



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

RELATOR : Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO
APELANTE : [REDACTED]
ADVOGADO : SP173477 PAULO ROBERTO VIGNA e outro(a)
APELANTE : [REDACTED]
ADVOGADO : SP040564 CLITO FORNACIARI JUNIOR e outro(a)
APELANTE : [REDACTED] e outro(a)
: [REDACTED]
ADVOGADO : SP169494 RIOLANDO DE FARIA GIÃO JUNIOR
APELANTE : [REDACTED] S/A
ADVOGADO : SP044789 LUIZ DE CAMARGO ARANHA NETO
NOME : [REDACTED]
ANTERIOR : [REDACTED]
ADVOGADO : SP044789 LUIZ DE CAMARGO ARANHA NETO e outro(a)
APELANTE : [REDACTED]
ADVOGADO : SP305583 GUILHERME CORONA RODRIGUES LIMA
APELANTE : [REDACTED] S/A e outro(a)
ADVOGADO : SP015919 RUBENS FERRAZ DE OLIVEIRA LIMA e
: outro(a)
: SP156368 FABIANA DUARTE E ARONI CALDEIRA
[REDACTED]
APELANTE : [REDACTED]
[REDACTED]
SP015919 RUBENS FERRAZ DE OLIVEIRA LIMA e
ADVOGADO : outro(a)
APELADO(A): Ministerio Publico Federal
ADVOGADO : ANDRE DE CARVALHO RAMOS (Int.Pessoal)
PARTE RÉ : Uniao Federal
ADVOGADO : SP000019 LUIZ CARLOS DE FREITAS e outro(a)
[REDACTED]
PARTE RÉ :

ADVOGADO : SP079543 MARCELO BRAZ FABIANO e outro(a)
PARTE RÉ : [REDACTED]
ADVOGADO : RJ001459A LUIZ EUGENIO ARAUJO MILLER e outro(a)
PARTE RÉ : [REDACTED]

ADVOGADO : PR007492 OGIER ALBERGUE BUCK e outro(a)

PARTE RÉ : [REDACTED]

SP015919 RUBENS FERRAZ DE OLIVEIRA LIMA e

ADVOGADO :

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 0001049-61.1998.4.03.6100/SP

2001.03.99.006706-5/SP

D.E.

Publicado em 26/07/2018

outro(a)

REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 19 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

No. ORIG. : 98.00.01049-1 19 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SORTEIOS TELEVISIVOS - 0900. ENTIDADES FILANTRÓPICAS. INVESTIGAÇÃO DE IRREGULARIDADES. LEI 5.768/71. PORTARIAS MINISTÉRIO DA JUSTIÇA Nº 413/97 E 1285/97. PRÁTICA ABUSIVA. DANOS MATERIAIS ADEQUAÇÃO. REPARAÇÃO DEVIDA. VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DOS CONSUMIDORES. REMESSA OFICIAL. DANO MORAL COLETIVO CONFIGURADO. CONDENAÇÃO MANTIDA.

1- A questão fulcral da presente Ação Civil Pública é aferir a compatibilidade das Portarias nºs 413/97 e nº 1285/97, editadas pelo Ministro da Fazenda com a Lei nº 5.768, de 20 de dezembro de 1971, que dispõe sobre a distribuição gratuita de prêmios, mediante sorteio, vale-brinde ou concurso, estabelecendo normas de proteção à poupança popular, em razão de sorteios televisivos pelo sistema "0900", consideradas ilegais pelo Ministério Público Federal, consoante apurado em Inquérito Civil. Alega o Parquet Federal que as corrés atuaram de forma lesiva aos interesses dos consumidores, sendo a entidade filantrópica "mera despesa", pois o benefício e proveito econômico arrecadado pelo sistema de concursos voltavam-se para os organizadores dos sorteios.

2- Afastada a arguição de inépcia da inicial, uma vez que não se discute a constitucionalidade de lei em tese. Rejeitadas as preliminares de ilegitimidade passiva e carência da ação por ausência de ilegalidade e lesividade, pois confundem-se com o mérito da demanda. A questão da legitimidade do Ministério Público Federal se encontra superada pela coisa julgada, visto que a matéria foi objeto de recurso ao Superior Tribunal de Justiça que analisou o tema, mantendo-o no polo ativo, com trânsito em julgado em 03 de fevereiro de 2011. O cerceamento ao direito de defesa não ocorreu. O Inquérito Civil Público foi instruído com provas fornecidas pelas corrés e pela Telesp e integraram os autos na sua instrução, sendo suficientes ao julgamento da lide. Foi oportunizada às partes a manifestação sobre todos os documentos para contraditá-los, o que não ocorreu, eis que não produzidas provas em sentido contrário em face da apuração original. Vale lembrar que o inquérito civil possui natureza de produção antecipada de provas, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o que reforça o entendimento no sentido da inexistência de cerceamento do direito de defesa. (REsp 448023/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 09/06/2003; REsp 644994/MG, Rel. Min. João Otávio DJe de 21/03/2005)

3- Após o marco constitucional de 1988, por meio da Medida Provisória nº 1.302, de 9 de fevereiro de 1996 e reeditada sob o nº 1.549-29, de 15 de abril de 1997, o Ministério da Justiça dispôs sobre a autorização para a realização de sorteios por entidades filantrópicas, por meio das Portarias nºs 413/97 e 1285/97, regulamentando a emissão de autorização para realização de sorteios por entidades filantrópicas. A referida Medida Provisória, e suas reedições, foi convertida na Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1988, e ao dispor sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios foi silente quanto à competência do Ministério da Justiça sobre a disciplina infralegal da matéria objeto da Lei nº 5.768, entretanto, à época em que editadas tais Portarias o Ministério da Justiça tinha atribuições para fazê-lo.

4- Segundo apurado pelo Ministério Público Federal, as empresas que patrocinavam os sorteios procuravam as entidades filantrópicas e, como procuradoras de tais entidades, intermediavam junto aos órgãos administrativos competentes, todos os documentos e atos indispensáveis à execução dessa finalidade e, mais, convenciam-nas e ofereciam o produto, realizando de forma unilateral e com o desconhecimento das entidades filantrópicas os mecanismos empregados para tal realização.

5- O procedimento adotado para a realização dos sorteios, em prol das entidades filantrópicas, era pelo sistema telefônico 0900. Os fatos apresentados colocam o consumidor como o destinatário de determinado bem, o qual por meio da chamada pelo sistema 0900, disponibilizada para todo o território nacional, era convencido a participar dos sorteios, concorrendo a esses prêmios, sem qualquer ônus. Para concorrer bastava o consumidor responder as mais diversas perguntas veiculadas pela emissora de televisão, como, por exemplo, o resultado de uma partida de futebol, ou respostas dentro de um determinado contexto que poderia ser um "sim" ou um "não", ou, ainda, tendo por base o resultado da Loteria Federal. Uma vez sorteado, na entrega do prêmio, os ganhadores deveriam comprovar, por meio da conta telefônica quitada, o registro da ligação feita.

6- Embora o "0900" se afigure como um serviço de valor adicionado, não é a modalidade e conceito desse serviço que se discute na análise do procedimento em julgamento, mas a forma como esse serviço foi colocado à disposição do usuário do sistema de telefonia, ou seja, o propósito de contribuir com doações a entidades filantrópicas e, ainda, com isso ser possível ganhar um prêmio. Estimulavam as corrés a prática do jogo, por meio de comunicação de massa, com atrativos, via de regra sorteio de veículos, aos telespectadores. Eram os usuários cativados por profissionais com representatividade pública

inquestionável, como são os artistas de TV de renome e por programas de grande audiência, como são os campeonatos de futebol.

7- No que tange à relação havida entre as Entidades Benéficas e as prestadoras de serviços, pelos contratos celebrados podemos concluir que as prestadoras de tais serviços, a pretexto de isentar as instituições filantrópicas, estabeleceram regras comuns, praticadas entre todas as corréis, tidas como "quase de adesão", com poucas variações, supostamente em conformidade com as Portarias do Ministério da Justiça nº 413/97 ou Portaria nº 1.258/97.

8- Se um contrato viola direitos coletivos em sentido amplo dos consumidores, como os que protegem contra a formação de cartéis, obtenção de monopólio ou desestabilização da concorrência sobre determinado bem ou serviço, estará sob evidente contrariedade à função social prestigiada constitucionalmente, pois as partes atingidas não serão as contratantes, mas terceiros alheios à avença, porém prejudicados por ela. A questão é tormentosa por falta de qualquer sanção legal expressa nesse sentido, ficando a cargo da jurisprudência e dos doutrinadores a árdua tarefa de analisar, nas hipóteses apresentadas, quando o contrato violou a função social, com consequências danosas.

9- Necessário, pois, analisar se a atividade triangularizada entre as corréis, as Entidades Filantrópicas e os usuários do sistema 0900, com base em ato administrativo expedido para disciplinar a forma de atuação de todos os envolvidos, teve como foco o desvirtuamento do ordenamento, possibilitando que, com o acordo de vontades, fossem arrecadadas quantias astronômicas com diminuta distribuição aos beneficiários, para que se possa, ao final, constatar se esses atos foram ilícitos, por desconformidade com a lei e a seu espírito ou foram executados dentro de parâmetros para a sua exequibilidade, bem como aferir a razoabilidade na sua execução. Essa análise triangularizada é fundamental em se tratando de ação civil pública, dada a natureza coletiva da demanda e os fins que ela protege, por gerar consequências para terceiros, ainda que não incluídos na lide, devido ao seu efeito erga omnes. Por meio dessa ação é possível identificar eventuais lesados e atribuir a responsabilidade dessas práticas, conforme estabelece o artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor.

10 - Os fatos apurados denotam que a lei 5768/71 foi descumprida sob várias formas, o artigo 2º foi descumprido quando pessoas jurídicas participaram do resultado financeiro da promoção publicitária; foi descumprido, ainda, o art. 4º da lei, pela realização de vários sorteios no mesmo ano, para a mesma beneficiária, não tendo sido justificado o motivo de força maior que lhes davam causa; descumpriu-se, ainda, esse artigo por ter sido desvirtuada a aplicação dos recursos oriundos dos sorteios, sob a justificativa de ter havido prestação de serviços à intermediadora contratada pela Entidade Assistencial, ou seja, outros contratos foram feitos utilizando-se os valores arrecadados para pagamentos de cachês e despesas diversas, alegadamente indispensáveis à sua execução; houve infringência, igualmente, ao artigo 7º, considerando que foi colocado em sorteio bem de produção estrangeira, não considerado como gênero de primeira necessidade ou de uso geral. O Poder Público infringiu a lei, omitindo-se ao dar autorização para a realização de eventos, sem a prova da capacidade financeira, econômica e gerencial das entidades interessadas, além dos estudos de viabilidade econômica dos planos e das formas e condições de emprego das importâncias a receber.

11 - Nem se diga que as Portarias do Ministro da Justiça legitimaram os atos praticados, considerando que, nesse aspecto, ou reproduziram o ordenamento mencionado, ou desbordaram dos seus termos, permitindo e concedendo, conforme exemplos citados, a autorização para a realização de mais de um sorteio por ano, por instituição, sem a prova do motivo de força maior comprovadamente justificado; legislando sobre ponto não previsto no ordenamento, como a permissão do pagamento de despesas administrativas vinculadas aos sorteios, relativas à publicidade, mídia e produção, com operação e administração do sorteio pela pessoa jurídica contratada ou conveniada para essa tarefa, custos de telefonia e taxas correspondentes. Em poder regulamentar o Ministério da Justiça desbordou do ordenamento que regulamentava e criou uma verdadeira estrutura destinada à propagação de sorteios, sem qualquer controle do Poder Público, possibilitando lucros exagerados e em desconformidade com o espírito da lei, àqueles que não seriam os reais beneficiários, ou seja, as Entidades Filantrópicas. Não sem razão, esta prática foi objeto de uma CPI no âmbito legislativo do Estado de São Paulo, pois visivelmente prejudicial aos desvalidos e necessitados.

12 - Nem se afirme que as Portarias editadas quando estabeleceram o recolhimento de tributos beneficiou a população por gerar renda ao poder público. Embora esse não seja o cerne da discussão travada, é consabido que o concurso de prognóstico, tal como concebido pela Constituição Federal para o financiamento da seguridade social, estabelecendo ser a receita dele proveniente passível de tributação, conceituada isoladamente, não confere a qualquer concurso de prognóstico a legitimidade que pretende seja reconhecida nesta ação, tão somente pelo fato de sobre os recursos arrecadados incidirem contribuições devidas à Previdência. Os concursos são apenas fontes de receitas tributáveis pelos

exploradores desse tipo de atividade, sejam elas pessoas de direito público ou da iniciativa privada. A validade de tributação do concurso de prognósticos é assente na jurisprudência de nossa Corte Constitucional: RE 502.271 AgRg, voto da rel. Min. Ellen Gracie, j. 10-6-2008, 2ª T, DJ de 276-2008. Ademais, a atividade praticada é de todo perniciososa que levou o Supremo Tribunal Federal a reconhecer em Súmula Vinculante, sob o verbete de nº 2, a inviabilidade de se legislar sobre consórcios e sorteios, tendo como questão de fundo o jogo de bingo.

13 - Não prospera a alegação de que as entidades eram convencidas a participarem dos sorteios e foram lesadas por eles. Em uma análise conjunta dos contratos celebrados com as prestadoras de serviços e diversas manifestações das entidades juntadas pelas corrés, destaca-se que: 1) no contrato celebrado com as prestadoras de serviços, as entidades não tinham qualquer expectativa dos valores a receber relativamente às receitas auferidas e o resultados final nos sorteios praticados; 2) ao contrário, autorizavam essas empresas intermediadoras a representá-las em todo o procedimento, desde a emissão do Certificado de Autorização junto ao Poder Público, até a emissão dos documentos necessários à sua execução; 3) não tinham, igualmente, qualquer custo com a assinatura desses contratos, pois conforme salientado elas contratavam as prestadoras de serviços com bens já doados, por ela ou por terceiros interessados, tendo apenas aquiescido com a divulgação de sua imagem nos sorteios levado a efeito; 4) as correspondências juntadas por algumas corrés revelam a satisfação das entidades com os recursos financeiros recebidos para a consecução de seus objetivos, seja porque não tinham ciência do valor a receber, seja porque não dispenderam quaisquer esforços para a prática dos sorteios, aguardando apenas o resultado financeiro, qualquer que fosse o valor. Isso não significa abonar as práticas do Poder Público, como a edição de Portarias de duvidosa legalidade, ou das prestadoras de serviços, pela abusiva forma de apuração e desconto de despesas sobre a receita dos concursos de prêmios, mas apenas delimitar o prejuízo ou a suposta lesividade dessas entidades, que não ocorreu, considerando a forma como participou do evento e manifestou a sua vontade, por meio do contrato celebrado, tendo recebido parcela dos valores apurados ainda que de pequeno montante. 14 - Nem se diga que as emissoras de TV, nesse contexto, foram meras transmissoras dos sorteios realizados e que somente cederam o espaço publicitário para esse fim, como fazem cotidianamente com outros clientes e, por isso, não estaria configurada a ilicitude alegada nos autos. As emissoras de TV se adequam à figura de fornecedora de serviços, na forma preconizada pelo Código de Defesa do Consumidor, pois prestam serviços de telecomunicações, nos termos do artigo 6º, alínea "d" do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/62), na modalidade de radiodifusão, consoante regulamenta o artigo 4º, item 1º, alínea "b" do Decreto nº 52.795/63, não se concebendo que na era da informação essa se faça de forma indiscriminada e irresponsável, especialmente tratando-se de

expediente que levaria a população ao estímulo do jogo de azar. (REsp 436.135/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 17/06/2003, DJ 12/08/2003, p. 231) 15 - Ao investigarmos os interesses no plano individual e transindividual, esse relativamente aos consumidores, podemos afirmar que as entidades interessadas, aquiesceram e foram coniventes com todo o procedimento ilegal, também pretendiam obter ganho fácil e sem qualquer esforço, para tanto contrataram empresas com o fim específico de massificar o sistema de sorteios, pelo sistema de ligação 0900, abrangendo um número ilimitado de consumidores em todo o território nacional, que conscientemente agiam motivados com o fim exposto publicamente, que era o de contribuir com entidades filantrópicas, tendo como contrapartida a participação em sorteio de prêmios.

16 - A questão, inclusive, desafia a posição Estatal quanto à proteção da pessoa do consumidor, pois na era da informação não se concebe que o Poder Estatal desassista aquele para o qual se dirige a propaganda enganosa. Estamos na era da democracia da informação e a liberdade de informar não poderá ser de tal modo a permitir que a sociedade seja atingida de forma indiscriminada e predatória, formando uma cultura de desinformação por meio de uma arquitetura regulatória de duvidosa proteção aos interesses sociais e de políticas públicas. Essa afirmação é feita com a convicção de que os telespectadores, consumidores em potencial, nem sempre têm a perfeita noção das consequências e atos praticados em função de uma informação incorreta veiculada pelos meios de comunicação, sendo essa a grande preocupação nos dias atuais, em que "fake news" rondam todos os meios de comunicação, iludindo aqueles que de boa-fé acreditam na divulgação incorreta.

17 - Podemos afirmar que os direitos coletivos, considerados direitos fundamentais pela Constituição Federal, não podem ser subtraídos da tutela jurídica do Estado, vinculando tanto os governantes como os operadores do direito, pois interagem com todos os ramos do direito, especialmente quanto à regulamentação da distribuição gratuita de prêmios, mediante sorteio, vale-brinde ou concurso, por meio de propaganda indiscriminada em todo o território nacional, de responsabilidade exclusiva da União Federal. Afinal, a divulgação em massa no território nacional

colhe a todos, independentemente de instrução escolar, status social ou idade, devendo ser reprimidas todas as formas e tentativas de iludir o consumidor ou o interessado no assunto.

