



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

Av Rio Branco, 243, anexo II - 12o. andar - Bairro: Centro - CEP: 20040-009 - Fone: (21)3218-8104 - Email: 10vf@jfrj.jus.br

AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 5098336-18.2019.4.02.5101/RJ

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RÉU: RADIO E TELEVISAO RECORD S.A

RÉU: UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

SENTENÇA

TIPO “A”

O Ministério Público Federal alega que RÁDIO E TELEVISÃO RECORD e a UNIÃO FEDERAL não estão cumprindo a legislação federal, no que diz respeito ao limite de 25% para comercialização do tempo de programação, o qual encontra-se previsto no art. 12 da Lei no. 4.117/62 e no art. 28, § 12, letra “d” do Decreto no. 52.795/63.

Segundo apurado no Inquérito Civil Público no. 1.30.001.000085/2016-05, a RÁDIO E TELEVISÃO RECORD “dedica atualmente até **9 horas e 11 minutos de sua programação diária (o equivalente a 38,43%) à veiculação remunerada de conteúdos produzidos por terceiros**”; que, “**à exceção das segundas-feiras, em todos os demais dias a emissora demandada ultrapassa o limite legal de 25% do tempo destinado à publicidade (média semanal de 28,19%)**”, e sendo que “**uma fatia significativa desse tempo (até 7 horas e 45 minutos diários, ou 32,29%) é alugada para a transmissão de prosélitos da Igreja Universal do Reino de Deus, mediante remuneração não informada pela emissora**”, o que, segundo o Ministério Público Federal, **tipificaria “a comercialização de tempo diário de programação superior ao limite de 25%”** como “prática ilícita, prejudicando a totalidade de telespectadores e as demais emissoras, em decorrência da competição desleal”.

O Inquérito Civil Público no. 1.30001.000085/2016-05 foi instaurado a partir de representação questionando a veiculação, pelas emissoras, de programação religiosa paga em detrimento de programações culturais e educativas, “amparada em estudo elaborado pela ANCINE e publicado na INTERNET”, tendo como “categorias” de “conteúdos” exibidos na programação das TVs abertas” seus “gêneros, formatos, e origens das produções; quanto aos gêneros, a ANCINE

5098336-18.2019.4.02.5101

510007761079.V2



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

registrou que, no ano de 2015, as emissoras que veicularam maior percentual de programação religiosa paga foram: CNT (89,85% do tempo); REDE TV (43,41%); RECORD (21,75%); BAND (16,38%); e GAZETA (15,80%); as demais emissoras (GLOBO, SBT, TV CULTURA e TV BRASIL) veicularam percentual de programação religiosa “inferior a 2%”.

Ainda no âmbito daquele Inquérito Civil Público, determinou-se “a juntada da grade da programação das emissoras constantes na INTERNET, bem como a notificação das concessionárias CNT, REDE TV, RECORD, BAND RIO e GAZETA a fornecerem cópia dos contratos comerciais de cessão do espaço a entidades religiosas”; “em resposta, a TV RECORD juntou” **“um instrumento particular de contrato, celebrado com a IGREJA UNIVERSAL DO REINO DE DEUS no ano de 2017”, “sem valor informado”, tendo por objeto “a produção de conteúdo televisivo para exibição de programas de cunho religioso – cultural de autoria e produção da IURD, durante o horário de programação da RECORD TV”.**

O Ministério Público Federal continua, dizendo que das cláusulas 2.2 e .1 do instrumento contratual juntado depreende-se que “as avenças entre a emissora e as igrejas têm nítida natureza sinalagmática, ou seja, com obrigações recíprocas e opostas para as partes”, e que “a única obrigação verdadeira da concessionária é exibir os conteúdos previamente produzidos e formatados pela entidade religiosa contratante, mediante remuneração, **da mesma forma como ocorre com as publicidades comerciais veiculadas nos intervalos da programação**”. (negrito meu)

