Código de Defesa do Consumidor e pelo princípio da identificação da publicidade, para tal, propõe-se:

> *"A utilização de 'créditos', ou seja, a veiculação antecipada de uma informação comunicando que, naquele programa, peça ou filme, ocorrerá merchandising de tais e tais produtos ou serviços. [...] Esta tem por ratio evitar a identificação a posteriori."* (GRINOVER, 2007, p.333)

A responsabilidade pela publicidade exposta ao consumidor é de todos aqueles que concorrem para a sua apresentação, conforme dispõe expressamente o Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária, em seu art. 3º, *in verbis*:

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA DA UNIÃO NO ESTADO DE MINAS GERAIS
Rua Santa Catarina, nº 480, Lourdes, CEP 30.170-080, Belo Horizonte/MG - Tel. (31) 3029.3107

> "Todo anúncio deve ter presente a responsabilidade do Anunciante, da Agência de Publicidade e do Veículo de Divulgação junto ao Consumidor."

Trata-se de responsabilidade solidária entre todos aqueles que participam da publicidade, vez que o próprio Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária prevê em seu artigo 45 essa igualdade entre os responsáveis, e em análise conjunta com o sistema do Código de Defesa do Consumidor, conforme exposto no artigo 7º deste último diploma, percebe-se que todos, pela referida equiparação, concorrem diretamente para a publicidade e são, consequentemente, responsáveis solidários.

V. - CONCLUSÃO

Ante o exposto, a União requer que a ação seja julgada improcedente no que tange ao pedido de alteração da Resolução nº163 do CONANDA.

Segue , em anexo, o Parecer nº 78/2017/ACS da Consultoria Jurídica junto ao Ministério dos Direitos Humanos bem como informações encaminhadas pelo CONANDA sobre o caso concreto.

Pede deferimento.

Belo Horizonte, 22 de maio de 2017.

Rodrigo de Souza Nogueira
Advogado da União