- 18 - As entidades de filantropia não possuíam suporte financeiro, estrutural ou know how, tampouco publicitário, para suportar e operacionalizar o sistema de sorteios tal como produzido e na magnitude alcançada em todo o território nacional. Tampouco era esse o escopo da lei ao autorizar a realização de sorteios em prol das entidades. Disso conclui-se que, ao delegarem poderes aos atravessadores para supostamente realizarem sorteios mais vantajosos, sem qualquer despesa ou trabalho, pactuaram com a ilegalidade, recebendo para isso as migalhas que lhes foram atribuídas, tolerando que outrem, às suas custas, arrecadasse valores em descompasso com o ordenamento. Descarta-se, igualmente, o argumento de que o procedimento possibilitou a arrecadação tributária e com esta o pagamento de impostos em prol de toda a sociedade, pois destinados a Fundos específicos, porquanto a arrecadação e pagamento dos tributos é inerente a qualquer forma de sorteio de prognóstico, conforme prevê expressamente a Constituição Federal.
- 19 - A prática abusiva das corrés, abonadas pelas autorizações e contratos firmados pelas Entidades Assistenciais, na indiscriminada propagação de concursos com sorteio de bens, sem a necessária observância do poder de polícia do Estado, responsável pela coibição de práticas lesivas aos consumidores, infringiram não só o ordenamento que lhes davam respaldo - lei nº 5.768/71, como as relações de consumo protegidas pelo Código de Defesa do Consumidor (lei nº 8.078/90).
- 20 - De tudo que se apurou nos autos e considerando a participação das Entidades Assistenciais no sistema ilegal de sorteios, depreende-se da análise triangularizada do procedimento que de fato houve dano, porém este dano não se dá em favor das Entidades Assistenciais, mas aos consumidores que com os sorteios contribuiu.
- 21 - Constatada a lesão, a reparação dos danos materiais é devida na forma narrada na inicial. Entretanto, não da forma como descrita na sentença, considerando que o envolvimento das Entidades Assistenciais em todo o procedimento assim o justifica, aliás, não fossem os contratos firmados, sequer teríamos as autorizações contestáveis deferidas e os sorteios realizados.
- 22 - Aferimos que houve lesão ao direito dos consumidores. Sob esse enfoque, é assente o entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto à possibilidade de uma tutela híbrida na análise de ações coletivas, dentro de semelhante cenário fático, considerando a proteção dos interesses ou direitos coletivos em sentido amplo, dentro de um microsistema ou minissistema em que as normas se comunicam, em um diálogo de fontes, propiciando uma adequada e efetiva tutela coletiva. (REsp 1209633/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 14/04/2015, DJe 04/05/2015; REsp 695.396/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/04/2011, DJe 27/04/2011)
- 23 - Por isso a tutela repressiva reparatória encontra eco no direito violado. Em cognição exauriente, consoante provas trazidas e no contexto em que se deram, com atos praticados que não estão legitimados, porquanto os ordenamentos questionados são aqui reconhecidos como ilegítimos, verifica-se que os interesses transindividuais (art. 81, § único, da Lei n.8.078/90) foram violados. Não se pode, outrossim, a pretexto de salvaguardar interesses privados, como é o financeiro, deixar de sancionar as condutas praticadas, por ser a coletividade a titular do direito lesado.
- 24 - Essa cognição há de ser feita segundo a dicção do artigo 322, do Novo Código de Processo, que estabelece em seus § 2º que a interpretação deverá ocorrer, considerando o conjunto da postulação e das provas carreadas aos autos (AgRg no Ag 1.038.295-RS, DJe 3/12/2008, e REsp 971.285-PR, DJe 3/8/2009. REsp 967.375-RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 2/9/2010).
- 25 - Ajustando as condutas às normas, não podemos deixar de analisar a questão sob a teoria do diálogo das fontes normativas, considerando o microsistema e a integratividade das normas em que se inserem os direitos coletivos, e diante do que prescrevem os artigos 90 do Código de Defesa do Consumidor, o artigo 21 da Lei da Ação Civil Pública e, por fim, ao que nos remete o artigo 11 e 19 da Ação Popular (Resp 1.108.542/SC, Dje 29.5.2009, Rel. Ministro Castro Meira; AgRg no REsp 1219033/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª T., DJe 25/04/2011, Resp nº 1257587, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Dje 16/11/2011, RMS nº 33.932, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Dje 21/11/11). Ressalte-se, ainda, que a reparação pretendida deve ser de tal forma a compatibilizar as novas diretrizes apontadas no artigo 20 da Lei 13.655/18, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.
- 26 - Atenta a tudo quanto foi alegado e aos atos praticados, e considerando que a tutela pretendida não pode ser desprezada, por ter a Lei da Ação Civil Pública, de modo aberto, disposto que se tutelará "qualquer outro interesse difuso ou coletivo", também constitucionalmente assegurado pelo artigo 129, II da Constituição Federal de 1988 e pelo art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, e, por

fim, diante da máxima amplitude da ação coletiva e das normas de reenvio, medindo o impacto dessa decisão, com efeitos que podem causar danos ainda maiores, caso não seja delimitada sua extensão pelo Poder Judiciário, como o alegado enriquecimento sem causa, e entendendo pela ilegalidade das Portarias nº 413/97 e nº 1285/97, por terem, conforme exposto, desbordado da Lei 5768/71, a qual pretendeu disciplinar, bem como pela irregularidade dos sorteios praticados, que deveriam ocorrer em prol da coletividade e para a proteção do bem difuso tutelado, reconheço como devida a reparação material requerida na inicial, em remessa oficial, em prol do consumidor, a ser destinado ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, art. 13 da Lei n. 7.347/85.

- 27 - Sobre os valores arrecadados pelo serviço de telefonia, pelos sorteios praticados no período da vigência das Portarias nº 413/97 e nº 1285/97, serão excluídos os custos dos serviços prestados pela [REDACTED], os impostos e contribuições devidos e os valores pagos às Entidades Assistenciais. Apurado esse montante e com essas exclusões, o resultado obtido deverá ser revertido ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, art. 13 da Lei n. 7.347/85.
- 28 - Saliento que a execução se fará de acordo com os documentos que instruíram toda a ação, sendo deveso às corrés inovarem com a juntada de novos documentos para a apuração desse montante, porquanto tiveram tempo hábil a fazer a prova de seus direitos, com a prestação de contas e a juntada de todos os documentos necessários ao deslinde da causa. Ademais, essa diretriz é dada para que não se alongue a execução do julgado de forma indevida e desnecessária, diante da natureza da lide. 29 - Nesse contexto, vislumbra-se, ainda, a existência de um dano moral coletivo, em face da população brasileira, a única vulnerável nessa relação, por ter sido lesada por um refinamento do procedimento de divulgação de concursos de prognósticos, cuja finalidade não era a filantrópica, pois as empresas prestadoras de serviços em concurso de prêmios, conforme declarado abertamente, sobreviveram dos recursos recebidos nesse processo oneroso, em flagrante descompasso com a lógica da filantropia.
- 30 - A avaliação desse dano moral deve ser compatível com os critérios da razoabilidade e proporcionalidade, tendo como objetivo o desestímulo da prática de procedimentos abusivos, em torno dos concursos de prognósticos com fins lucrativos, levando-se em consideração a culpa dos seus executores, ponderando o desvio de finalidade praticado e o bem jurídico protegido. Restou amplamente provado e evidente o atentado aos princípios éticos e morais da sociedade, bem como "os valores coletivos atingidos injustificadamente do ponto de vista jurídico", devendo ser mantidos os valores fixados a título de dano moral coletivo correspondente a R\$200.000,00 (duzentos mil reais), devidos por cada corrê e pela União Federal, e revertidos ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, art. 13 da Lei n. 7.347/85 (APELREEX 00156730820044036100, Rel. Des. Fed. JOHONSOM DI SALVO, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 21/03/2014).
- 31 - A compensação moral aqui desenhada mostra-se suficiente para a reparação dos danos ocorridos em face dos sorteios autorizados pelo Poder Público, não se cogitando de sua redução. Para que não restem dúvidas, declaro, outrossim, a nulidade das Portarias editadas por reconhecê-las contrária Lei 5768/71, embora tenham seus efeitos exauridos no tempo, porquanto a determinação judicial, para que não se promovessem sorteios de prêmios, na forma estabelecida pelas Portarias, debelou a prática extorsiva de concursos de prêmios.
- 32 - Entendo ser indevida a liberação dos depósitos efetuados nos autos, pois decorrente de bloqueio deferido. As constrições judiciais são necessárias para a garantia do processo e da parte a quem favorece. Com o julgamento de mérito desta demanda, houve reconhecimento da pertinência das alegações, portanto, eventual recurso a partir de então não terá efeito suspensivo, possibilitando que a corrê [REDACTED] dê início à execução do julgado, para eventual liberação do valor excedente. De sorte que, caso fosse deferida a liberação pretendida, tais verbas não seriam revertidas para a reparação dos danos sofridos, considerando que a corrê reconhece nos autos e na tribuna sua deficiente situação econômica.
- 33 - Os juros de mora e a correção monetária, devidos sobre os valores arbitrados a título de dano moral coletivo e danos materiais, incidirão nos moldes das Súmulas nºs 54 e 362 do Superior Tribunal de Justiça, ou seja, os juros de mora a partir do evento danoso e a correção monetária a partir desta decisão, na forma do Manual de Cálculos vigente à época da execução do julgado.
- 34 - Nega-se provimento à apelação da União Federal e às apelações das demais corrés, e dá-se parcial provimento à remessa oficial, para, rejeitando as preliminares arguidas, reformar a r. sentença de primeiro grau, reconhecendo a ilegalidade das Portarias nºs 413/97 e 1285/97 e os atos dela emanados, por serem contrárias a Lei 5768/71. Reconheço a existência de danos materiais e morais sofridos pela coletividade. Os danos materiais serão apurados em liquidação de sentença, tendo como base o número de ligações feitas pelo sistema 0900, sendo, do montante apurado, excluídos os valores devidos à [REDACTED], os impostos e contribuições sociais efetivamente recolhidos, assim como os valores

pagos às Entidades Assistenciais, e o valor remanescente revertido ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, art. 13 da Lei n. 7.347/85 e não às Entidades Assistenciais, como disposto na sentença de primeiro grau. O valor dos danos morais arbitrado pela sentença em R\$200.000,00 (duzentos mil reais), fica mantido, sendo devido esse montante de forma individualizada por todas as corrés, inclusive União Federal, não sendo reconhecida a solidariedade entre as corrés [REDACTED] e [REDACTED] diante do Instrumento Particular de Contrato Operacional mantido entre ambas, valor a ser revertido, igualmente, ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, art. 13 da Lei n. 7.347/85. Reforma-se a r. sentença, ainda, para que os juros de mora sejam calculados a partir do evento danoso, qual seja o primeiro sorteio efetivamente realizado, e a correção monetária a partir desta decisão.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação da União Federal e às apelações das demais corrés e dar parcial provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 18 de julho de 2018.

ELIANA BORGES DE MELLO MARCELO Juíza Federal Convocada

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): ELIANA BORGES DE MELLO MARCELO:253
Nº de Série do Certificado: 11DE18041346032B
Data e Hora: 18/07/2018 18:19:03

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 0001049-61.1998.4.03.6100/SP

2001.03.99.006706-5/SP

RELATOR :Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO

APELANTE : [REDACTED]

ADVOGADO :SP173477 PAULO ROBERTO VIGNA e outro(a)

APELANTE : [REDACTED]

ADVOGADO :SP040564 CLITO FORNACIARI JUNIOR e outro(a)

APELANTE : [REDACTED] e
outro(a)

: [REDACTED]

ADVOGADO :SP169494 RIOLANDO DE FARIA GIÃO JUNIOR

APELANTE : [REDACTED] S/A

ADVOGADO :SP044789 LUIZ DE CAMARGO ARANHA NETO

NOME :TV [REDACTED] LTDA

ANTERIOR

ADVOGADO :SP044789 LUIZ DE CAMARGO ARANHA NETO e outro(a)

APELANTE : [REDACTED]

ADVOGADO :SP305583 GUILHERME CORONA RODRIGUES LIMA

APELANTE : [REDACTED] S/A e
outro(a)

ADVOGADO :SP015919 RUBENS FERRAZ DE OLIVEIRA LIMA e outro(a)
:SP156368 FABIANA DUARTE E ARONI CALDEIRA

APELANTE : [REDACTED]
[REDACTED]

ADVOGADO :SP015919 RUBENS FERRAZ DE OLIVEIRA LIMA e outro(a)

APELADO(A):Ministerio Publico Federal

ADVOGADO :ANDRE DE CARVALHO RAMOS (Int.Pessoal)

PARTE RÉ :Uniao Federal

ADVOGADO :SP000019 LUIZ CARLOS DE FREITAS e outro(a)

PARTE RÉ : [REDACTED]

ADVOGADO :SP079543 MARCELO BRAZ FABIANO e outro(a)

PARTE RÉ : [REDACTED]

ADVOGADO :RJ001459A LUIZ EUGENIO ARAUJO MILLER e outro(a)

PARTE RÉ : [REDACTED]

ADVOGADO :PR007492 OGIER ALBERGUE BUCK e outro(a)

PARTE RÉ : [REDACTED]

ADVOGADO :SP015919 RUBENS FERRAZ DE OLIVEIRA LIMA e outro(a)

REMETENTE :JUIZO FEDERAL DA 19 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

No. ORIG. :98.00.01049-1 19 Vr SAO PAULO/SP

VOTO

Trata-se de apelações e reexame necessário em sentença proferida nos autos da Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público Federal em face da União Federal e outros, insurgindo-se contra as Portarias nºs 413/97 e 1285/97, expedidas pela União Federal, que autorizavam a realização de sorteios por entidades filantrópicas, as quais, no entender ministerial, causaram prejuízos ao consumidor, pleiteando a suspensão desses normativos e a responsabilização das corrés, excetuada a União Federal, a restituição das quantias obtidas relativamente aos sorteios de cada entidade filantrópica participante, na forma da Lei nº 5.768/71, assim como a condenação em danos morais aos consumidores, com a destinação ao Fundo Federal de Defesa dos Direitos Coletivos.

Em apelação a União Federal pretende seja reformado o decisum, ao argumento que as Portarias editadas não infringiram a Lei nº 5.768/71, mas apenas a regulamentavam, disciplinando pedidos de autorização para a realização de sorteios pelas entidades filantrópicas, sendo esse o ponto fundamental de sua insurgência à sentença proferida em primeiro grau, ou seja, não desbordou a União Federal do princípio da legalidade devendo a ação ser julgada improcedente em relação à sua pessoa, afastando-se o dano moral arbitrado, ou subsidiariamente a diminuição do valor fixado na sentença e os parâmetros de correção e juros de mora a que sucumbiu.

A [REDACTED] apela, enfatizando ser instituição sem fins lucrativos e que não era responsável pelo programa contratado com a corré Empresa [REDACTED], tratando-se de mera cessão do horário, tal como estabelecido para empresas de cunho publicitário, que se utilizam da emissora, e que a sentença recorrida não observou de forma correta as provas constantes em sua contestação. Arguiu, em preliminares, a inépcia da inicial (via eleita inadequada) - em decorrência da incompetência do Juízo e ilegitimidade de parte, ao argumento de ser a Ação Direta de Inconstitucionalidade a via adequada para analisar e julgar a ilegalidade/inconstitucionalidade de um ato normativo, usurpando o julgador a competência destinada ao controle abstrato da norma, com efeitos erga omnes. Ainda, sustenta sua ilegitimidade passiva ad causam, por não ser a idealizadora e produtora do programa, sendo mera transmissora, cedendo o espaço para esse fim, não devendo ser punida pela publicidade efetuada por seu anunciante. No mérito, repisa os argumentos de sua condição de cessionária

de horário televisivo, não havendo qualquer relação entre a apelante e as entidades filantrópicas. Dessa forma, entende que não há valor a ser restituído ou responsabilidade pelas supostas práticas descritas na inicial, por não ter obtido qualquer pagamento a título de participação ou porcentagem dos sorteios veiculados na emissora. Por esses motivos, de igual forma, entende ser indevida a sua condenação em dano moral coletivo. Pretende a reforma integral do decism.

A [REDACTED] aduz em sua peça recursal que apenas locou o espaço televisivo para a empresa [REDACTED], recebendo pelos serviços prestados, sem qualquer participação nos concursos realizados ou mesmo ciência de como eram concedidas as autorizações ou pagos os prêmios, sendo o ônus da prova dessa irregularidade do autor da ação (art. 333, I, do CPC/1973). Afirma que sua atuação ocorreu ao abrigo de um ato administrativo válido e que eventual ilegalidade não lhe pode ser imputada, mas sim do respectivo emissor, não sendo ilícita sua atividade. Alega inconsistência das provas insertas no Inquérito Civil Público 9/97, que não foram submetidas ao crivo do contraditório, tendo sido impossibilitado o confronto dessas provas, em evidente cerceamento do direito de defesa. De outro lado, assevera que a sentença tratou de forma conjunta as Portarias nºs 413/97 e 1285/97, indevidamente, e que a apuração ministerial se limitou a coleta de dados de forma única, sem se atentar pelas diferentes disciplinas conferidas a ambas. Insurge-se contra a classificação de todas as corréis na mesma condição de provedoras e organizadoras de sorteios e as emissoras de televisão, que apenas cediam o espaço, como faz cotidianamente, não havendo qualquer ilicitude nesse ato. Destaca que sua atuação foi nos mesmos moldes em que traçados para os demais anunciantes, não sendo participante da destinação dos valores a entidades filantrópicas. Alega que, ultrapassados mais de quinze anos dos fatos, a devolução aos consumidores é tarefa impraticável, e que o dever de indenizar deve ser atribuído apenas às práticas ilícitas, o que não ocorreu, por ser mera cessionária de espaço televisivo, o qual tem um custo específico. Argumenta que a União cobrou os tributos pertinentes sobre o valor arrecadado e do produto bruto obtido houve destinação de 3% ao Fundo Penitenciário, 1% ao Fundo da Cultura, 1% ao Fundo Nacional da Criança e do Adolescente e 1% ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. Argumenta, por fim, que a condenação em dano moral, não foi especificada pelo autor da ação, devendo a incidência de juros de mora se dar sobre obrigações positivas e líquidas.

A [REDACTED] e [REDACTED]. [REDACTED] apelaram, pleiteando a reforma do decism e a improcedência do pedido inicial. Sustentam a legalidade e legitimidade dos atos administrativos que deram respaldo e regulamentaram as atividades praticadas e descritas no bojo da inicial, atos que foram veiculados por órgão competente para a matéria. Sustentam, ainda, que a substituição da Portaria 413/97 foi reparada de forma escoreita pela Portaria 1285/97, sendo legal a operação e funcionamento do serviço 0900, caracterizado como Serviço de Valor Adicionado - SVA, estabelecido pela Lei de Telecomunicações, no seu artigo 61 (Lei 9.472/97), dando origem ao denominado [REDACTED]. Discorrem os recorrentes sobre a legalidade da utilização do sistema "0900", operacionalizado pelo "disque 0900", evidenciada pela constitucionalidade da tributação dos concursos de prognósticos, os quais não são considerados contravenção penal, e nesse aspecto tanto a outorga de autorizações, quanto o plano de operações desses sorteios observaram a Lei nº 5.768/71, realizando as entidades filantrópicas o concurso de prognóstico por meio de suas contratadas, como no caso da apelante, em total respeito às Portarias MJ nºs 413/97 e 1285/97, as quais regulamentaram a distribuição onerosa de recursos para a manutenção ou custeio de obras sociais por instituições filantrópicas. Defende a regularidade da contratação das apelantes para a operacionalização e administração dos sorteios eletrônicos pela TV, diante da deficiência das entidades filantrópicas em fazê-los, assim como os custos para a realização e divulgação desses sorteios, cobrados pelas emissoras de televisão, que eram equivalentes aos de qualquer anunciante, como, por exemplo, a [REDACTED] dentre outros. Alega que as instituições filantrópicas tiveram proveito com o concurso de prognóstico, sendo inexistente a lesão aos direitos difusos e coletivos, conforme apontado na sentença, tampouco lesão ao patrimônio público, sendo lícitas as despesas deduzidas da arrecadação, pois em conformidade com o artigo 27 da Portaria MJ nº 1285/97. Pleiteia seja delimitada a ação civil pública e seus efeitos à jurisdição da

Subseção Judiciária de São Paulo, nos termos do artigo 16 da Lei 7.347/85. Pretende, outrossim, seja afastado o dano moral coletivo, considerando a inexistência de ato ilícito, estando ausente a comprovação do dano experimentado pela coletividade, sendo o valor arbitrado elevado, o qual, caso

seja considerando existente deverá ser reduzido. Pleiteia, por fim, sejam os juros incidentes a partir da sentença recorrida, em caráter subsidiário.