Argumenta com a Nota Técnica no. 18.499/2017/SEI-MCTIC produzida em relação à BAND RIO, segundo a qual, **“quando um terceiro não legitimado pelo Poder Público, no caso, o arrendatário, assume a direção e responsabilidade da prestação do serviço outorgado** ao definir, por exemplo, a grade de programação e o conteúdo transmitido, em substituição ao delegatário legitimado, estaria havendo uma espécie de desvirtuamento em relação aos preceitos estabelecidos para a execução do serviço outorgado ou seja, **uma forma de subconcessão de tais serviços, o que é vedado pela legislação**”, enfatizando que, de acordo com o Parecer CONJUR no. 539/2016, o art. 222, § 1º. da CF “prevê que os delegatários legitimados (de serviços de radiodifusão) deverão exercer obrigatoriamente a gestão das atividades e o estabelecimento do conteúdo da programação”; que “desse modo, embora de um lado se verifique na prestação de serviços de radiodifusão comercial certas características de execução do serviço privado, em que a emissora dispõe de liberdade para tomar decisões quanto à melhor forma de definir e organizar a sua grade de programação, por outro lado não se pode



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

olvidar que essa liberdade de forma alguma é absoluta, uma vez que se trata de uma concessão pública e que, portanto, há limites decorrentes dos preceitos que regem a concessão e prestação de serviços públicos”; assim, conclui, **a prática de arrendamento de horário de programação das emissoras constitui irregularidade na prestação de serviço de radiodifusão, passível de apuração, mesmo que não exista legislação específica nesse sentido**”. (negrito meu)

O Ministério Público Federal informa que, “posteriormente, o órgão fiscalizador da UNIÃO modificou o entendimento exarado na Nota Técnica de no. 18.499/2017/SEI-MCTIC”, declarando que **“não existe qualquer comando normativo ou condição preestabelecida às detentoras de outorga de serviço de radiodifusão que proíba a veiculação de programas produzidos por terceiros, ainda que mediante pagamento”** e que “também não há que se falar na hipótese de transferência da concessão quando, mesmo havendo cessão de parte da programação diária para a veiculação de conteúdo produzido por terceiro, a construção e a organização da programação se encontram ainda a cargo da titular da outorga; **isso porque a exploração do serviço de radiodifusão compreende muito mais que a simples produção de conteúdo, abrangendo, além disso, a disponibilidade dos equipamentos, a autonomia para a organização da programação; a transmissão dos programas; dentre outras atividades**”, entendimento este que correspondia às “manifestações emitidas pela Consultoria Jurídica – CONJUR, conforme estampado no Parecer 539/2016/DPF/AGU/CONUR-CGCE/SEI-MC, aprovado em 05 de agosto de 2016, que versou sobre a hipótese de arrendamento de horário e a liberdade de organização da programação”. (negrito meu)

É em razão desta postura que o Ministério Público Federal acusa a União Federal de “omissão no exercício da fiscalização das concessões de rádio e TV”, conduzindo “a situações como as registradas na REDE CNT, **na qual 89,85% do tempo da programação – segundo a ANCINE – é composto por programação religiosa comercializada**”. (negrito meu)

O Ministério Público Federal reitera que a TV RECORD, “à exceção das segundas-feiras, comercializa mais tempo de radiodifusão do que a lei lhe autoriza, alcançando percentual máximo de 38,43% aos domingos, quando dedica 3 horas e 11 minutos a mais em sua programação, para veiculação de conteúdos comercializados, totalizando 9 horas e 11 minutos”.