A [REDACTED] (atual denominação TV [REDACTED] LTDA) apela, pleiteando a reforma da sentença de primeiro grau, discorrendo sobre os equívocos cometidos no julgado. Aduz que há ilegitimidade do Parquet para o pedido de sentença condenatória em relação a entidades filantrópicas, pois estas teriam capacidade e personalidade jurídicas próprias, o que não se confunde com a tutela e defesa dos direitos individuais homogêneos, sendo, pois, inepto o pedido para a restituição de valores às entidades filantrópicas. Assevera que não se pode negar que os normativos combatidos pelo Ministério Público produziram efeitos e a declaração de sua invalidade não pode retroagir para colher atos praticados de forma lícita. Defende a legitimidade e legalidade das Portarias, editadas segundo a legislação que lhes respaldavam, tendo a apelante cumprido à risca suas determinações. Aduz que a Lei nº 5.768/71 se prestou a coibir os denominados jogos de azar o que não é o caso dos autos, na medida em que os sorteios regulamentados permitiram que a atividade fosse desenvolvida em prol das instituições beneficentes, necessitando para a montagem da estrutura de dispêndios com pessoas contratadas, bens adquiridos, pessoas premiadas, tributos recolhidos, dentre outras despesas. Sustenta que, ainda que se considerem ilícitas tais Portarias, não se pode retornar ao status quo ante, pois os atos praticados com fundamento nas Portarias gozam de presunção de legitimidade, e se assim não for reconhecido haverá verdadeiro enriquecimento sem causa das entidades filantrópicas. Ademais, a apuração dos valores para eventual devolução não destacam as despesas e custos técnicos das empresas de TV. Sustenta inexistir o alegado dano moral e a impossibilidade de fixação de juros a partir da data do evento danoso, porquanto a materialidade patrimonial ainda não se operou.

A [REDACTED] apela, destacando, preliminarmente, a carência da ação por ausência de ilegalidade, diante da legitimidade e legalidade das Portarias editadas em conformidade com a lei. Sustenta serem necessárias as despesas à elaboração do evento, por meio do sistema "0900", sem as quais estaria inviabilizado o sorteio pelas entidades de caráter filantrópico, tudo devidamente regulamentado e conforme ordenamento específico sobre o tema. Aduz, ainda, como preliminar, não se encontrar presente a alegada lesividade, diante dos recolhimentos de valores a título de impostos e contribuições, tampouco ofensa ao princípio da moralidade, diante da inexistência de prejuízo ao erário, não existindo fundamento para o dano moral. Pleiteia, assim, a reforma integral da sentença de primeiro grau, reconhecendo a falta das condições da ação para seu prosseguimento.

A [REDACTED] e [REDACTED] apelam, sustentando a legalidade dos sorteios, cujos concursos foram realizados nos estritos termos da legislação aplicável, respaldados pelos atos do Ministério da Justiça que os autorizou, sendo inexistente o alegado prejuízo dos consumidores nos certames praticados, recebendo tanto os consumidores quanto as entidades filantrópicas os respectivos valores a que faziam jus, não sendo o serviço defeituoso para estabelecer um nexo de causalidade para a condenação das corréis em danos morais, tampouco dano moral coletivo. Pleiteia o provimento do seu recurso ou sucessivamente que seja mitigado o valor da condenação.

A questão fulcral da presente Ação Civil Pública é aferir a compatibilidade das Portarias nº 413/97 e nº 1285/97, editadas pelo Ministro da Fazenda com a Lei nº 5.768, de 20 de dezembro de 1971, que dispõe sobre a distribuição gratuita de prêmios, mediante sorteio, vale-brinde ou concurso, estabelecendo normas de proteção à poupança popular, em razão de sorteios televisivos pelo sistema "0900", consideradas ilegais pelo Ministério Público Federal, consoante apurado em Inquérito Civil Público, confrontar seus termos com o procedimento adotado para os sorteios descritos na inicial e, como consequência, aferir eventual dano causado.

INÉPCIA DA INICIAL

A [REDACTED] alega inépcia da inicial, por inadequação da via eleita, aduzindo que a via eleita correta para a análise da legalidade de ato normativo que regulamentou a Lei nº 5.768, de 20

de dezembro de 1971 é a Ação Direta de Inconstitucionalidade, de competência exclusiva do Procurador Geral da República. Não lhe assiste razão, contudo.

De início, destaque-se que não se discute a constitucionalidade de lei em tese, sequer cogita-se de reconhecer ou analisar a constitucionalidade da Lei nº 5768/71, mas a compatibilidade de ordenamentos infralegais aos seus termos e o procedimento adotado pelas partes envolvidas no sistema autorizado pelas Portarias mencionadas. Ademais, a inicial apresenta questão e procedimentos específicos, praticados com amparo em ordenamentos que estariam a contrariar referida norma, devendo ser analisado o caso concreto em face da legislação de regência.

Quanto à viabilidade e idoneidade do ajuizamento da ação civil pública, in casu pelo Parquet Federal, para a análise de situação concreta em face de determinado ordenamento e possível declaração de sua invalidade já se posicionou o Supremo Tribunal Federal, no RE 411.156, de relatoria do Ministro Celso de Mello, nos seguintes termos:

Se, contudo, o ajuizamento da ação civil pública visar, não à apreciação da validade constitucional de lei em tese, mas objetivar o julgamento de uma específica e concreta relação jurídica, aí, então, tornar-se-á lícito promover, incidenter tantum, o controle difuso de constitucionalidade de qualquer ato emanado do Poder Público. (...) É por essa razão que o magistério jurisprudencial dos Tribunais inclusive o do STF (Rcl 554/MG, rel. min. Maurício Corrêa - Rcl 611/PE, rel. min. Sydney Sanches, v.g.) - tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal (...).

No mesmo sentido já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA VISANDO A ANULAR ATOS ADMINISTRATIVOS CONCESSIVOS DE BENEFÍCIO FISCAL A DETERMINADA EMPRESA. TUTELA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. SÚMULA 329/STJ. CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE. CABIMENTO. 1. A restrição estabelecida no art. 1º, parágrafo único da Lei 7.347/85 ("Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos (...) cujos beneficiários podem ser individualmente determinados") diz respeito a demandas propostas em favor desses beneficiários. A restrição não alcança ação visando a anulação de atos administrativos concessivos de benefícios fiscais, alegadamente ilegítimos e prejudiciais ao patrimônio público, cujo ajuizamento pelo Ministério Público decorre da sua função institucional estabelecida pelo art. 129, III da Constituição e no art. 5º, III, b da LC 75/93, de que trata a Súmula 329/STJ. 2. A ação civil pública não pode ter por objeto a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos. Todavia, se o objeto da demanda é a declaração de nulidade de ato administrativo concreto, nada impede que, como fundamento para a decisão, o juiz exerça o controle incidental de constitucionalidade. 3. Recurso especial provido. (REsp 760.034/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/03/2009, DJe 18/03/2009)

Portanto, o presente caso não cuida de controle de constitucionalidade, medida que, aliás, seria cabível incidenter tantum em sede ação civil pública. O que se discute é a legalidade das Portarias nº 413/97 e nº 1285/97, valendo ressaltar que a jurisprudência admite tal controle pela via judicial e, destaque-se, em sede de ação coletiva. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ANISTIA DE MILITAR. ANULAÇÃO. PRESTAÇÃO CONTINUADA. RESTABELECIMENTO. MANUTENÇÃO DA LIMINAR CONCEDIDA. 1. Trata-se de Agravo Regimental interposto contra decisão que concedeu liminar para suspender os efeitos da Portaria que anulou anistia de militar. 2. O argumento de que o poder de autotutela da Administração Pública foi inibido pelo ato judicial é genérico e irrelevante, pois, como se sabe, todo e qualquer ato

administrativo está sujeito ao controle de legalidade no âmbito do Poder Judiciário. 3. A tese de configuração ou não da decadência diz respeito ao mérito, e será analisada em momento adequado. 4. No juízo provisório que caracteriza a decisão liminar, a parte impetrante demonstrou o preenchimento de seus requisitos (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), tendo em vista a presunção de boa-fé e os prejuízos que serão por ela suportados na hipótese de imediata supressão de pagamento de benefício mensal de natureza alimentar. 5. Agravo Regimental não provido. (AgRg no MS 18.148/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/11/2012, DJe 01/02/2013)

PROCESSO CIVIL. AGRAVOS LEGAIS. ARTIGO 557 DO CPC. ADMINISTRATIVO. SISTEMA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. EXCLUSIVIDADE DA ANATEL NA APLICAÇÃO DE SANÇÕES. IMPOSSIBILIDADE. POSSIBILIDADE DE GRAVE LESÃO AO CONSUMIDOR. AUSÊNCIA DE DANO MORAL COLETIVO. RECURSOS IMPROVIDOS. - Com efeito, o Decreto n. 2.338 de 07 de Outubro de 1997 aprovou o regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações. Tanto o decreto como o regulamento por ele aprovado constituem atos administrativos, o primeiro tem a finalidade de dar vigência a uma norma e o segundo se presta a especificar o conteúdo de uma lei, facilitando a execução dela, orientando a aplicação e dirimindo minúcias que pelo diploma legal não foram abarcadas. - Nesse sentido, destaco as ponderações de Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, 38 Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 189): "Os regulamentos são atos administrativos, postos em vigência por decreto, para especificar os mandamentos da lei ou prover situações ainda não disciplinadas por lei. Desta conceituação ressaltam os caracteres marcantes do regulamento: ato administrativo (e não legislativo); ato explicativo ou supletivo da lei; ato hierarquicamente inferior à lei; ato de eficácia externa. (...)". - No mesmo sentido leciona Celso Antônio Bandeira de Mello na obra Curso de Direito Administrativo (29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012): "(...) pode-se conceituar o regulamento em nosso Direito como ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública (...)". - De fato, não compete ao Judiciário o controle de atos administrativos. A incursão do Judiciário nesta seara somente se justifica se a presunção de legitimidade do ato for elidida ou se o ato administrativo afrontar disposição de lei. Ausente uma destas situações, então estar-se-ia diante da violação à separação funcional do poder público. - É notório o fato de que dentro da tripartição funcional cada setor do Poder Público possui funções típicas e atípicas, e assim como cabe ao Legislativo fiscalizar as contas do Executivo, o Judiciário se sujeita a norma contida do art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, segundo a qual "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". - Nos termos da referência principiológica constitucional inserta no art. 37, "caput", da CF, a Administração Pública, quando da manifestação de vontade de seus agentes, há de caminhar de acordo com os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. - Portanto todos os agentes públicos estão obrigados por disposição constitucional e infraconstitucional a se conduzirem segundo esses princípios de ordem tal que o Estado e seus interesses primários sejam atendidos pelo administrador, com a adequada valoração dos interesses da coletividade administrada. - Nesse contexto, leciona Hely Lopes Meireles na obra Direito Administrativo Brasileiro (38ª Ed, Malheiros Editores, São Paulo: 2012): "Todo ato administrativo, de qualquer autoridade ou Poder, para ser legítimo e operante, há de ser praticado em conformidade com a norma legal pertinente (princípio da legalidade), com a moral da instituição (princípio da moralidade), com a destinação pública própria (princípio da finalidade), com a divulgação oficial necessária (princípio da publicidade) e com presteza e rendimento funcional (princípio da eficiência). Faltando, contrariando ou desviando-se desses princípios básicos, a Administração Pública vicia o ato, expondo-o a anulação por ela mesma ou pelo Poder Judiciário, se requerida pelo interessado." No presente caso, entendo que a atuação do judiciário encontra guarida, pois o Ministério Público Federal obteve êxito na tarefa de demonstrar a ocorrência de ato administrativo capaz de lesar o consumidor, haja vista o abuso de poder nele contido, bem como evidenciou a violação que tal ato representa aos princípios da impessoalidade e da supremacia do interesse público sobre o privado - A determinação acerca da competência da Agência prevalecer sobre a de outras entidades destinadas à defesa do consumidor fere a impessoalidade que deve nortear a criação dos atos administrativos. É sabido que no Brasil há um Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e que "o consumidor" pode e deve buscar os meios que estiverem a sua disposição para defender seus direitos e interesses. Se um determinado órgão deste sistema nacional deve ter competências privativas ou exclusivas em detrimento dos demais, cabe à lei, em decorrência do princípio da legalidade, dispor a esse respeito. Ademais, a previsão de que caberá com exclusividade à Anatel a aplicação das sanções previstas no art. 56, incisos VI, VII, IX, X e XI do Código de Defesa do Consumidor cria um direito que conflita com o art. 55 do CDC, vez que tal dispositivo, em seu parágrafo

1º, confere à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a atribuição de fiscalizar e controlar "a produção, industrialização, distribuição, a publicidade de produtos e serviços e o mercado de consumo, no interesse da preservação da vida, da saúde, da segurança, da informação e do bem-estar do consumidor, baixando as normas que se fizerem necessárias". - Ora, se os entes federativos devem fiscalizar e controlar aspectos relativos à produção e distribuição de produtos e serviços, inclusive baixando normas que forem necessárias, não seria razoável esperar que diante da ocorrência de uma prática ilegal ou abusiva no âmbito das relações de consumo, nada possam fazer e devam ficar como meros espectadores em razão da exclusividade conferida à Anatel para aplicar determinadas sanções administrativas. - Além disso, o parágrafo único do art. 56 do CDC preconiza que: "As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo". - Desse modo, não há dúvidas de que o Código de Defesa do Consumidor autorizou que sanções administrativas fossem aplicadas não só pela autoridade administrativa competente como também no curso de procedimentos administrativos, o que se justifica pela existência de outros órgãos componentes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor que foram incumbidos pelo art. 3º, X do Decreto n. 2.181/97 da fiscalização e aplicação das sanções administrativas previstas pela Lei n. 8.078/90. - Ademais, a administração pública deve respeitar, na produção de atos administrativos, o princípio da legalidade em sentido amplo, e observa-se por meio da presente ação que foram violadas, além das disposições legais e principiológicas adrede mencionadas, as constantes do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor. - Deveras, a concentração, nas mãos de uma única autoridade, da possibilidade de aplicação de sanções para aqueles que ferem os direitos do consumidor de serviços de telecomunicações, bem como a concessão de privilégios à Anatel no que tange à sobreposição de sua competência em relação a outros órgãos instituídos e voltados à defesa do consumidor coloca em risco a prevenção de danos patrimoniais e morais individuais, coletivos e difusos. - Entretanto, embora o regulamento vigente viole princípios administrativos e represente uma afronta a outras legislações, não há comprovação nos autos de que a Fundação Procon em São Paulo tenha deixado efetivamente de celebrar Termo de Cooperação com a Anatel unicamente em razão do parágrafo único do art. 19 do regulamento da Agência. - Ademais, mesmo diante de tal ocorrência, não há demonstração da concretização de algum dano moral causado pelo regulamento da Anatel aos consumidores. O que se verifica no presente caso é a possibilidade de que venham à existência danos não só morais, mas patrimoniais também, porém, não se pode tratar a expectativa como fato produzido e acabado. - Como é cediço a indenização por dano moral é uma compensação pela ofensa à vítima e busca valorizar o íntimo do ser humano, amenizando os efeitos causados por eventuais violações a direitos que lhe são caros e inatos, como a imagem, a reputação, a integridade moral e a honra. - A principal finalidade da indenização por danos morais é atenuar as consequências do prejuízo verificado, já que o sofrimento, o constrangimento e outros dissabores experimentados não podem ser plenamente reparados. - No entanto, quando se fala em dano moral coletivo, é desnecessária a demonstração de que determinada coletividade sentiu dor, repulsa ou indignação. A existência do dano moral coletivo depende da ofensa a interesses legítimos, valores e patrimônio ideal de uma coletividade que devam ser protegidos. Porém, não se pode perder de vista que não é qualquer ofensa a interesses de uma coletividade que merece a indenização por dano moral. A violação ocorrida deve ser significativa, intolerável e grave a ponto de produzir intranquilidade social. Observados esses requisitos e ausente justificativa para o ocorrido, tem-se a necessidade de condenação da parte que lesa os valores de determinado grupo de indivíduos. - No presente caso, embora o parágrafo único do art. 19 do Decreto n. 2338/97 represente uma afronta à legislação vigente e ofenda o direito de consumidores de telefonia recorrerem a outros órgãos de proteção de direitos e interesses do consumidor, não vislumbro a ocorrência de dano moral coletivo. - O transtorno gerado pelo aludido dispositivo pode ser combatido de diversas formas, até porque um regulamento não pode se sobrepor as leis que autorizam a existência e funcionamento do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. Assim, o que existe é o perigo de grave lesão, entretanto, uma vez que a intranquilidade social produzida pelo regulamento é relativa, descabe a condenação da Anatel à indenização. - Por fim, saliento que dentro dos limites e atribuições conferidos ao Judiciário, é inviável a anulação do regulamento de forma geral e abstrata pela via da Ação Civil Pública, de modo que somente é possível nesta esfera a concessão de medida que venha a tutelar os interesses dos consumidores do setor de telecomunicações diante dos efeitos concretos do ato administrativo normativo ilegal, razão pela qual se justifica a atuação e a representação pelo Ministério Público Federal, na forma dos artigos 1º e 4º da Lei n. 7.347/85. - Recursos improvidos. (Ap

00090292020024036100, Des. Fed. MÔNICA NOBRE, TRF3, e-DJF3 Judicial 1 14/03/2016)

Posto assim, não se cuida de aferir a constitucionalidade dos atos normativos objurgados, mas, repise-se, as suas conformidades com a lei subjacente em tempo e modo como foram editados. As Portarias, como atos administrativos que são, gozam de presunção de legitimidade e, a princípio, licitude, entretanto na sua edição elas não podem desbordar do ordenamento que lhe antecede, estando vinculada as suas motivações ao que vem predefinido em lei.

Assim, em situação objetivamente apresentada, poder-se-á aferir o comportamento do administrador ao editar os atos e se estes se mostraram lesivos aos interesses dos consumidores, tal como requerido, ou, ainda, se o procedimento praticado com base nos instrumentos legais foi lesivo ou praticado em desconformidade com seus espíritos.

Nestes termos afasto a alegada inépcia da inicial.

ILEGITIMIDADE AD CAUSAM

A preliminar de ilegitimidade passiva ad causam arguida pela recorrente [REDACTED] ao argumento que não foi idealizadora e produtora do programa, por ser mera transmissora de publicidade de sua anunciante é questão debatida por todas as demais corrés, que da mesma forma cederam o espaço para a veiculação de horário televisivo, essa relação jurídica é questão que deve ser aferida no mérito, porquanto se encontra intimamente ligada aos fatos, objeto do pedido, razão pela qual afasto a referida preliminar.

CARÊNCIA DA AÇÃO POR AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE E LESIVIDADE

A preliminar de carência da ação, levantada por [REDACTED], ao argumento de ausência de prejuízo ao erário, por ter havido mero cumprimento dos atos administrativos, os quais, por sua vez, alega serem lícitos a habilitar os sorteios por mídia, sem qualquer desvirtuamento na aplicação dos recursos oriundos desses sorteios, por terem sido pagos todos os tributos devidos como decorrência desses eventos, insere-se no mérito da demanda, cuja análise contextual será feita no curso do voto, sendo rechaçado, igualmente o tema como questão preliminar.

ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

A [REDACTED] (atual denominação TV [REDACTED] LTDA) arguiu a preliminar de ilegitimidade ativa ad causam do Ministério Público Federal para o pedido de sentença condenatória em relação às entidades filantrópicas, por terem estas capacidade e personalidade jurídicas próprias, não se confundindo o pleito com a tutela e defesa dos direitos individuais homogêneos.

A questão suscitada em sede preliminar se encontra superada pela coisa julgada. Conforme instrução levada a efeito, num primeiro momento o feito foi extinto sem julgamento do mérito, tendo sido acolhida essa preliminar de ilegitimidade do Parquet Federal. Em recurso de apelação o v. acórdão reformou o decisum de primeiro grau, reconhecendo a legitimidade do Ministério Público Federal para esta ação, determinando o seu prosseguimento. Conforme ementa a seguir transcrita:

PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LEGITIMIDADE ATIVA - DEFESA COLETIVA. 1O Ministério Público tem legitimidade para o ajuizamento de ação civil pública onde se discute a legalidade da realização de sorteios por entidade filantrópica com base na Portaria 413/97 e na Portaria 1285/97, bem como das atividades de sorteio televisivo por parte das co-rés que tenham como base as citadas portarias. 2- Afastada a preliminar argüida e acolhida pelo MM. Juiz "a quo". 3- Reformada a sentença, cabe o retorno da presente ação para o Juízo de origem para a apreciação do mérito. 4- Providas a apelação e a remessa oficial, tida por ocorrida.