Continua, dizendo que “o limite de 25% faz parte da própria estrutura do serviço de radiodifusão, pois, ao mesmo tempo em que impede que o particular preste o serviço sob uma lógica eminentemente privada de busca exclusiva pela maximização dos resultados, obriga-o a dedicar a maior parte do



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

tempo de programação – no mínimo, 75% - aos objetivos públicos do serviço, determinados pelo artigo 221 da Constituição”; que, embora “a própria concorrência do mercado” tenda a “moderar a quantidade de programação comercializada nos meios de radiodifusão”, “na medida em que uma parcela da audiência prefere os programas audiovisuais que veiculam informação, cultura, arte, conteúdo educacional e entretenimento”, o fato é que “a radiodifusão” “é um serviço público”, tendo sido constitucionalmente reconhecido que “o rádio e a televisão não possuem importância meramente econômica; ao integrarem o sistema de comunicação social, espaço em que se realiza o debate público, as emissoras de rádio e de televisão desempenham um papel fundamental na democracia, destinam-se a acompanhar e divulgar (i) as informações relativas ao exercício do poder público e privado, (ii) as demais informações socialmente relevantes, tais como as relativas à economia, política nacional e internacional, ciência, tecnologia e cultura, e (iii) as opiniões e os interesses de representantes de distintos setores sociais; além disso, constituem dois dos principais canais de distribuição da produção cultural ao público”, não sendo “por outra razão que a Constituição dedicou todo um capítulo aos meios de comunicação social e atenção diferenciada à atividade de radiodifusão”; e que, “por isso, em nosso ordenamento, não é o mercado, mas a lei que estabelece o limite à comercialização de tempo de programação pelos concessionários e permissionários do serviço de radiodifusão”.

O Ministério Público Federal prossegue, dizendo que, “no sistema brasileiro de radiodifusão, tem sido frequente a comercialização de tempo de programação superior ao limite de 25%, em alguns casos, chegando a envolver a negociação de toda a grade da emissora”, prática que costuma se dar sob diversas modalidades e denominações contratuais, tais como: contratos de publicidade comercial; contratos de arrendamento; contratos de divulgação de programação; contratos de aquisição de espaço comercial para a veiculação de programação de televisão e rádio; e contratos de terceirização comercial, administrativa e gerencial”; que tais negociações podem envolver “distintos direitos e obrigações a respeito, v.g., (i) da divisão de responsabilidade pela produção do conteúdo e pela programação da mão-de-obra e (ii) da utilização ou não dos estúdios dos concessionários e permissionários”, mas, **“a despeito das diversas denominações, todos esses contratos importam em comercialização de tempo de programação, e devem, portanto, ser considerados para o cálculo do limite legal de 25%”**, “daí a conclusão de que a comercialização, por emissoras de rádio e TV, de quantidade superior a 25% da programação, sob quaisquer modalidades e denominações contratuais – seja as acima mencionadas, ou outras que venham a ser criadas – viola os artigos 124 da Lei no. 4.117/62 e 28, § 12 do Decreto no. 52.795/63, bem como as normas de produção e programação estabelecidas pelo artigo 221 da Constituição”. (negrito meu)



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

Enfatiza que “o limite de 25% aplica-se isonomicamente a todos os concessionários e permissionários de radiodifusão”; que “o agente que o viola obtém uma receita ilegal, que lhe permite aumentar arbitrariamente seus lucros em prejuízo de seus concorrentes”, o que “constitui infração à ordem econômica, nos termos do disposto no art. 36, III e I da Lei no. 12.529/2011”; que “a contratação de tempo de programação acima do limite permitido em lei constitui uma forma contratual de transferência parcial ou integral da outorga”, isto é, “ao invés de obter a prestação do serviço mediante o processo de licitação, o indivíduo contrata horários de rádio ou TV acima do limite legal e, assim, passa a controlar uma parcela relevante de determinada outorga da radiodifusão”.

Salienta que procedimentos como os acima descritos descumprem “as normas da isonomia – ao impedir que os administrados tenham igual chance de contratar com o Poder Público – e da imparcialidade – por permitir que os particulares titulares de concessões e permissões escolham, segundo sua própria convivência e arbítrio, quem terá o benefício de controlar parcial ou integralmente outorgas de um serviço público tão relevante e rentável como a radiodifusão”; enfim, que acaba por violar o caráter *extra commercium* do serviço público de radiodifusão e do bem público constituído pelo espectro de radiofrequências e enseja, nessa medida, o desvio de finalidade das concessões e permissões de radiodifusão e o enriquecimento ilícito dos que comercializam os horários acima dos limites legais, tudo isso em afronta à norma da eficiência da Administração na gestão do serviço público de rádio e TV”.