Em relação ao pedido específico ora suscitado, por ocasião do julgamento dessa preliminar, a Excelentíssima Desembargadora Federal Cecília Marcondes destacou, a partir da conceituação dos interesses homogêneos defendidos, que os direitos envolvidos se regiam em função da origem comum, da relação fática, da divisibilidade e determinabilidade do grupo de pessoas titulares dos interesses em foco, para concluir que a legitimidade em questão tinha como fundamento, in verbis: "a natureza dos interesses questionados, quais sejam direitos individuais homogêneos, bem como no relevante interesse social, relacionando a sua defesa, em conformidade com os ditames constitucionais (art. 129, inc. III, CF) da mesma forma que com base no Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 82, inc. I."

Destaco, ainda, que a matéria foi objeto de recurso ao Superior Tribunal de Justiça que analisou o tema, mantendo o Ministério Público Federal no polo ativo, conforme ementas destacadas à f. 4344, f. 4344 e agravo regimental à f. 4372, com trânsito em julgado em 03 de fevereiro de 2011.

Assim, considerando a legitimidade ministerial foi reconhecida e objeto de todos os recursos possíveis, não havendo nada a decidir a esse respeito, porquanto coberta pela coisa julgada, não há como excluir as entidades filantrópicas desse contexto, diante da unidade fática estabelecida por meio das Portarias que lhe deram origem.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA

Não se vislumbra, da mesma forma, o alegado cerceamento do direito de defesa, seja por conta da alegada inconsistência das provas insertas no Inquérito Civil Público 9/97, seja pela aventada impossibilidade de confronto dessas provas, sob o crivo do contraditório.

O Inquérito Civil Público foi instruído com provas fornecidas pelas corrés e pela Telesp e integraram os autos na sua instrução, sendo suficientes ao julgamento da lide. Foi oportunizada às partes a manifestação sobre todos os documentos para contraditá-los, o que não ocorreu, eis que não produzidas provas em sentido contrário em face da apuração original.

Os documentos acostados aos autos pelas partes foram suficientes à análise e julgamento da lide. Além disso, vale lembrar que o inquérito civil possui natureza de produção antecipada de provas, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o que reforça o entendimento no sentido da inexistência de cerceamento do direito de defesa. Confira-se: REsp 448023/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 09/06/2003; REsp 644994/MG, Rel. Min. João Otávio DJe de 21/03/2005

MÉRITO

No mérito, sustenta o Ministério Público Federal a necessidade de sustação das Portarias nº 413/97 e nº 1285/97, editadas pelo Ministro da Justiça, em face das regras rígidas traçadas pela Lei nº 5.768, de 20 de dezembro de 1971. Sustenta que essas normas atentam contra a Lei, por se mostrarem ilícitas ao propósito originalmente legislado, especialmente em relação à adoção de sorteios televisivos por meio da linha telefônica "0900".

Inicialmente, deve ser destacado que a Lei nº 5.768/71 é anterior à vigência da Constituição Federal de 1988, e foi regulamentada pelo Poder Executivo, por meio do Decreto nº 70.951, de 9 de agosto de 1972, que estabeleceu critérios e condições para a distribuição gratuita de prêmios, mediante sorteio, vale-brinde ou concurso, dentre eles que:

"nenhuma outra pessoa natural ou jurídica, inclusive as sociedades e associações civis de qualquer natureza, poderá participar do resultado financeiro da promoção publicitária de que trata o artigo 1º, ainda que a título de recebimento de "royalties", aluguéis de marcas, de nome ou assemelhados, ou outra qualquer vantagem" (art. 7º);

Bem assim que:

"Não serão autorizadas a distribuir prêmios, por qualquer dos meios estabelecidos neste Regulamento, as pessoas naturais ou jurídicas prestadoras de serviço e assemelhadas, ou quaisquer outras entidades que não reunirem as condições previstas no artigo 2º" (art. 9º);

E, ainda, que:

"Não serão autorizados os planos que: I - Importem em incentivo ou estímulo ao jogo de azar; II - Proporcionem lucro imoderado aos seus executores; III - Permitam ao interessado transformar a autorização em processo de exploração dos sorteios, concursos ou vales-brindes, como fonte de receita; (...) V - Propiciem exagerada expectativa de obtenção de prêmio" (art. 11)

Após o marco constitucional de 1988, por meio da Medida Provisória nº 1.302, de 9 de fevereiro de 1996 e reeditada sob o nº 1.549-29, de 15 de abril de 1997, o Ministério da Justiça dispôs sobre a autorização para a realização de sorteios por entidades filantrópicas, por meio das Portarias nº 413/97 e 1285/97, regulamentando a emissão de autorização para realização de sorteios por entidades filantrópicas.

Anoto que a Medida Provisória 1.302, e suas reedições, foi convertida na Lei 9.649, de 27 de maio de 1998, e ao dispor sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios foi silente quanto à competência do Ministério da Justiça sobre a disciplina infralegal da matéria objeto da Lei nº 5.768, entretanto, à época em que editadas tais Portarias o Ministério da Justiça tinha atribuições para fazê-lo.

Diante dessas premissas as Portarias ora impugnadas estabeleceram critérios para a autorização e realização de sorteios por entidades filantrópicas, no contexto veiculado pela lei, em especial o estabelecido pelo artigo 4º, da Lei nº 5.768, in verbis:

Art. 4º Nenhuma pessoa física ou jurídica poderá distribuir ou prometer distribuir prêmios mediante sorteios, vale-brinde, concursos ou operações assemelhadas, fora dos casos e condições previstos nesta lei, exceto quando tais operações tiverem origem em sorteios organizados por instituições declaradas de utilidade pública em virtude de lei e que se dediquem exclusivamente a atividades filantrópicas, com fim de obter recursos adicionais necessários à manutenção ou custeio de obra social a que se dedicam. (Redação da pela Lei nº 5.864, de 12.12.72)

§ 1º Compete ao Ministério da Fazenda promover a regulamentação, a fiscalização e controle, das autorizações dadas em caráter excepcional nos termos deste artigo, que ficarão basicamente sujeitas às seguintes exigências: (Incluído pela Lei nº 5.864, de 12.12.72)

a) comprovação de que a requerente satisfaz as condições especificadas nesta lei, no que couber, inclusive quanto à perfeita regularidade de sua situação como pessoa jurídica de direito civil; (Incluída pela Lei nº 5.864, de 12.12.72)

- b) indicação precisa da destinação dos recursos a obter através da mencionada autorização; (Incluída pela Lei nº 5.864, de 12.12.72)
 - c) prova de que a propriedade dos bens a sortear se tenha originado de doação de terceiros, devidamente formalizada; (Incluída pela Lei nº 5.864, de 12.12.72)
 - d) realização de um único sorteio por ano, exclusivamente com base nos resultados das extrações da Loteria Federal somente admitida uma única transferência de data, por autorização do Ministério da Fazenda e por motivo de força maior. (Incluída pela Lei nº 5.864, de 12.12.72)
- § 2º Sempre que for comprovado o desvirtuamento da aplicação dos recursos oriundos dos sorteios excepcionalmente autorizados neste artigo, bem como o descumprimento das normas baixadas para sua execução, será cassada a declaração de utilidade pública da infratora, sem prejuízo das penalidades do art. 13 desta lei. (Incluído pela Lei nº 5.864, de 12.12.72)
- § 3º Será também considerada desvirtuamento da aplicação dos recursos obtidos pela forma excepcional prevista neste artigo a interveniência de terceiros, pessoas físicas ou jurídicas, que de qualquer forma venham a participar dos resultados da promoção. (Incluído pela Lei nº 5.864, de 12.12.72)

Alega o Parquet Federal que as corréis atuaram de forma lesiva aos interesses dos consumidores, sendo a entidade filantrópica "MERA DESPESA", pois o benefício e o proveito econômico arrecadado pelo sistema de concursos voltavam-se para os organizadores dos sorteios.

Inicialmente a Portaria nº 413 estabeleceu que para a participação em sorteios a autorização seria conferida apenas a instituições com fins exclusivamente filantrópicos, consoante estabelecido no seu artigo 2º:

Art. 2º. A autorização somente poderá ser concedida a instituições de fins exclusivamente filantrópicos, declaradas de utilidade pública por decreto do Poder Executivo Federal e que visem obter, mediante a realização de sorteio, recursos para a manutenção ou custeio da obra social a que se dedicam.

Segundo apurado pelo Parquet, as empresas que patrocinavam os sorteios procuravam as entidades filantrópicas e, como procuradoras de tais entidades, intermediavam junto aos órgãos administrativos competentes, todos os documentos e atos indispensáveis à execução dessa finalidade e, mais, convenciam-nas e ofereciam o produto, realizando de forma unilateral, com o desconhecimento das entidades filantrópicas, o procedimento e os meios empregados para tal realização. Entretanto, é certo, de acordo com a norma atacada, que tanto a instituição beneficiária da autorização quanto a pessoa jurídica contratada ou conveniada seriam responsáveis pela execução do evento.

De acordo com a lei, para que o procedimento pudesse ser realizado, os interessados deveriam observar determinados requisitos, conforme estabelecido no artigo 4º, da Lei nº 5.768, consistente na "indicação precisa da destinação dos recursos a obter mediante a autorização"; e na "prova de que a propriedade dos bens a sortear se tenha originado de doação ou promessa irrevogável de doação de terceiros, devidamente formalizada". Essas regras foram reproduzidas na Portaria 413/97, porém, não foram atendidas pelas operadoras contratadas para a execução dos concursos.

O procedimento adotado para a realização dos sorteios, em prol das entidades filantrópicas, era pelo sistema telefônico 0900.

Os serviços praticados pelo 0900, instituído pela Telebrás, código de amplitude nacional, eram explorados pela Telesp para os mais variados serviços de telecomunicações. Os provedores contratantes da Telesp, ao recorrerem a esse serviço, de acordo com o tráfego de ligações por provedora, arcariam com um percentual de 15% do valor da chamada, caso essa ocorresse na área de concessão da Telesp.

O valor unitário para a ligação no sistema "0900" não era o mesmo cobrado pelo usuário dos serviços de telefonia regular. Para cada ligação cobra-se o valor unitário de R\$3,00, excluído o percentual de 15%, sendo retido pela empresa de telefonia R\$0,45, e repassado às contratadas do sistema a importância de R\$2,55. Essa diferenciação do custo da ligação em relação aos serviços regulares de telefonia ocorre por ser considerado um mecanismo de exploração comercial de informações, conforme se extrai, a título de

exemplo, dos contratos firmados entre a Telesp e [REDACTED] (f. 586-598) e Cartas Reversal (f. 599- 601, 602, 660, 664, 676, 704, 736, 768, 771) e os planos de sorteios, entre Telesp e MH - COMUNICAÇÕES (f. 804-823) e Cartas Reversal (f. 825-827, 834-836, 849-851) e os planos de sorteios, mecanismo utilizado por todas as corrés, para que o sorteio fosse implementado na forma querida.

De acordo com o tráfego dos serviços pertinentes à Telesp, no período de vigência da Portaria 413/97, ou seja, de janeiro/97 a agosto/97, encontram-se dentre as provedoras as corrés [REDACTED] e [REDACTED] (f. 1950-1960), e o custo com esse tipo de telemarketing [REDACTED] o foi de R\$4.749.102,68 (f. 492-495).

O sistema de serviços utilizando o "0900" foi objeto de Comissão Parlamentar de Inquérito - CPI, instaurada pela Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, especialmente em relação aos sorteios praticados com fundamento nas Portarias 413/97 e 1258/97, tendo como Presidente o Deputado José Carlos Yonin, que em 09 de março de 1999, assim concluiu:

"De tudo visto e apurado, há de deduzir que os sorteios filantrópicos 0900, via portarias 413/97 e 1258, do Ministério da Justiça e sorteios ABLE-LOTTERJ, só serviram para deixar em descrédito as entidades assistenciais e alavancar o faturamento das redes de TV e de empresas [REDACTED] as, em detrimento dos crédulos consumidores e da verdadeira filantropia.

Nessas promoções houve desvio de finalidade e violação à Lei nº 5.768/71 que veda claramente, que outras pessoas físicas ou jurídicas participem dos resultados dos sorteios realizados em nome de instituições assistenciais.

Enfim, os concursos ditos filantrópicos e outros com todos esses vícios e ilegalidades tolerados pelas autoridades, se prestam a mascarar, acobertar, a ilegal prática do jogo de azar, via prefixo 0900, por meio das redes de TV, concessão de serviço público, cabendo agora às autoridades competentes restaurar a moralidade e punir aqueles que se locupletaram ilicitamente, ressarcindo o erário público e consumidores.

Requeiro que cópias deste Relatório sejam encaminhados ao Sr. Presidente da República, Ministro da Justiça, aos Presidentes do Senado e Câmara Federal, ao STF, STJ, Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Procurador-Geral da República e Procurador de Justiça do Estado de São Paulo".

Na espécie, necessário se estabelecer a correlação entre o sistema 0900, a pretensão não só do usuário da linha telefônica, como das Entidades Filantrópicas, das intermediadoras/prestadoras/provedoras dos serviços e das redes de TV, em relação aos ordenamentos que admitiram os sorteios na forma da Lei nº 5.768/71.

Os fatos apresentados colocam o consumidor como o destinatário de determinado bem, o qual, por meio da chamada pelo sistema 0900, disponibilizada para todo o território nacional, era convidado a participar dos sorteios, concorrendo a esses prêmios, sem qualquer ônus. Para concorrer bastava o consumidor responder as mais diversas perguntas veiculadas pela emissora de televisão por meio da chamada 0900, como, por exemplo, ao resultado de uma partida de futebol, ou respostas dentro de um determinado contexto que poderia ser um "sim" ou um "não", ou, ainda, tendo por base o resultado da Loteria Federal. Uma vez sorteado, na entrega do prêmio, os ganhadores deveriam comprovar, por meio da conta telefônica quitada, o registro da ligação feita. Vê-se pelo procedimento adotado, pelas rés, que havia rígido controle das ligações efetuadas para o sistema 0900, a ponto de ser identificado o ganhador do prêmio, tão somente pela prova da ligação feita na conta de telefone.

As entidades filantrópicas, de outro lado, por meio de contratos escritos, autorizavam as contratadas a realizarem os sorteios de eventos, na forma das Portarias que regulamentaram a lei, e a administrarem tais sorteios, ficando ainda com a responsabilidade de arcarem com eventualidades ocorridas, como em caso de cancelamento, assim como pela contratação de serviços ou de empresas prestadoras desses serviços, desde que exclusivamente destinadas ao evento, em especial as detentoras do Sistema de Processamento de Dados e Telefonia e patrocínios alternativos à sua realização. Deveria a contratada, na concretização do objeto contratual, providenciar toda a documentação indispensável à sua operacionalização, inclusive documentos das contratantes junto aos órgãos públicos, podendo, para isso, utilizar a imagem da entidade filantrópica respectiva em eventual entrega de prêmios. As contratadas, pela prestação dos serviços, receberiam um porcentual sobre a receita auferida e contratariam, a suas

expensas, a empresa de auditoria para o acompanhamento do sorteio, com a finalidade de atestar sua lisura.

Anoto que as contratações de empresa para auditoria dos sorteios realizados não implicam, por si só, no reconhecimento de suas legitimidades, porquanto cabe ao auditor identificar e aferir se o sorteio foi feito de acordo com as regras estabelecidas, ou seja, se o número de participantes estava correto, se o bem destinado ao sorteio existiu e foi entregue ao ganhador, se a veiculação correspondia ao certame, dentre outras ações. O auditor em momento algum invade a seara dos negócios que antecedem o sorteio, apenas confere, in casu, se a autorização concedida pela Administração Pública foi adequadamente cumprida, sem se imiscuir nos fatos ou atos que implementaram os sorteios.

Embora o "0900" se afigure como um serviço de valor adicionado, não é a modalidade e o conceito desse serviço que se discute na análise do procedimento em julgamento, mas a forma como esse serviço foi colocado à disposição do usuário do sistema de telefonia, ou seja, o propósito de contribuir com doações a entidades filantrópicas e, ainda, com isso ser possível ganhar um prêmio.

Estimulavam as corré a prática do jogo, por meio de comunicação de massa, com atrativos, via de regra sorteio de veículos, aos telespectadores. Eram os usuários cativados por profissionais com representatividade pública inquestionável, como são os artistas de TV de renome e por programas de grande audiência, como são os campeonatos de futebol.

Aqui não se discute o valor da prestação do serviço ou a ausência de autorização pela utilização da linha para a cobrança do serviço, mas a legitimidade e legalidade do procedimento e sua indiscutível lisura, tanto em relação à Entidade Beneficente quanto ao telespectador.

Pelos contratos celebrados entre as Entidades Beneficentes e as prestadoras de serviços, vê-se que estas estabeleceram regras comuns, praticadas entre todas as corré, tidas como "quase de adesão", com poucas variações, supostamente em conformidade com as Portarias do Ministério da Justiça nº 413/97 ou Portaria nº 1.258/97.

Sob a ótica contratual, não podemos olvidar que os contratos bilaterais são informados pela autonomia da vontade. Segundo José de Oliveira Ascensão, "nem todas as consequências jurídicas ditadas pela regra resultam da mera verificação de fatos do mundo exterior; muitas vezes dependem precisamente de uma manifestação de vontade dos sujeitos nesse sentido" e prossegue: "O seu acordo é disciplina criada pelas partes mas integra-se na ordem jurídica. Por isso se diz que estas gozam de autonomia".

Essa distinção se mostra importante na análise de contratos, por serem eles negócios jurídicos pelos quais seus sujeitos manifestam suas vontades, chegando a um consenso positivo, ou ao atendimento mínimo, de todos os envolvidos. Para Ascensão, "Chama-se negócio jurídico a um acto, pelo qual as partes escolhem elas próprias os efeitos jurídicos a que ficarão subordinadas. A lei acolhe quanto possível estes efeitos queridos pelas partes. Isto é assim porque um dos princípios fundamentais das ordens jurídicas que, como a nossa, exprimem a mesma civilização, é o da autonomia privada".

Além da autonomia da vontade, importante para selar o consenso levado a efeito nos contratos bilaterais, é a liberdade de contratação, que deve observar vários princípios. É sempre bom lembrar que nos interessam apenas e tão somente as situações geradas pela autonomia da vontade que refletem determinado efeito jurídico, seja o comportamento decorrente dela contra ou conforme o Direito, ou o afrontoso aos fins queridos, sua teleologia. A declaração de vontades convergentes é uma das principais características dos acordos de vontades, confirmando o fato de se almejar determinada relação jurídico-negocial.

Os princípios fundamentais que regem os contratos no sistema brasileiro são: 1) os da boa-fé objetiva (art. 422 do Código Civil); 2) função social dos contratos (art. 421 do Código Civil; e 3) equilíbrio econômico e financeiro (arts. 317 e 478 do Código Civil).

A boa-fé objetiva nada mais é do que o respeito, pelos contratantes, à ética na elaboração dos contratos, desde o início até a sua conclusão, inserindo-se nas categorias da boa-fé objetiva (comportamental) e boa-fé subjetiva (de conhecimento psicológico do objeto contratado). O sistema jurídico trabalha com ambas as categorias: por exemplo, aquele que paga de boa-fé (boa-fé subjetiva) deve ter reconhecida a

sua quitação. Apenas a boa-fé objetiva é o conteúdo mínimo que se espera das partes, aplicando-se a ambos os contratantes, independentemente de ser hipossuficiente ou não. Pretensas vantagens a serem obtidas ilicitamente, por meio de contrato, violam a boa-fé objetiva, considerada esta como a ética mínima que se espera dos contratantes. Independentemente da vontade das partes, os deveres éticos deverão existir antes, durante e até após a contratação; são deveres integrativos das obrigações. Na ausência de ética nas contratações haveria violação positiva dos contratos, uma modalidade de inadimplemento, já que, embora as partes cumpram todas as obrigações contratuais, descumprem os deveres anexos, que são integrativos e vinculantes a ambos os contratantes. Esses deveres éticos são oriundos da própria lei, na medida em que ela determina que uma das funções contratuais é a de observância da boa-fé objetiva. Não adianta, por exemplo, apenas dar a coisa e pagar o preço, mas observar deveres que integram a contratação, como os de cooperação, de proteção e de informação, ou seja, a lealdade que envolve aquela relação jurídica, na concretização do negócio jurídico, além do pagamento e entrega do bem, deve observar a forma menos onerosa para qualquer das partes, pois, se ambas desejam o mesmo fim na consecução da negociação, não se pode considerar que o negócio se torne um litúgio entre elas, pois são parceiras; portanto, a lealdade e a cooperação deverão ser observadas por todos os envolvidos como um princípio anexo do contrato, que é a boa-fé objetiva.

A função social dos contratos tem como premissas o princípio da isonomia e o direito à propriedade, estabelecido no artigo 5º da Constituição Federal, especificamente o fundamento do inciso XXII, assim como o artigo 170, III, do mesmo Diploma Legal, pelos quais se estabelece que a "propriedade atenderá a sua função social", sendo, igualmente, um dos princípios da ordem econômica, destinandose a garantir a todos uma "existência digna, conforme os ditames da justiça social". Essa leitura constitucional se interliga ao Direito Civil, devendo ser conjugadas as interpretações, considerando que um dos fundamentos dos contratos é o de circulação de riquezas e essa circulação não poderá ser feita em dissonância com preceitos que não atendam a função social, porquanto a liberdade de contratar não poderá desatender o princípio da função social do contrato inserto na transmissão de bens, conforme dita o artigo 421 do Código Civil Brasileiro.

Caio Mário da Silva Pereira, ao discorrer sobre a função social, paralelamente à função econômica que lhe é inerente, afirma que [...] aquele que contrata projeta na avença algo de sua personalidade. O contratante tem a consciência do seu direito e do direito como concepção abstrata. Por isso, realiza dentro de suas relações privadas um pouco da ordem jurídica total. Como fonte criadora de direitos, o contrato assemelha-se à lei, embora de âmbito mais restrito. Os que contratam assumem, por momento, toda a força jurígena social. Percebendo o poder obrigante do contrato, o contraente sente em si o impulso gerador da norma de comportamento social, e efetiva este impulso.

Nesse contexto, pode-se observar que o contrato, não obstante tenha uma natureza econômica, de circulação de riqueza, pelo qual as partes buscam a sua satisfação individual, tem uma característica de facultatividade, pois se firma no consentimento (livre arbítrio) e na autonomia da vontade livre das partes; essa satisfação deverá também atender aos interesses sociais, ou seja, à coletividade, pois assente o interesse imposto legalmente da função social dos contratos, sendo relativos os seus efeitos quando desatendem a esse pressuposto principiológico. Pode-se concluir, neste ponto, que o contrato, ainda que seja firmado por vontade dos contratantes, estabelecendo a obrigação entre as partes, observa, num outro patamar, uma natureza de ordem pública, pois essa vontade e obrigação não poderão subtrair-se de princípios como o da observância da ordem social e função social da propriedade, portanto, ainda que o contrato seja inter partes, ele deve observância a preceitos externos.

Dessa forma, se um contrato viola direitos coletivos em sentido amplo dos consumidores, como os que protegem contra a formação de cartéis, obtenção de monopólio ou desestabilização da concorrência sobre determinado bem ou serviço, estará sob evidente contrariedade à função social prestigiada constitucionalmente, pois as partes atingidas não serão as contratantes, mas terceiros alheios à avença, porém prejudicados por ela.

A questão é tormentosa por falta de qualquer sanção legal expressa nesse sentido, ficando a cargo da jurisprudência e dos doutrinadores a árdua tarefa de analisar, nas hipóteses apresentadas, quando o contrato violou a função social, com consequências danosas, invalidando-o com fundamento no artigo 2.035, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro ou nulificando-os, na forma do artigo 166, inciso VII, do mesmo Códex, ou, ou, como na presente situação fática, arcando com indenização pela prática de abuso do direito, na forma dos artigos 187 e 927, ambos do Código Civil.

Ainda, por outra vertente, pode-se dizer que os contratos, por serem bilaterais, pelos quais um dos contratantes paga o preço e o outro entrega a coisa, são sinalagmáticos, mas para que se tornem viáveis mostra-se indispensável que eles sejam equilibrados em relação às partes, ou seja, deverá haver uma proporção entre o que se paga com o que se recebe, caracterizando o princípio do equilíbrio econômico financeiro, e a observância desse sinalagma contratual. Caio Mário da Silva Pereira afirma que "o contrato, com as vestes de um ato emanado de vontades livres e iguais, contém muitas vezes uma desproporcionalidade de prestações ou de efeitos em tal grau que ofende aquele ideal de justiça que é a última ratio da própria ordem jurídica" e, dessa forma, o princípio em questão só será aplicado se esse sinalagma for descumprido.

Este ponto é de primordial importância, pois se devem analisar os efeitos do objeto contratado sobre três óticas de atuação, a do usuário do sistema "0900" e o seu propósito, relativamente às doações a Entidades, a participação nos sorteios de prêmios e o contrato celebrado entre as Entidades e os prestadores dos serviços ou executores do sistema veiculado pela TV para a doação de bens e a prática televisiva, prática que foi determinante para o cumprimento da meta final do objetivo inicial, vale dizer, promover a veiculação de âmbito nacional do sorteio de bens como sendo um benefício social.

Necessário, pois, analisar se a atividade triangularizada entre as corréis, as Entidades Filantrópicas e os usuários do sistema 0900, com base em ato administrativo expedido para disciplinar a forma de atuação de todos os envolvidos, teve como foco o desvirtuamento do ordenamento, possibilitando que, com o acordo de vontades, fossem arrecadadas quantias astronômicas com diminuta distribuição aos beneficiários, para que se possa, ao final, constatar se esses atos foram ilícitos, por desconformidade com a lei e a seu espírito ou foram executados dentro de parâmetros para a sua exequibilidade, bem como aferir a razoabilidade na sua execução.

Essa análise triangularizada é fundamental em se tratando de ação civil pública, dada a natureza coletiva da demanda e os fins que ela protege, por gerar consequências para terceiros, ainda que não incluídos na lide, devido ao seu efeito erga omnes. Por meio dessa ação é possível identificar eventuais lesados e atribuir a responsabilidade dessas práticas, conforme estabelece o artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, que assim preconiza: "A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. (...) III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum". De forma que tanto o usuário-consumidor, quanto as Entidades Filantrópicas, todos os provedores/prestadores do serviço "0900", como as emissoras de TV têm interesse no deslinde da questão.

Alguns procedimentos praticados pelas corréis merecem destaque, para ao final concluir pela pertinência ou não de suas condutas.

Pelas provas produzidas pela TV [REDACTED], depreende-se que esta firmou contratos para operacionalizar o sorteio eletrônico, representada pelo Consórcio [REDACTED] com a [REDACTED], tendo como beneficiárias diversas entidades filantrópicas, dentre elas as APAE's de vários Estados da Federação e a [REDACTED], assumindo por esses instrumentos todas as despesas necessárias para a consecução desse objetivo, estabelecendo o dever da [REDACTED], por conta e ordem da [REDACTED], em lhe pagar 61% do valor recebido da [REDACTED] referente às ligações telefônicas, depois de deduzido o valor de R\$0,45 (quarenta e cinco centavos de reais), por ligação, pago à [REDACTED] pela prestação dos serviços desta, debitando-se, ainda, dos valores repassados os impostos incidentes sobre os prêmios doados pela [REDACTED], as despesas de entrega/liberação dos mesmos, limitadas a 5% (cinco por cento) do valor dos prêmios.

Informou a [REDACTED] (doc. 191/201) a relação dos sorteios realizados, o número dos certificados concedidos pelo Ministério da Justiça, a relação dos bens e respectivos valores, doados pela empresa, declinando o programa televisivo em que foram promovidos referidos sorteios, inclusive os ocorridos em eventos esportivos, sendo a maioria deles em diversos jogos do Campeonato Brasileiro e outro em luta de boxe "Myke Tyson e Evander Holyfield".

O Ministério Público Federal anexou aos autos o Contrato de Cessão de Direitos de Captação, e Fixação e Transmissão, por televisão, de jogos do Campeonato Brasileiro, mantido entre as cedentes e cessionárias, [REDACTED] e TV [REDACTED] Ltda respectivamente, pelo qual estabeleceram a partilha de receitas decorrentes das transmissões televisivas, incluindo o sistema

conhecido por TV [REDACTED], comercializados com terceiros (cláusula 5ª, p. 130), ressalvadas as remunerações estabelecidas aos cedentes (cláusula 7ª, p. 131), consistente em parcela fixa relativa a tais transmissões, pactuando que em caso de ser ultrapassado o valor estabelecido no contrato com o [REDACTED] incidiria o percentual de 50%, a favor do [REDACTED], relativamente à receita líquida obtida pela exploração econômica do espaço publicitário, estando incluído neste o sistema conhecido por TV [REDACTED], comercializado pela emissora.

A Confederação Brasileira de Futebol assinou, igualmente, com a [REDACTED] uma Carta-Acordo para a realização conjunta de promoção, concurso por telefone, tendo como base as transmissões dos jogos da [REDACTED], para a temporada 1997 (f. 146/148). Nessa Carta Acordo estabelecem regras para a distribuição dos custos realizados nos sorteios vinculados aos jogos, dentre os quais: (2) "Os custos da empresa operadora da promoção (a título de equipamentos, pessoal envolvido, emissão de comprovante para os sorteios), mais os custos das empresas de telecomunicação envolvidas (sic), não poderão ultrapassar 50% da arrecadação bruta gerada pela promoção"; e ainda que: (17) "Os custos referentes à compra e entrega de automóveis, à produção dos comerciais, cachês dos apresentadores [REDACTED], e os R\$100.000,00 (cem mil reais) do prêmio especial final, são responsabilidade do [REDACTED]/CBF e serão deduzidos do valor bruto arrecadado pela promoção."

O [REDACTED], representando as consorciadas [REDACTED] e [REDACTED], estabeleceram, entre si, instrumento particular para a assessoria e prestação de serviços (f. 138-145), em que um ofertava a tecnologia necessária para o processamento de chamadas, instalados nas dependências da [REDACTED], enquanto o outro produzia as mensagens publicitárias e as veiculava, cedendo espaço de mídia. Cabendo à [REDACTED] a responsabilidade pela obtenção do aceite com as entidades (cláusula 6ª), sendo os prêmios deduzidos dos valores arrecadados (cláusula 10ª) e a receita líquida, de acordo com o cálculo estabelecido entre as contratantes dividido na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada uma (cláusula 9ª).

Em relação às rendas obtidas com o sistema de sorteios, as planilhas que instruíram esta ação, emitidas pelas prestadoras de serviço, em relação ao [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED] e MH -

TELECOMUNICAÇÕES, além de demonstrar a fixação da taxa de 5% para as entidades filantrópicas, trazem a apuração da renda líquida dos sorteios praticados em diversas emissoras de TV, dentre as quais a [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED] e [REDACTED], relacionados a diversos programas televisionados, em horários e dias diversos, entre eles os seguintes programas:

, além de outros, praticados em diversas localidades do Brasil (f. 212 a 214 janeiro/97, f. 217 a 220 - fevereiro/97, f. 222 a 224, 244-247, 317, 327 (declaração da entidade em março, prestação de contas pela [REDACTED] sem indicação de data), 345, 375, 422 - março/97, f. 226/227, 248 - abril/97, f. 229 a 234, 249, 302, 307, 322, 338, 363, - maio/97, f. 250, 315, 357, 360, 382, 389, 444, 458 - junho/97, f. 236-237, 290, 369, 399, 423, 429, 460, 476 - julho/97, f. 469 - agosto/97, f. 308, 371, 426 - setembro/97, f. 297, 365, 386 - outubro/97), com diversidade de prêmios, sendo na sua maioria veículos automotores com variação de modelos, e, ainda, relógio Rolex, viagem a Nova York, joias, dentre outros, bem como a discriminação de pagamentos como cachês de apresentadores, mídia, comissão [REDACTED], custo do Provedor, custo fixo da Telesp, impostos e contribuições e ao final o valor destinado a Entidade.

Os contratos de operacionalização de sorteios firmados com as entidades filantrópicas, como as APAE's dentre outras (f. 241-243 - [REDACTED] [REDACTED] A, f. 284-287, 292-294, 298300, 319-321, 331-333, 341-343, 350-352, 377-379, 390-392, 401-403, 431-433, 440-442, 481-483 -

[REDACTED], f. 537-540, 541-545 [REDACTED]) denotam que as empresas conveniadas se obrigaram a encaminhar os pedidos de autorização junto aos órgãos administrativos e a operacionalizar os sorteios, arrecadando o numerário e arcando com as despesas dessas promoções, dentre as quais com publicidades, mídias, produção dos sorteios e respectiva administração, promovendo o desconto das despesas decorrentes dessas atividades.

As notas fiscais anexadas demonstram que os bens foram adquiridos em data posterior aos sorteios realizados, cito como exemplo, o concurso realizado no programa Raul Gil em 11/01/97, a declaração

de recebimento do bem pelo participante e contemplado no concurso em 12 de maio de 1997 (f. 265) e a nota fiscal emitida em seu nome em 30 de maio de 1997 (f. 264), procedimento comum adotado entre todas as corréis responsáveis pela prestação dos serviços, conforme se verifica à f. 263-280, f. 414 e 416.

Constatou-se nos autos a duvidosa procedência do bem indicado para o sorteio. As notas fiscais apresentadas comprovam que os bens foram adquiridos após a ocorrência do sorteio anunciado, em evidente ilegalidade, porquanto a lei dispõe que o bem a ser sorteado deveria ser doado para a entidade filantrópica, para só então ser sorteado, procedimento ignorado pelos patrocinadores do concurso. Algumas contratadas das entidades consignavam nas avenças que os bens eram doados por elas, o que, hipoteticamente facilitaria a emissão do Certificado do Ministério da Justiça para a realização do sorteio dos prêmios.

A doação deveria ser prévia, conforme prevê a legislação, contudo várias irregularidades foram detectadas, como a troca de um bem por outro, ofertava-se determinado bem para o concurso e na sua entrega outro era substituído em seu lugar, como no caso do sorteio de uma [REDACTED] e entrega de um Fiat [REDACTED] em seu lugar.

Afora isso, o bem teria que ser de produção nacional o que não ocorre com veículos importados, como no caso do sorteio de uma [REDACTED]. Nesse ponto, merece destaque que a operacionalização do sorteio era de responsabilidade de [REDACTED] (f.764-767), decorrente de contrato em benefício da [REDACTED], que comunicou a esta que o concurso não havia alcançado o índice necessário de ligações para que a Associação tivesse participação financeira. O sorteio foi realizado pela TV [REDACTED], no programa "[REDACTED]" e, embora tivesse sido entregue o veículo ao consumidor ganhador (modelo [REDACTED]), a Associação recebeu, a título de prêmio de consolação, a importância de R\$2.000,00 (dois mil reais), posteriormente completado, por suposta auditoria interna da [REDACTED], com o valor adicional de R\$3.021,93 (três mil, vinte e um reais e noventa e três centavos) (f. 472-474).

As entidades filantrópicas, por sua vez, deveriam apresentar o Certificado de Autorização para um único sorteio, entretanto, esses certificados eram emitidos em verdadeira afronta ao ordenamento, autorizando a administração federal o sorteio de vários bens em um mesmo dia para a mesma Associação (ex. f. 2666 - 5 veículos e 5 joias para serem sorteadas no dia 09/05/1998). Contudo, as entidades, por contrato, conferiram essa atribuição às prestadoras de serviços contratadas, agindo de forma indireta ao descumprimento do ordenamento.

Os destaques feitos denotam que a Lei nº 5768/71 foi descumprida sob várias formas, o artigo 2º foi descumprido quando pessoas jurídicas participaram do resultado financeiro da promoção publicitária; foi descumprido, ainda, o art. 4º da lei, pela realização de vários sorteios no mesmo ano, para a mesma beneficiária, não tendo sido justificado o motivo de força maior que lhes davam causa; descumpriu-se, ainda, esse artigo por ter sido desvirtuada a aplicação dos recursos oriundos dos sorteios, sob a justificativa de ter havido prestação de serviços à intermediadora contratada pela Entidade Assistencial, ou seja, outros contratos foram feitos utilizando-se os valores arrecadados para pagamentos de cachês e despesas diversas, alegadamente indispensáveis à sua execução; houve infringência, igualmente, ao artigo 7º, considerando que foi colocado em sorteio bem de produção estrangeira, não considerado como gênero de primeira necessidade ou de uso geral. O Poder Público infringiu a lei, omitindo-se ao dar autorização para a realização de eventos, sem a prova da capacidade financeira, econômica e gerencial das entidades interessadas, além dos estudos de viabilidade econômica dos planos e das formas e condições de emprego das importâncias a receber.

Nesse ponto, comungo do mesmo entendimento exarado na sentença quanto ao objetivo do ordenamento, proferido nos seguintes termos:

Tendo isso em conta, bem como que a Lei n. 5.768/71 coloca a instituição filantrópica como organizadora dos sorteios, os limita a um único sorteio por ano e exige que o prêmio seja doado formalmente por terceiros, eximindo a instituição de despesas até mesmo com isso, tenho que a finalidade da lei, "seu espírito", sempre foi o de restringir os eventos às forças e capacidades da instituição, mantendo-os em pequena frequência e escala, com a efetiva intenção de restringir ao mínimo possível tanto o acesso dos jogadores quanto a participação de terceiros em sua realização.

De outro lado, nem se diga que as Portarias do Ministro da Justiça legitimaram os atos praticados, considerando que, nesse aspecto, ou reproduziram o ordenamento mencionado, ou desbordaram dos seus termos, permitindo e concedendo, conforme exemplos citados, a autorização para a realização de mais de um sorteio por ano, por instituição, sem a prova do motivo de força maior comprovadamente justificado; legislando sobre ponto não previsto no ordenamento, como a permissão do pagamento de despesas administrativas vinculadas aos sorteios, relativas à publicidade, mídia e produção, com operação e administração do sorteio pela pessoa jurídica contratada ou conveniada para essa tarefa, custos de telefonia e taxas correspondentes.

Em poder regulamentar o Ministério da Justiça desbordou do ordenamento que regulamentava e criou uma verdadeira estrutura destinada a propagação de sorteios, sem qualquer controle do Poder Público, possibilitando lucros exagerados e em desconformidade com o espírito da lei, àqueles que não seriam os reais beneficiários, ou seja, as Entidades Filantrópicas. Não há mal algum em se lucrar com determinada atividade; o que não se mostra adequado é que o lucro seja retirado de fins nobres como é a assistência social aos necessitados.

Nem se diga que a Portaria MJ nº 1.285/1997 veio corrigir e coibir a forma de atuação das prestadoras de serviços, provedoras e emissoras de TV, embora exigisse mais cuidado das intervenientes/organizadoras dos eventos, com a especificação de seus dados, não restringiu a forma de atuação que vinha sendo praticada, pois o exemplo dado de vários sorteios para uma mesma Entidade foi autorizado na vigência dessa Portaria, em evidente ilegalidade e em desconformidade com a norma legal. A sangria dos jogos televisivos não foi coibida pela Portaria, exigindo apenas maiores dados e detalhes da prática e sistema de sorteios, sem, contudo, uma específica fiscalização pelo órgão competente. Não sem razão, esta prática foi objeto de uma CPI no âmbito legislativo do Estado de São Paulo, cuja conclusão já mencionamos, pois visivelmente prejudicial aos desvalidos e necessitados.

A Portaria MJ nº 1.285/1997 ateu-se nos critérios das Entidades beneficiárias para emissão dos certificados, porém manteve a autorização de a interessada firmar contrato ou convênio com pessoas físicas ou jurídicas, com o objetivo de administrar e/ou promover a realização do evento, cujos instrumentos deveriam ser encaminhados no ato da solicitação de autorização (art. 8º). Autorizou, ainda, o uso de tecnologias e métodos eletrônicos (como é o caso do sistema 0900) para a inscrição e participação em sorteios, com o acompanhamento de auditoria para a verificação da lisura dos sorteios (art. 10), ainda que se afirme que o uso desses procedimentos se conforma com a evolução tecnológica dos serviços de telecomunicações, o que viabilizaria um melhor resultado para os sorteios, os dados econômicos apresentados não revelam que as Entidades foram as grandes beneficiadas do sistema, mas as operadoras/provedoras e emissoras de TV. A auditoria contratada pelas prestadoras de serviços, embora atestassem a lisura dos sorteios, não ingressaram no mérito do proveito econômico pelas beneficiárias do sistema, sendo de pouca valia essas auditorias.

No que tange à prestação de contas a cargo das entidades beneficiárias, estas delegaram às prestadoras de serviços sua feitura, porém não detinham o pleno conhecimento desses custos, especialmente em relação àqueles praticados nos sorteios, sendo permitido pela Portaria MJ nº 1.285/1997 o abatimento das despesas com os custos de publicidade, mídia e produção do sorteio, bem assim, as despesas com operação e administração do sorteio pela organização contratada ou conveniada (arts. 26 e 27 da Portaria).

Vislumbra-se assim, que tanto a Portaria MJ de nº 413/97 quanto a de nº 1.285/1997 desbordaram do ordenamento, cuja regulamentação era pretendida, autorizando e permitindo uma verdadeira corrida aos sorteios de prêmios por meio de emissoras de TV, com despesas elevadíssimas e receitas diminutas às entidades interessadas, sendo incontroverso que as prestadoras/provedoras dos serviços e emissoras de TV recebiam a maior parte das receitas dos sorteios.

Nem se afirme que as Portarias editadas quando estabeleceram o recolhimento de tributos beneficiou a população por gerar renda ao poder público. Embora esse não seja o cerne da discussão travada, é consabido que o concurso de prognóstico, tal como concebido pela Constituição Federal para o financiamento da seguridade social, estabelecendo ser a receita dele proveniente passível de tributação, conceituada isoladamente, não confere a qualquer concurso de prognóstico a legitimidade que pretende

seja reconhecida nesta ação, tão somente pelo fato de sobre os recursos arrecadados incidirem contribuições devidas à Previdência. Os concursos são apenas fontes de receitas tributáveis pelos exploradores desse tipo de atividade, sejam elas pessoas de direito público ou da iniciativa privada.

A validade de tributação do concurso de prognósticos é assente na jurisprudência de nossa Corte Constitucional, in verbis: De fato, o art. 195, III, da Carta Magna, estabeleceu tão somente a possibilidade da seguridade social ser financiada por receitas de prognóstico. Por conseguinte, tal disposição não se refere à exploração de jogos de azar mediante pagamento, feita por particular, a qual, além disso, não se constitui sequer como atividade autorizada por lei [RE 502.271 AgR, voto da rel. min. Ellen Gracie, j. 10-6-2008, 2ª T, DJ de 27-6-2008].

Ademais, a atividade praticada é de todo perniciososa, levando o Supremo Tribunal Federal a reconhecer em Súmula Vinculante, sob o verbete de nº 2, a inviabilidade de se legislar sobre consórcios e sorteios, tendo como questão de fundo o jogo de bingo:

É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias (STF - Sessão Plenária de 30/5/2007, DJe nº 31 de 6/6/2007, DJ de 6/6/2007, DOU de 6/6/2007)

De qualquer forma, não perfilho do entendimento esposado na sentença que houve prática de jogos de azar. Os sorteios foram feitos e divulgados aos telespectadores com um objetivo definido, o de ajudar a entidades assistenciais e concorrer a prêmios. O concorrente tinha em mente que, além da possibilidade de ganhar um prêmio, estaria ajudando uma determinada Entidade Assistencial ou causa social.

A análise da afirmação das corrés de que as entidades beneficiárias não foram lesadas e participaram do sistema recebendo o que lhe era devido, excluídas as despesas de operacionalização dos sorteios, merece uma análise não em face da legislação, mas em torno do contrato celebrado com essas prestadoras de serviços, consoante premissas definidas anteriormente, relativamente aos princípios consagrados para os contratos celebrados entre particulares.

Não prospera a alegação de que as entidades eram convencidas a participar dos sorteios e foram lesadas por eles. Não entendo dessa forma. Em uma análise conjunta dos contratos celebrados com as prestadoras de serviços e diversas manifestações das entidades juntadas pelas corrés, destacamos que: 1) no contrato celebrado com as prestadoras de serviços, as entidades não tinham qualquer expectativa dos valores a receber relativamente às receitas auferidas e o resultados final nos sorteios praticados; 2)

ao contrário, autorizavam essas empresas intermediadoras a representá-las em todo o procedimento, desde a emissão do Certificado de Autorização junto ao Poder Público, até a emissão dos documentos necessários à sua execução; 3) não tinham, igualmente, qualquer despesa com a assinatura desses contratos, pois, conforme salientado, elas contratavam as prestadoras de serviços com bens já doados, por estas ou por terceiros interessados, como no caso da TV [REDACTED], tendo apenas aquiescido com a divulgação de sua imagem nos sorteios levado a efeito; 4) as correspondências juntadas por algumas corrés, como as de f. 2770-2775, revelam a satisfação dessas entidades com os recursos recebidos para a consecução de seus objetivos, seja porque não tinham ciência do valor a receber, seja porque não dispenderam quaisquer esforços para a prática dos sorteios, aguardando apenas o resultado financeiro, qualquer que fosse o valor.

Isso não significa abonar as práticas do Poder Público, como a edição de Portarias de duvidosa legalidade, ou das prestadoras de serviços, pela abusiva forma de apuração e desconto de despesas sobre a receita dos concursos de prêmios, mas apenas delimitar o prejuízo ou a suposta lesividade dessas entidades, que a meu ver não ocorreu, considerando a forma como participou do evento e manifestou a sua vontade, por meio do contrato celebrado, tendo recebido parcela dos valores apurados ainda que de pequeno montante.

Nesse ponto, concordo em parte com o entendimento e interpretação do decisor de primeiro grau em conferir à lei uma interpretação restritiva, diante do procedimento adotado pelas partes, em especial o resultado econômico dos sorteios, expressado nos seguintes termos:

Prima facie já se extrai que, qualquer que seja o entendimento jurídico adotado, a lei não tolera atravessadores, como diz a própria União. Com efeito, se os sorteios são aceitos com o fim de prover fundos de interesse público, se os prêmios devem ser doados e os sorteios limitados a um por ano, tampouco admite que se estabeleça o sorteio como atividade econômica, é a ela flagrantemente contrária a existência de qualquer empresa que se mantenha com sorteios, de qualquer atividade privada com o fim específico de lucrar com eles.

O art. 4º, caput, da lei em tela é expresso ao determinar que os sorteios devem ser organizados pelas instituições, portanto não cabe uma empresa que preste um serviço com o fim específico de realizar tal organização em seu lugar, fazendo-o em troca de parte, no caso maior que a da instituição, do produto do evento.

Dessa forma, como se extrai dos contratos estabelecidos entre as organizadoras e as instituições e do apurado no inquérito civil público - não contrariado minimamente por qualquer espécie de prova, já que as rés, não obstante as oportunidades, não produziram nenhuma, sequer um documento, menos um contrato -, a atividade desenvolvida pelas organizadoras é em si ilícita, pois desenvolvida e voltada especificamente para a distribuição de prêmios, organização e administração de sorteios televisivos via telefone, isto é, tais contratos têm por objeto rigorosamente a atividade de atravessadores, que a própria União em contestação reconhece ser ilícita.

Em suma, qualquer que seja a interpretação que se dê ao § 3º do art. 4º, a atividade das rés [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED] é em si ilegal, pois, pouco importando o nome jurídico que seja dado, de fato nada mais é que a de exploração de sorteios televisivos, tanto que a ré [REDACTED] assume à fl. 4931 que assim se mantinha, "levada à bancarrota e à paralisação de suas atividades" meramente pela interrupção de tais sorteios, que, porém, nos termos da lei se prestam exclusivamente ao sustento de instituições filantrópicas.

Nem se diga que as emissoras de TV, nesse contexto, foram meras transmissoras dos sorteios realizados e que somente cederam o espaço publicitário para esse fim, como fazem cotidianamente com outros clientes e, por isso, não estaria configurada a ilicitude alegada nos autos.

As emissoras de TV se adequam à figura de fornecedora de serviços, na forma preconizada pelo Código de Defesa do Consumidor, pois prestam serviços de telecomunicações, nos termos do artigo 6º, alínea "d" do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/62), na modalidade de radiodifusão, consoante regulamenta o artigo 4º, item 1º, alínea "b" do Decreto nº 52.795/63, não se concebendo que na era da informação essa se faça de forma indiscriminada e irresponsável.

É este o elo que liga as emissoras ao consumidor final, especialmente por serem as corréis concessionárias de serviços em TV aberta, abrangendo em suas transmissões um sem número de telespectadores, perfectibilizando a relação de consumo. Ademais, receberam pelos serviços prestados e deveriam ser diligentes na divulgação da proposta televisionada para o público, especialmente tratando-se de expediente que induziria a população ao desembolso de valores que ao final se verificou que não foram destinados à causa social divulgada, este sim, o objetivo disposto em lei. Nesse sentido, confira-se a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

██████████ Código de Defesa do Consumidor. Prática abusiva. A emissora de televisão presta um serviço e como tal se subordina às regras do Código de Defesa do Consumidor. Divulgação de concurso com promessa de recompensa segundo critérios que podem prejudicar o participante. Manutenção da liminar para suspender a prática. Recurso não conhecido. (REsp 436.135/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 17/06/2003, DJ 12/08/2003, p. 231)

Ademais, a propaganda leva a sociedade ao consumo, vale dizer, "não há sociedade de consumo sem publicidade", e o dever de informar inserido na propaganda, como obrigação, deve ser feito de forma a respeitar a principiologia inerente ao direito dos consumidores, em função do seu alcance e dos valores que as emissoras de televisão ou radiodifusão difundem nesse âmbito. Embora a lei não tenha proibido que os sorteios fossem feitos pelo meio de comunicação adotado pelas partes, é certo que traçou em seu bojo vários princípios a serem atendidos, os quais foram desrespeitados quando dirigidos ao público sob o viés assistencial/social, porquanto esse viés não se concretizou na forma idealizada pelo ordenamento. Difundiram uma ideia equivocada, para a obtenção de vantagem econômica em detrimento da causa que lhe dava respaldo. É claro o uso de instrumentos convincentes e criativos voltados, por meio da propaganda, à aderência de pessoas aos seus termos em desarmonia com a lei.

Ao investigarmos os interesses no plano individual e transindividual, esse relativamente aos consumidores, podemos afirmar que as entidades interessadas, aquiesceram e foram coniventes com todo o procedimento ilegal, também pretendiam obter ganho fácil e sem qualquer esforço, para tanto contrataram empresas com o fim específico de massificar o sistema de sorteios, pelo sistema de ligação 0900, abrangendo um número ilimitado de consumidores em todo o território nacional, que conscientemente agiam motivados com o fim exposto publicamente, que era o de contribuir com entidades filantrópicas, tendo como contrapartida a participação em sorteio de prêmios.

A questão, inclusive, desafia a posição Estatal quanto à proteção da pessoa do consumidor, pois na era da informação não se concebe que o Poder Estatal desassista aquele para o qual se dirige a propaganda enganosa. Estamos na era da democracia da informação e a liberdade de informar não poderá ser de tal modo a permitir que a sociedade seja atingida de forma indiscriminada e predatória, formando uma cultura de desinformação por meio de uma arquitetura regulatória de duvidosa proteção aos interesses sociais e de políticas públicas. Essa afirmação é feita com a convicção de que os telespectadores, consumidores em potencial, nem sempre têm a perfeita noção das consequências e atos praticados em função de uma informação incorreta veiculada pelos meios de comunicação, sendo essa a grande preocupação nos dias atuais, em que "fake news" rondam todos os meios de comunicação, iludindo aqueles que de boa-fé acreditam na divulgação incorreta.

Assim, podemos afirmar que os direitos coletivos, considerados direitos fundamentais pela Constituição Federal, não podem ser subtraídos da tutela jurídica do Estado, vinculando tanto os governantes como os operadores do direito, pois interagem com todos os ramos do direito, especialmente quanto à regulamentação da distribuição gratuita de prêmios, mediante sorteio, valebrinde ou concurso, por meio de propaganda indiscriminada em todo o território nacional, de responsabilidade exclusiva da União Federal. Afinal, a divulgação em massa no território nacional colhe a todos, independentemente de instrução escolar, status social ou idade, devendo ser reprimidas todas as formas e tentativas de iludir o consumidor ou o interessado no assunto.

A irregularidade dos sorteios de prêmios sem dúvida alguma ocorreu e com elas foram coniventes as entidades filantrópicas, até mesmo lesando seus próprios interesses, por permitir que prestadoras de serviços agissem da forma descrita na inicial, na conquista do lucro fácil, por meio dos concursos de sorteios, com recursos financeiros advindos da população, muitas vezes da população carente, que pensava estar contribuindo em benefícios de fins nobres, como é a filantropia-social.

Como se infere da inicial, as entidades de filantropia não possuíam suporte financeiro, estrutural ou know how, tampouco publicitário, para suportar e operacionalizar o sistema de sorteios tal como produzido e na magnitude alcançada em todo o território nacional. Tampouco era esse o escopo da lei ao autorizar a realização de sorteios em prol das entidades. Disso conclui-se que, ao delegarem poderes aos atravessadores para supostamente realizarem sorteios mais vantajosos, sem qualquer despesa ou trabalho, pactuaram com a ilegalidade, recebendo para isso as migalhas que lhes foram atribuídas, tolerando que outrem, às suas custas, arrecadasse valores em descompasso com o ordenamento. Descarta-se, igualmente, o argumento de que o procedimento possibilitou a arrecadação tributária e com esta o pagamento de impostos em prol de toda a sociedade, pois destinados a Fundos específicos, porquanto a arrecadação e pagamento dos tributos é inerente a qualquer forma de sorteio de prognóstico, conforme prevê expressamente a Constituição Federal.

A prática abusiva das corrés, abonadas pelas autorizações e contratos firmados pelas Entidades Assistenciais, na indiscriminada propagação de concursos com sorteio de bens, sem a necessária observância do poder de polícia do Estado, responsável pela coibição de práticas lesivas aos consumidores, infringiram não só o ordenamento que lhes davam respaldo - Lei nº 5.768/71, como as relações de consumo protegidas pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), a saber:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; II
- ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

A responsabilidade Estatal é nítida, pois, ao regulamentar a lei, editou Portarias em descompasso com o objetivo idealizado por ela, causando danos aos consumidores. Nessa seara como destaca Hugo Nigro Mazzili, em sua obra A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, ao discorrer sobre a responsabilidade Estatal, invocando os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, pontua que:

"... há três situações a considerar: a) casos em que o próprio comportamento do Estado gera o dano (conduta comissiva, geradora de responsabilidade objetiva); b) casos em que o Estado não causa o dano, mas se omite no dever que tinha de evitá-lo (conduta omissiva, geradora de responsabilidade subjetiva); casos em que o Estado não causa o dano, mas cria a situação propiciatória do dano (conduta de risco, geradora de responsabilidade objetiva).

E ao exemplificar as situações que colocam o Estado como responsável, assevera:

" ... há situações em que o Estado concorre para a lesão a interesses transindividuais. ... Vemos com ceticismo a eficácia de normas constitucionais que buscam limitar a propaganda de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias, quando é o próprio Estado que explora e quer ampliar vícios como o jogo, e, em outros países, até o agrotóxico; é o Estado que financia o plantio e o cultivo do tabaco; é o Estado que não só permite como estimula as vendas de bebidas alcóolicas e cigarros, ante os gordos impostos gerados com a danificação da saúde do povo, numa atitude irresponsável e nada inteligente, porque, a médio e longo prazo, gasta mais para tratar na rede pública os danos causados pelo tabaco do que arrecada com os tributos que incidem sobre a indústria de fumo." (grifos meus)

Nem se afirme que o Ministério Público, ao questionar a forma como vinham sendo praticados os sorteios em nome das Entidades Assistenciais, advogou para estas. Ao contrário, tentava-se coibir a lesão social que vinha sendo praticada, com a paralisação dessa atividade lucrativa, tutelando os interesses sociais subjacentes às próprias entidades, interesses esses que foram inadequadamente colocados em mãos de terceiros por seus administradores.

De tudo que se apurou nos autos e considerando a participação das Entidades Assistenciais no sistema ilegal de sorteios, depreende-se da análise triangularizada do procedimento que de fato houve dano, porém este dano não se dá em favor das Entidades Assistenciais, mas aos consumidores que com os sorteios contribuiu.

Constatada a lesão, a reparação dos danos materiais é devida na forma narrada na inicial. Entretanto, não da forma como descrita na sentença, considerando que o envolvimento das Entidades Assistenciais em todo o procedimento assim o justifica, aliás, não fossem os contratos firmados, sequer teríamos as autorizações contestáveis deferidas e os sorteios realizados.

De forma que, assiste razão às apelantes quando alegam que a devolução de todos os valores arrecadados com os sorteios implicaria em um enriquecimento sem causa das Entidades Assistenciais.

Não pode passar despercebido que é senso comum entre as corrés, pois assim todas alegam, que a finalidade não era econômica, mas filantrópica. Em assim sendo, verifica-se que, a partir da apuração das ligações feitas, e retirada das verbas atribuídas à empresa de telefonia (██████████), pelo uso do sistema 0900, as contribuições e os impostos devidos, inclusive as contribuições estabelecidas pelas Portarias citadas, teremos o resultado obtido que, a princípio, seria endereçado à causa filantrópica, não fossem os altos valores dispendidos com a produção dos eventos.

O diminuto valor pago à filantropia é o ponto da discórdia. Afere-se dos contratos indicados anteriormente que, à revelia das entidades assistenciais, as corrés estabeleceram regras próprias para a satisfação de seus trabalhos, das mais variadas formas e de maneira leonina. Cito, como exemplo, os contratos mantidos com as prestadoras de serviços, que supostamente doaram o bem e as empresas de televisão, as quais na apuração final deduziam do valor arrecadado o bem objeto do sorteio e/ou tributos incidentes sobre o mesmo, ou seja, não houve doação, o bem foi pago quando deduzido seu valor da receita auferida. Outro exemplo de cálculo equivocado é o de deduzir dos valores brutos arrecadados as despesas dos serviços prestados relativamente às contratações de terceiros em percentuais sobre o valor arrecadado, além dos impostos e dos serviços prestados com os serviços de telefonia, para só então se apurar o lucro líquido e, a partir deste, excluir os serviços das prestadoras que contrataram diretamente com as Entidades Assistenciais, todos cobrados em percentuais variáveis sobre o montante bruto arrecadado ou sobre o lucro líquido, com os abatimentos indicados. Não se pode dizer que houve mera prestação de serviços e por preço fixo, como comumente fazem as tv's para seus anunciantes ou pela contratação dos serviços prestados para as Entidades Filantrópicas.

Julgamos, no panorama exposto, ser indevida a cobrança de valores como contraprestação de serviços em percentuais como fizeram as corrés, seja para a cessão de mídia televisiva ou para a contraprestação de outros serviços, tendo como base de cálculo os valores, bruto ou líquido, arrecadados pelas veiculações.

A ██████████, como exemplo, ao contratar com a ██████████, por conta e ordem da ██████████, estabeleceu em cláusula contratual que: "Pela prestação dos serviços, a ██████████, por conta e ordem da ██████████, deverá pagar à ██████████, através da consorciada ██████████ a quantia equivalente à 61% (sessenta e um por cento) do valor recebido pela ██████████ da ██████████ referente às ligações telefônicas, após deduzido o valor de R\$0,45 (quarenta e cinco centavos de Real), por ligação, pago à ██████████ pelo prestação de serviço de tal empresa."

Na prestação de serviços entre ██████████, representando a ██████████, e ██████████, em contrato de assessoria com a ██████████, fixaram os seguintes termos: "As ligações telefônicas geradas na execução das aplicações tarifadas serão debitadas nas contas telefônicas dos chamadores, em valores a serem ajustados de comum acordo entre as partes contratantes, a cada aplicativo. Essa receita será creditada pela ██████████ à ██████████,

que repassará à [REDACTED] a proporção que lhe for devida. Para cálculo da Receita Líquida, deverão ser descontadas as despesas relacionadas ao Anexo 1 deste contrato" e, ainda, "Da Receita Líquida as participações da [REDACTED] e da [REDACTED] serão de 50% (cinquenta por cento) para a [REDACTED] e 50% (cinquenta por cento) para a [REDACTED]. Na planilha referida neste instrumento, o cálculo da Receita Líquida seria apurado da seguinte forma: "1 - receita Bruta = nº de participações multiplicado pelo valor unitário efetivamente pagos e creditados à [REDACTED]; 2- Deduções; 2.1 Percentual de cobrança em conta telefônica (15%), 2.2 - Tráfego telefônico (valor efetivo do tráfego apresentado em planilha); 2.3 - Encargos: PIS (0,65%), COFINS (2,00%), ISS (0,5%) e IR (2,5%); 2.4 Custo Fixo Proporcional/[REDACTED]; 2.5 Percentual a prefeituras/entidades/legalização da promoção: 5% (cinco por cento); 2.5 - Prêmios, encargos e demais despesas sobre os prêmios; 3 - Receita Líquida = Receita Bruta menos deduções; 3.1 - Da Receita Líquida 1% (um por cento) será creditado à [REDACTED] para pagamento e verbas de produção/cachês e outros."

Conforme contratos anexados e analisados, constata-se que as veiculações contratadas foram em horários de grande audiência. A [REDACTED] veiculou a maioria deles em campeonatos de futebol, assim como o [REDACTED], na [REDACTED], além de outros programas com audiência de destaque, como os programas [REDACTED], dentre outros. Programas em que se utilizava o nome das Entidades Assistenciais para a divulgação do sorteio.

Depreende-se que as Entidades indiretamente pagaram pelo preço televisivo, pois houve o uso do seu nome para o fim objetivado, lucrando as corréis com essa prática. Conclui-se que, se todas as envolvidas estivessem atuando em prol das entidades o alto valor da mídia dos horários nobres não faria parte dos custos. As despesas com essas atividades não poderiam ser excluídas do montante bruto apurado com as ligações telefônicas. O lucro daí advindo reverteu-se principalmente para as contratadas e não àquelas ligadas à assistência social.

A partir da consagração dos interesses sociais, com tutela jurisdicional autônoma e independente, a teor do artigo 127 da Constituição Federal, o Ministério Público Federal tem a incumbência de defender os interesses sociais, com evidente interesse público. Aliás, os interesses, aqui narrados, são suscetíveis da tutela perante o Poder Judiciário e foram objeto de análise pelo Superior Tribunal de Justiça, sedimentando, o mesmo raciocínio na ementa proferida, por ocasião da análise da legitimidade do Ministério Público Federal, cujas partes pertinentes destaco:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ACÓRDÃO COM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL E LEGAL - RECORRENTE QUE DEIXOU DE INTERPOR RECURSO EXTRAORDINÁRIO - INCIDÊNCIA DO VERBETE DA SÚMULA 126 DO STJ VIOLAÇÃO DOS ARTS. 129, III, E 127 DA CF - IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL - COMPETÊNCIA DO STF - VIOLAÇÃO DOS ARTS. 6º, VII, DA LEI COMPLEMENTAR N. 75/93, 83 DO CDC, E 3º E 267, IV E VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NÃO CONFIGURADA - LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO RECONHECIDA. 1. (...) 3. A autorização de sorteios apenas é permitida se houver percentual destinado a entidades filantrópicas. Com isso, a investigação de irregularidades em sorteios deixa de ser apenas no plano individual dos consumidores e passa a abranger interesse transindividuais. A partir do momento em que entidades filantrópicas são prejudicadas, deixam elas de trazer os benefícios dos seus serviços, o que causa danos à sociedade. 4. No caso dos autos, os sorteios, pelo sistema de ligação 0900, abrange número ilimitado de consumidores em todo o território nacional e, por isso tem uma repercussão e relevância social acentuadas, pelo que é imperioso reconhecer a legitimidade do Ministério Público - órgão criado para a defesa da ordem e patrimônio públicos. Recurso especial da União não-conhecido e recurso especial da [REDACTED] conhecido em parte e improvido. (REsp 1120376/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/10/2009, DJe 21/10/2009)

Dessa forma, aferimos que houve lesão ao direito dos consumidores. Sob esse enfoque, é assente o entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto à possibilidade de uma tutela híbrida na análise de ações coletivas, dentro de semelhante cenário fático, considerando a proteção dos interesses ou direitos

coletivos em sentido amplo, dentro de um microsistema ou minissistema em que as normas se comunicam, em um diálogo de fontes, propiciando uma adequada e efetiva tutela coletiva, in verbis:

DIREITO COLETIVO E DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TÍTULO DE CAPITALIZAÇÃO. PUBLICIDADE ENGANOSA VEICULADA POR CANAIS DE TELEVISÃO, JORNAIS E, PESSOALMENTE, POR CORRETORES. AÇÃO HÍBRIDA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS, DIFUSOS E COLETIVOS. 1. As tutelas pleiteadas em ações civis públicas não são necessariamente puras e estanques. Não é preciso que se peça, de cada vez, uma tutela referente a direito individual homogêneo, em outra ação uma de direitos coletivos em sentido estrito e, em outra, uma de direitos difusos, notadamente em se tratando de ação manejada pelo Ministério Público, que detém legitimidade ampla no processo coletivo. Isso porque embora determinado direito não possa pertencer, a um só tempo, a mais de uma categoria, isso não implica dizer que, no mesmo cenário fático ou jurídico conflituoso, violações simultâneas de direitos de mais de uma espécie não possam ocorrer. 2. No caso concreto, trata-se de ação civil pública de tutela híbrida. Percebe-se que: (a) há direitos individuais homogêneos referentes aos eventuais danos experimentados por aqueles compradores de título de capitalização em razão da publicidade tida por enganosa; (b) há direitos coletivos resultantes da ilegalidade em abstrato da propaganda em foco, a qual atinge igualmente e de forma indivisível o grupo de contratantes atuais do título de capitalização; (c) há direitos difusos, relacionados ao número de pessoas indeterminadas e indetermináveis atingidas pela publicidade, inclusive no que tange aos consumidores futuros. 3. Na hipótese, a ação coletiva foi proposta visando cessar a transmissão de publicidade enganosa atinente aos produtos denominados [REDACTED], veiculada por canais de televisão, jornais, além da abordagem pessoal, por meio de corretores, prepostos da empresa ré, atingindo número indeterminado de consumidores. 4. Mesmo que se considere que na situação em concreto não há direitos difusos, é de notar que, no tocante ao interesse individual homogêneo, o Ministério Público também preencheu o critério para a sua atuação na defesa desse interesse transindividual, qual seja: o interesse social relevante. 5. O STF e o STJ reconhecem que o evidente relevo social da situação em concreto atrai a legitimação do Ministério Público para a propositura de ação civil pública em defesa de interesses individuais homogêneos, mesmo que disponíveis, em razão de sua vocação constitucional para defesa dos direitos fundamentais ou dos objetivos fundamentais da República, tais como: a dignidade da pessoa humana, meio ambiente, saúde, educação, consumidor, previdência, criança e adolescente, idoso, moradia, salário mínimo, serviço público, dentre outros. No caso, verifica-se que há interesse social relevante do bem jurídico tutelado, atrelado à finalidade da instituição, notadamente por tratar de relação de consumo em que atingido um número indeterminado de pessoas e, ainda, pela massificação do conflito em si considerado, estando em conformidade com os ditames dos arts. 127 e 129, III, da Constituição Federal, arts. 81 e 82 do CDC e arts. 1º e 5º da Lei n. 7.347/1985. 6. No tocante à responsabilização pela corretagem há incidência da Súm. 283 do STF: "é inadmissível o Recurso Extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles". 7. Além disso, o Código do Consumidor estabelece expressamente no art. 34 que "o fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos", ou seja, há responsabilidade solidária independentemente de vínculo trabalhista ou de subordinação, responsabilizando-se qualquer dos integrantes da cadeia de fornecimento que venha dela se beneficiar, pelo descumprimento dos deveres de boa-fé, transparência, informação e confiança. 8. Ademais, pelas próprias alegações da recorrente, os corretores em questão agiram de forma parcial, atendendo aos interesses do dono do negócio, inclusive recebendo treinamento deste. Em razão disso, ambos, intermediador e fornecedor, atraíram a responsabilização solidária pelo negócio. 9. Recurso especial não provido. (REsp 1209633/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 14/04/2015, DJe 04/05/2015) ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DE INTERESSES OU DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. ARTS. 127 E 129, III E IX, DA CF. VOCAÇÃO CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À SAÚDE.

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. RELEVÂNCIA PÚBLICA. EXPRESSÃO PARA A COLETIVIDADE. UTILIZAÇÃO DOS INSTITUTOS E MECANISMOS DAS NORMAS QUE COMPÕEM O MICROSSISTEMA DE TUTELA COLETIVA. EFETIVA E ADEQUADA PROTEÇÃO. RECURSO PROVIDO. 1. "O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e

dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (art. 127 da CF). 2. "São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas" (art. 129 da CF). 3. É imprescindível considerar a natureza indisponível do interesse ou direito individual homogêneo aqueles que contenham relevância pública, isto é, de expressão para a coletividade - para estear a legitimação extraordinária do Ministério Público, tendo em vista a sua vocação constitucional para a defesa dos direitos fundamentais. 4. O direito à saúde, como elemento essencial à dignidade da pessoa humana, insere-se no rol daqueles direitos cuja tutela pelo Ministério Público interessa à sociedade, ainda que em favor de pessoa determinada. 5. Os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado Microsistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso, no qual se comunicam outras normas, como o Estatuto do Idoso e o da Criança e do Adolescente, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa e outras que visam tutelar direitos dessa natureza, de forma que os instrumentos e institutos podem ser utilizados com o escopo de "propiciar sua adequada e efetiva tutela" (art. 83 do CDC). 6. Recurso especial provido para determinar o prosseguimento da ação civil pública. (REsp 695.396/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/04/2011, DJe 27/04/2011)

A natureza dos direitos ora defendidos, por se inserirem em cláusulas abertas, e de conteúdo indeterminado, deve ser aferida pelo juiz no caso concreto e é sob o escólio de Teori Albino Zavascki, que faço a reflexão da lesão aos direitos difusos em face dos direitos individuais projetados nos autos. Ao analisar o tema tutela coletiva, diz o autor:

A utilização da técnica legislativa de cláusulas abertas e de conteúdo indeterminado tem justamente a finalidade de delegar ao juiz a tarefa de estabelecer o seu sentido em face do caso concreto. São normas estruturadas para que o seu conteúdo seja definido não em sua inteireza abstrata, mas em sua virtualidade empírica. Dessa forma, o problema de interpretação é muito mais agudo para o doutrinador, na sua tentativa de traçar teoricamente os domínios objetivos da norma, do que para o juiz, que atua à vista da experiência. Embora não se conheçam, a priori, todos os limites do conceito de interesse social ou interesse público, o caso concreto apresenta, quase sempre, elementos aptos a fornecer ao intérprete as condições para definir ali a sua presença ou não.

(...)

O primeiro limite é o que decorre de sua contraposição a interesse particular. O interesse social tem âmbito de abrangência necessariamente maior que o interesse que se limita à esfera individual. Essa contraposição é que dá sentido ao princípio de direito administrativo da supremacia do interesse público sobre o particular.

Por isso a tutela repressiva reparatória encontra eco no direito violado. Em cognição exauriente, consoante provas trazidas e no contexto em que se deram, com atos praticados que não estão legitimados, porquanto os ordenamentos questionados são aqui reconhecidos como ilegítimos, verifica-se que os interesses transindividuais (art. 81, § único, da Lei n.8.078/90) foram violados. Não se pode, outrossim, a pretexto de salvaguardar interesses privados, como é o financeiro, deixar de sancionar as condutas praticadas, por ser a coletividade a titular do direito lesado. Em abono a esse entendimento o saudoso Ministro Teori discorre:

Compõe, portanto, a atividade jurisdicional aquela destinada a formular juízo a respeito da incidência ou não de norma abstrata, e que consiste, essencialmente, em: (a) coletar e examinar provas sobre o ato ou o fato em que possa ter havido incidência; (b) verificar, no ordenamento jurídico, a norma ajustável àquele suporte fático; e, finalmente, (c) declarar as consequências jurídicas decorrentes da incidência ou, se for o caso, declarar que não ocorreu a incidência por falta do suporte fático, ou não ocorreu pelo

modo ou na extensão ou com as consequências pretendidas, ou, ainda, que em relação ao fato ou ato não incidiu o preceito normativo alvitado na demanda. A essa atividade, que se desenvolve com a colaboração dos interessados no conflito, em regime contraditório, e que tem como resultado uma sentença identificadora do conteúdo da norma jurídica concreta, denomina-se cognição.

Essa cognição há de ser feita segundo a dicção do artigo 322, do Novo Código de Processo, que estabelece em seus § 2º que a interpretação deverá ocorrer, considerando o conjunto da postulação e das provas carreadas aos autos. No mesmo sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, in verbis:

ACP. DANO. MEIO AMBIENTE. PEDIDO. Na espécie, o tribunal a quo, analisando o conjunto fático-probatório constante dos autos, concluiu haver agressão ao meio ambiente, com ofensa às leis ambientais. A Turma, entre outras questões, entendeu que não houve pedido inicial explícito do MP no sentido de que qualquer construção fosse demolida, nem mesmo de que fossem suspensas as atividades da ora recorrente, ao propor a ação civil pública (ACP) de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente. Porém essa simples constatação não conduz à nulidade por desobediência do dever de adstrição ao pedido. A jurisprudência deste Superior Tribunal entende que o pedido não deve ser extraído apenas do capítulo da petição reservado aos requerimentos, mas da interpretação lógico-sistemática das questões apresentadas pela parte ao longo da petição. No caso, os provimentos supostamente desvinculados do pedido, antes mesmo de guardar sintonia com os pedidos formulados pelo MP, constituem condição sine qua non do resultado almejado pela ACP ambiental. Assim, no contexto, encontra plena aplicação o princípio do poluidor pagador, a indicar que, fazendo-se necessária determinada medida à recuperação do meio ambiente, é lícito ao julgador determiná-la, mesmo que não tenha sido instado a tanto. Precedentes citados: (AgRg no Ag 1.038.295-RS, DJe 3/12/2008, e REsp 971.285-PR, DJe 3/8/2009. REsp 967.375-RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 2/9/2010).

Ajustando as condutas às normas, não podemos deixar de analisar a questão sob a teoria do diálogo das fontes normativas (Cláudia Lima Marques), considerando o microssistema e a integratividade das normas em que se inserem os direitos coletivos, e diante do que prescrevem os artigos 90 do Código de Defesa do Consumidor, o artigo 21 da Lei da Ação Civil Pública e, por fim, ao que nos remete o artigo 11 da Ação Popular que assim dispõe:

Art. 11. A sentença que, julgando procedente a ação popular, decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando incorrerem em culpa.

Ressalte-se, ainda, que a reparação pretendida deve ser de tal forma a compatibilizar as novas diretrizes apontadas pela Lei nº 13.655/18, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, que assim se dispôs:

"Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas."

Atenta a tudo quanto foi alegado e aos atos praticados, e considerando que a tutela pretendida não pode ser desprezada, por ter a Lei da Ação Civil Pública, de modo aberto, disposto que se tutelará "qualquer outro interesse difuso ou coletivo", também constitucionalmente assegurado pelo artigo 129, II da Constituição Federal de 1988 e pelo art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, e, por fim, diante da máxima amplitude da ação coletiva e das normas de reenvio, medindo o impacto dessa decisão, com efeitos que podem causar danos ainda maiores, caso não seja delimitada sua extensão pelo Poder

Judiciário, como o alegado enriquecimento sem causa, e entendendo pela ilegalidade das Portarias nº 413/97 e nº 1285/97, por terem, conforme exposto, desbordado da Lei nº 5768/71, a qual pretendeu disciplinar, bem como pela irregularidade dos sorteios praticados, que deveriam ocorrer em prol da coletividade e para a proteção do bem difuso tutelado, reconheço como devida a reparação material requerida na inicial, em remessa oficial, em prol do consumidor, a ser destinado ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, art. 13 da Lei nº. 7.347/85.

A reparação material, destinada ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, a ser apurada em execução de sentença, levará em conta que:

os sorteios foram feitos pelo sistema do 0900, pelo qual todos os interessados nos sorteios concorriam ligando para as emissoras de TV, cujo registro é mantido pela [REDACTED] e que foram devidamente auditados, por auditoria independente;
dos valores das chamadas telefônicas foram excluídos os percentuais devidos à [REDACTED]; sobre os valores brutos arrecadados incidiram impostos e contribuições sociais e Fundos específico, já recolhidos à época;
ainda que em quantia diminuta, as Entidades Assistenciais foram beneficiadas com quantias pelos resultados dos sorteios;

Assim, traçadas essas premissas e melhor explicando, sobre os valores arrecadados pelo serviço de telefonia, pelos sorteios praticados no período da vigência das Portarias nº 413/97 e nº 1285/97, serão excluídos os custos da [REDACTED], os impostos e contribuições devidos e os valores pagos às Entidades Assistenciais. Apurado esse montante e com essas exclusões, o resultado obtido deverá ser revertido ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, art. 13 da Lei nº. 7.347/85.

Saliento que a execução se fará de acordo com os documentos que a instruem, sendo defeso às corréis inovarem com a juntada de novos documentos para a apuração desse montante, porquanto tiveram tempo hábil a fazer a prova de seus direitos, com a prestação de contas e a juntada de todos os documentos necessários ao deslinde da causa. Ademais, essa diretriz é dada para que não se alongue a execução do julgado de forma indevida e desnecessária, diante da natureza da lide.

Nesse contexto, vislumbro, ainda, a existência de um dano moral coletivo, em face da população brasileira, a única vulnerável nessa relação, por ter sido lesada por um refinamento do procedimento de divulgação de concursos de prognósticos, cuja finalidade não era a filantrópica, pois as empresas prestadoras de serviços em concurso de prêmios, conforme declarado abertamente, sobreviviam dos recursos recebidos nesse processo oneroso, em flagrante descompasso com a lógica da filantropia.

Não se descarta da polêmica havida quanto à tipificação do dano moral coletivo, conforme explicitado pela sentença:

Quanto ao dano moral coletivo, trata-se de instituto polêmico na doutrina e na jurisprudência, mas de plano refuto as teses no sentido da impossibilidade de sua consideração, uma vez que introduzido expressamente no direito positivo nos artigos que tratam da reparação de danos em ações coletivas, art. 1º da Lei n. 7.347/85 e 6º, VI e VII do CDC.

Ocorre que sua configuração jurídica não deve ser tomada de forma equivalente ao dano moral individual, visto que a coletividade efetivamente não é dotada de direitos de personalidade e patrimônio imaterial nos mesmos moldes que seus indivíduos. Ademais, não se confunde com a soma dos danos a eles causados individualmente, de forma que só faz sentido considerar esta espécie de dano como uma modalidade própria se transcender os danos individuais, materiais e morais, alcançando de forma relevante a Ordem Pública, mais especificamente a Ordem Jurídica, a Ordem Econômica e a Ordem Social, a pauta de valores que norteiam a sociedade.

Entretanto sua aplicação tem incidência quando admitidas as seguintes características, as quais foram delimitadas no curso da instrução:

(1) a conduta antijurídica (ação ou omissão) do agente, pessoa física ou jurídica; (2) a ofensa a interesses jurídicos fundamentais, de natureza extrapatrimonial, titularizados por uma determinada coletividade (comunidade, grupo, categoria ou classe de pessoas); (3) a intolerabilidade da ilicitude, diante da realidade apreendida e da sua repercussão social; (4) o nexo causal observado entre a conduta e o dano correspondente à violação do interesse coletivo (lato sensu).

A avaliação desse dano moral deve ser compatível com os critérios da razoabilidade e proporcionalidade, tendo como objetivo o desestímulo da prática de procedimentos abusivos, em torno dos concursos de prognósticos com fins lucrativos, levando-se em consideração a culpa dos seus executores, ponderando o desvio de finalidade praticado e o bem jurídico protegido.

Restou amplamente provado e evidente o atentado aos princípios éticos e morais da sociedade, bem como "os valores coletivos atingidos injustificadamente do ponto de vista jurídico", devendo ser mantidos os valores fixados a título de dano moral coletivo correspondente a R\$200.000,00 (duzentos mil reais) e revertidos ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, art. 13 da Lei n. 7.347/85.

Nesse sentido colho a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, correlacionado com o tema em debate, da lavra do Exmo. Desembargador Federal Johonsom Di Salvo, com a seguinte ementa:

REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL EM FACE DE SENTENÇA EXARADA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE OBJETIVA A INTERDIÇÃO DA ATIVIDADE DE EXPLORAÇÃO DE JOGO DE BINGO, PROMOVIDO DE MODO PERMANENTE E COM INTUITO DE LUCRO, E A

APREENSÃO DAS MÁQUINAS ELETRONICAMENTE PROGRAMADAS PARA O DESEMPENHO DESSA ATIVIDADE. ILICITUDE DEMONSTRADA. DANO MORAL COLETIVO CONFIGURADO (IMORALIDADE EVIDENTE DA PROMOÇÃO "COMERCIAL" DE JOGOS DE AZAR, QUE ULTRAJOU A COLETIVIDADE DO ESTADO DE SÃO PAULO). DESNECESSIDADE DE

PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA. REMESSA OFICIAL E APELO PARCIALMENTE PROVIDOS. 1.

Apelação da União Federal contra a sentença que julgou parcialmente procedente a ação civil pública que propôs juntamente com o Ministério Público Federal, objetivando - em defesa dos interesses difusos dos consumidores de São Paulo, Capital - a interdição da atividade de exploração de jogo de bingo, praticada de modo permanente e com intuito "comercial" (lucrativo), bem como a apreensão das máquinas eletronicamente programadas. Contesta-se, especificamente, a não condenação das apeladas à indenização por dano moral e à publicação do inteiro teor da sentença em jornais de grande circulação.

2. A exploração de jogo de bingo permanente constitui atividade proibida em todo o território nacional, conforme análise das disposições legais atinentes à matéria: Lei nº 8.672/93 (Lei Zico), Lei nº 9.615/98 (Lei Pelé), Decreto-Lei nº 3.659/98, Lei nº 9.981/2000. Conjugando-se todas essas disposições, conclui-se que pelo menos a partir de 1/1/2003 a exploração do jogo de bingo - que vinha sendo tolerada à luz da Lei nº 9.615/98 - passou a ser proibida no território nacional. A vedação contida na Medida Provisória nº 168/2004 não foi inédita e sua rejeição pelo Senado Federal em nada alterou a ilicitude da exploração do jogo de bingo no Brasil. 3. Encerrando qualquer controvérsia, esse tema foi objeto da Súmula Vinculante nº 2, do E. STF - É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias (STF - Sessão Plenária de 30/5/2007, DJe nº 31 de 6/6/2007, DJ de 6/6/2007, DOU de 6/6/2007). 4. Ausente qualquer legitimação legal para as partes rés explorarem aparelhos de jogos de azar, ou bingos, é evidente que seus responsáveis promoveram a prática de

contravenção penal capitulada há muitos anos nos artigos 50 e 51 do Decreto-Lei nº 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais), ou o crime contra a economia popular do artigo 2º, IX da Lei nº 1.521/51. Não há que se falar em "adequação social" e nem em "insignificância" dessa atividade, posto que feita em caráter comercial gera lucros inescrupulosos, explorando-se a álea alheia, sorvendo-se recursos de trabalhadores e suas famílias. A repreensão se sintetiza na palavra de RUI BARBOSA: "O que menos se perde é o dinheiro; no jogo, o homem vai perdendo aos poucos a energia, a fé, o juízo, a nobreza, a honra, a temperança e a caridade". 5. A prática de jogo de azar, que já existia na Suméria e na China, é tão antiga quando a oposição contra ele. Embora os imperadores Augusto e Cláudio apreciassem os jogos de dados, na Roma imperial era proibido jogar por dinheiro ou objetos de valor. Na Idade Média acentuou-se a oposição aos jogos em que a vitória não envolvia a "virtude" (a capacidade, a força física, a destreza pessoal) e sim a álea. Em 813 o Concílio de Mogúncia decidiu que a Igreja devia excomungar todo aquele que se dedicasse ao jogo de azar; em 1254, Luiz IX, 40º rei de França e posteriormente santificado, proibiu a fabricação de dados. Em 1319, Carlos IV, rei de França, proibiu o jogo de dados, o gamão, etc. A abjeção à prática dos jogos de azar é visível na passagem do Novo Testamento em que soldados romanos jogam dados para, mediante "sortes", dividirem as vestes de Cristo. 6. Perfeitamente cabível a condenação das apeladas ao ressarcimento de dano moral coletivo diante do despudor daqueles que, à míngua de qualquer legitimação, promoveram a prática comercial de jogos de azar que contaminou os bons costumes e ultrajou a coletividade do Estado de São Paulo. As rés pagarão ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, solidariamente, o valor de R\$ 50.000,00, corrigido a partir desta data conforme os termos da Resolução nº 134/CJF e acrescido de juros de mora desde 1/1/2003, data em que através da conjugação dos dispositivos legais que regulavam a matéria pode-se concluir que não mais persistia o direito de exploração do jogo de azar. 7. Configura-se desnecessária a publicação do inteiro teor da sentença em jornais de grande circulação, patrocinadas pelas rés, tendo em vista o grande lapso temporal desde a promoção dessa ação, em 4/6/2004, e seu efetivo deslinde. O fluir inexorável do tempo acanhou a repercussão do tema no meio social. 8. Apelação e remessa parcialmente providas. (APELREEX 00156730820044036100, Rel. Des. Fed. JOHNSOM DI SALVO, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 21/03/2014)

A compensação moral aqui desenhada mostra-se suficiente para a reparação dos danos ocorridos em face dos sorteios autorizados pelo Poder Público, não se cogitando de sua redução. Declaro, outrossim, a nulidade das Portarias editadas por reconhecê-las contrária Lei 5768/71, embora tenham seus efeitos sido exauridos no tempo, porquanto a determinação judicial, para que não se promovessem sorteios de prêmios, na forma estabelecida pelas Portarias, debelou a prática extorsiva de concursos de prêmios.

Assim, entendo suficiente a reparação do dano material na forma fixada a todas as corrés, excetuada a União Federal, sobre os montantes, na forma estabelecida sobre todos os sorteios realizados sob a égide das Portarias nºs 413/97 e 1285/97, depois de deduzidos os serviços prestados à [REDACTED], os Imposto e Contribuições Sociais e aos Fundos efetivamente recolhidos e os valores pagos às Entidades Assistenciais, bem como suficiente o dano moral coletivo arbitrado em primeiro grau de jurisdição.

Consigne-se, por fim, o não reconhecimento da solidariedade entre as corrés [REDACTED] e OM, diante do Instrumento Particular de Contrato Operacional que mantinham à época (f. 3349/3357), devendo ambas arcar com o ônus do ato ilícito praticado, considerando que a programação veiculada se deu em desconformidade com o ordenamento e ambas auferiram vantagens com os sorteios, de acordo com as regras que estabeleceram entre si, sendo a Fundação fornecedora de serviços, na forma estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor.

Os juros de mora e a correção monetária são devidos sobre os valores arbitrados a título de dano material e dano moral coletivo incidirão nos moldes das Súmulas nºs 54 e 362 do Superior Tribunal de Justiça, ou seja, os juros de mora a partir do evento danoso e a correção monetária a partir desta decisão, na forma do Manual de Cálculos vigente à época da execução do julgado.

Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS MORAIS COLETIVOS CAUSADOS AOS CONSUMIDORES DE CUIABÁ. INFIDELIDADE DE BANDEIRA. FRAUDE EM OFERTA OU PUBLICIDADE ENGANOSA PRATICADAS POR REVENDEDOR DE COMBUSTÍVEL. 1. O dano moral coletivo é aferível in re ipsa, ou seja, sua configuração decorre da mera constatação da prática de conduta ilícita que, de maneira injusta e intolerável, viole direitos de conteúdo extrapatrimonial da coletividade, revelando-se despropositada a demonstração de prejuízos concretos ou de efetivo abalo moral. 2. No caso concreto, o Ministério Público do Estado de Mato Grosso ajuizou ação civil pública em face de revendedor de combustível automotivo, que, em 21.01.2004, fora autuado pela Agência Nacional de Petróleo, pela prática da conduta denominada "infidelidade de bandeira", ou seja, o ato de ostentar marca comercial de uma distribuidora (Petrobrás - BR) e, não obstante, adquirir e revender produtos de outras (artigo 11 da Portaria ANP 116/2000), o que se revelou incontroverso na origem. 3. Deveras, a conduta ilícita perpetrada pelo réu não se resumiu à infração administrativa de conteúdo meramente técnico sem amparo em qualquer valor jurídico fundamental. Ao ostentar a marca de uma distribuidora e comercializar combustível adquirido de outra, o revendedor expôs todos os consumidores à prática comercial ilícita expressamente combatida pelo código consumerista, consoante se infere dos seus artigos 30, 31 e 37, que versam sobre a oferta e a publicidade enganosa. 4. A relevância da transparência nas relações de consumo, observados o princípio da boa-fé objetiva e o necessário equilíbrio entre consumidores e fornecedores, reclama a inibição e a repressão dos objetivos mal disfarçados de esperteza, lucro fácil e imposição de prejuízo à parte vulnerável. 5. Assim, no afã de resguardar os direitos básicos de informação adequada e de livre escolha dos consumidores, protegendo-os, de forma efetiva, contra métodos desleais e práticas comerciais abusivas, é que o Código de Defesa do Consumidor procedeu à criminalização das condutas relacionadas à fraude em oferta e à publicidade abusiva ou enganosa (artigos 66 e 67). 6. Os objetos jurídicos tutelados em ambos os crimes (de publicidade enganosa ou abusiva e de fraude em oferta) são os direitos do consumidor, de livre escolha e de informação adequada, considerada a relevância social da garantia do respeito aos princípios da confiança, da boa-fé, da transparência e da equidade nas relações consumeristas. Importante destacar, outrossim, que a tipicidade das condutas não reclama a efetiva indução do consumidor em erro, donde se extrai a evidente intolerabilidade da lesão ao direito transindividual da coletividade ludibriada, não informada adequadamente ou exposta à oferta fraudulenta ou à publicidade enganosa ou abusiva. 7. Nesse contexto, a infidelidade de bandeira constitui prática comercial intolerável, consubstanciando, além de infração administrativa, conduta tipificada como crime à luz do código consumerista (entre outros), motivo pelo qual a condenação do ofensor ao pagamento de indenização por dano extrapatrimonial coletivo é medida de rigor, a fim de evitar a banalização do ato reprovável e inibir a ocorrência de novas lesões à coletividade. 8. A intolerabilidade da conduta é extraída, outrossim, da constatada recalcitrância do fornecedor que, ainda em 2007 (ano do ajuizamento da ação civil pública), persistia com a conduta de desrespeito aos direitos de escolha e de adequada informação do consumidor, ignorando o conteúdo valorativo da autuação levada a efeito pela agência reguladora em 2004. 9. A quantificação do dano moral coletivo reclama o exame das peculiaridades de cada caso concreto, observando-se a relevância do interesse transindividual lesado, a gravidade e a repercussão da lesão, a situação econômica do ofensor, o proveito obtido com a conduta ilícita, o grau da culpa ou do dolo (se presentes), a verificação da reincidência e o grau de reprovabilidade social (MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. Dano moral coletivo. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 163/165). O quantum não deve destoar, contudo, dos postulados da equidade e da razoabilidade nem olvidar dos fins almejados pelo sistema jurídico com a tutela dos interesses injustamente violados. 10. Suprimidas as circunstâncias específicas da lesão a direitos individuais de conteúdo extrapatrimonial, revela-se possível o emprego do método bifásico para a quantificação do dano moral coletivo a fim de garantir o arbitramento equitativo da quantia indenizatória, valorados o interesse jurídico lesado e as circunstâncias do caso. 11. Recurso especial parcialmente provido para, reconhecendo o cabimento do dano moral coletivo, arbitrar a indenização em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), com a incidência de juros de mora, pela Taxa Selic, desde o evento danoso. (REsp 1487046/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 16/05/2017)

A materialidade do evento danoso restou consubstanciada com a realização do sorteio, autorizado pelo Poder Público nos moldes da Portaria nº 413/97. Assim, para fins de termo inicial dos juros de mora, considera-se evento danoso a data do primeiro sorteio.

Portanto, são devidos juros desde a data do primeiro sorteio realizado por cada emissora, à razão de 0,5% até a entrada em vigor do Código Civil atual, quando passam a incidir juros de 1% ao mês, até a data de publicação da sentença, quando passam a incidir juros e correção cumulativamente pela SELIC, art. 406 do Código Civil, com exclusão de qualquer outro índice.

Em relação à União Federal, os juros são devidos desde o primeiro sorteio realizado nos moldes da Portaria nº 413/97, à razão de 0,5% até a entrada em vigor do Código Civil atual, quando passam a incidir juros isolados de 1% ao mês até a entrada em vigor da Lei nº 11.960/2009, devendo ser observados aqueles relativos à poupança. A partir da sentença passa a incidir, além dos juros, a correção monetária, conforme o IPCA.

Entendo ser indevida a liberação dos depósitos efetuados nos autos, pois decorrente de bloqueio deferido. As constrições judiciais são necessárias para a garantia do processo e da parte a quem favorece. Com o julgamento de mérito desta demanda, houve reconhecimento da pertinência das alegações, portanto, eventual recurso a partir de então não terá efeito suspensivo, possibilitando que a corré [REDACTED] dê início à execução do julgado, para eventual liberação do valor excedente. De sorte que, caso fosse deferida a liberação pretendida, tais verbas não seriam revertidas para a reparação dos danos sofridos, considerando que a corré reconhece nos autos e na tribuna sua deficiente situação econômica.

Nesse sentido, trago à colação o seguinte julgado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA Nº 8.429/92 - PARCIAL PROCEDÊNCIA - APELAÇÃO RECEBIDA NO EFEITO DEVOLUTIVO EFEITO SUSPENSIVO - DESCABIMENTO - Nº 7.347/85 - APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA - DANO IRREPARÁVEL - INEXISTÊNCIA - ART. 520, VII, CPC - AGRAVO IMPROVIDO. 1. Aplica-se subsidiariamente à ação civil de improbidade administrativa, regulada pela nº 8.429/92, a nº 7.347/85, que estabeleceu a ação civil pública, porquanto a primeira é uma modalidade da segunda, na defesa da moralidade administrativa. 2. Dispõe a nº 7.347/85: "Art. 14. O juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte". 3. A regra, em se tratando de ação civil pública, é que o recurso de apelação só será recebido no efeito devolutivo. Na verdade, a em comento prevê a exceção, que exige a possibilidade de dano irreparável à parte. 4. Inocorre a possibilidade de dano irreparável à parte no presente caso, posto que, a sentença determinou "a indisponibilidade dos bens até cem mil reais do acervo do réu, a título de ressarcimento à União, com oportuna conversão em seu favor, para tanto mantendo-se as medidas anteriormente adotadas". Logo, não há perigo de conversão dos bens à União, mas somente a decretação da indisponibilidade. 5. A regra do Código de Processo Civil (art. 520) é o recebimento da apelação em ambos efeitos. Entretanto, a hipótese dos autos subsume-se à execução prevista no art. 520, VII, CPC, ou seja, será recebida a apelação só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que confirmar a antecipação dos efeitos da tutela. 6. Houve deferimento, ainda que parcial, de medida liminar, para ordenar a indisponibilidade de até cem mil reais do acervo do réu, sobrevivendo a sentença condenatória no mesmo sentido. Logo, de rigor o recebimento da apelação somente no efeito devolutivo. 7. Agravo de instrumento improvido. (TRF 3ª Região, AI 445189 - 002002529.2011.4.03.0000, Rel. Des. Fed. NERY JUNIOR, julgado em 04/10/2012, e-DJF3 Judicial 111/10/2012)

Ante o exposto, nego provimento à apelação da União Federal e às apelações das demais corrés, e dou parcial provimento à remessa oficial, para, rejeitando as preliminares arguidas, reformar a r. sentença, reconhecendo a ilegalidade das Portarias nºs 413/97 e 1285/97 e os atos dela emanados, por serem contrárias a Lei 5768/71. Reconheço a existência de danos materiais e morais sofridos pela coletividade. Os danos materiais serão apurados em liquidação de sentença, tendo como base o número de ligações feitas pelo sistema 0900, sendo, do montante apurado, excluídos os valores devidos à [REDACTED], os impostos e contribuições sociais efetivamente recolhidos, assim como os valores pagos às Entidades Assistenciais, e o valor remanescente revertido ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, art. 13 da Lei n. 7.347/85 e não às Entidades Assistenciais, como disposto na sentença. O valor dos danos morais arbitrado pela sentença em R\$200.000,00 (duzentos mil reais), fica mantido, sendo devido esse montante de forma individualizada por todas as corrés, inclusive União Federal, não sendo reconhecida a solidariedade entre as corrés [REDACTED] e [REDACTED], diante do Instrumento Particular de Contrato

Operacional mantido entre ambas, valor a ser revertido, igualmente, ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, art. 13 da Lei n. 7.347/85. Reforma-se a r. sentença, ainda, para que os juros de mora sejam calculados a partir do evento danoso, qual seja o primeiro sorteio efetivamente realizado, e a correção monetária a partir desta decisão.

É o voto.

ELIANA BORGES DE MELLO MARCELO Juíza Federal Convocada

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): ELIANA BORGES DE MELLO MARCELO:253

Nº de Série do Certificado: 11DE18041346032B

Data e Hora: 18/07/2018 18:19:12