Defende que o termo – **“publicidade comercial”** – **“refere-se ao caráter comercial que a operação tem para o concessionário ou permissionário de radiodifusão, e não ao caráter comercial ou não do conteúdo ou da instituição que contrata determinado tempo de programação”**; assim, “uma emissora de rádio ou televisão pode”: (negrito meu)

“(i) Comercializar tempo de programação com uma instituição comercial – como, por exemplo, um banco, uma empresa de cosméticos, uma rede varejista de eletrodomésticos – que pague pela veiculação de conteúdo de caráter comercial, caracterizado como *publicidade comercial “strictu sensu”* – como uma propaganda em intervalo comercial um *merchandising* que se realize dentro da própria programação ou um programa todo voltado à publicidade de uma instituição, como, v.g., programas de meia hora ou uma hora vendidos para redes de farmácias ou academias promoverem suas atividades; ou,



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

“(ii) Comercializar tempo de programação com uma instituição não comercial – como, por exemplo, a União, os Estados e os Municípios, organizações religiosas, associações, partidos políticos, sindicatos e universidades públicas ou privadas sem fins lucrativos – **que pague pela veiculação de conteúdo de caráter não comercial, não caracterizado como *publicidade comercial “strictu sensu”*** – v.g., (a) propaganda institucional de ações governamentais; (b) comunicações de caráter informativo a respeito, por exemplo, de campanhas de vacinação, cuidados com saúde ou obrigações com a justiça eleitoral; (c) mensagens de interesse de sindicatos, como a promoção de atividades sindicais (v.g, festa do Dia do Trabalho), comunicações a respeito de uma greve ou manifestações favoráveis ou contrárias a determinada medida governamental; (d) mensagens promovendo a imagem institucional de universidades públicas, universidades privadas sem fins lucrativos ou associações sem fins lucrativos, como, v.g., a AACD; e (e) **a transmissão de programas religiosos, tão difundidos na atualidade”**;

“Em qualquer dessas hipóteses”, diz o Ministério Público Federal, “o concessionário ou permissionário de radiodifusão *comercializa tempo de programação*; **para ele, a operação sempre tem caráter comercial – sempre é *publicidade comercial* – pois, com ela, auferre renda, e isso ocorre independentemente da destinação comercial ou não que o terceiro dará à programação contratada** – se irá anunciar a venda de carros, veicular publicidade governamental ou transmitir programação religiosa”, em todos esses casos “a emissora de rádio ou TV assume a mesma obrigação, qual seja, a de veicular o conteúdo determinado pelo terceiro com quem contrata em troca do recebimento de um certo valor, o caráter jurídico e econômico dessas operações são idênticos, logo, sob a perspectiva do concessionário ou permissionário de radiodifusão, todas essas operações caracterizam-se como *publicidade comercial*”, esta a razão pela qual “os textos normativos ora tratados regulamentam os concessionários e permissionários de radiodifusão – referem-se a eles – e não aos terceiros que contratam tempo de programação”. (negrito meu)

Por essas razões, o Ministério Público Federal conclui que “o termo *publicidade comercial* inserto no artigo 124 da Lei no. 4.117/1962 e no artigo 28, § 12 do Decreto no. 52.795/1963 **designa toda e qualquer operação de comercialização de tempo de programação**, realizada por todo e qualquer concessionário e permissionário de radiodifusão, **independentemente do caráter comercial ou não do contratante e da caracterização ou não do conteúdo como *publicidade comercial “strictu sensu”***”. (negrito meu)



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

Não sendo assim, argumenta, seria possível “a destinação da integralidade do serviço público de radiodifusão à maximização dos resultados do particular, em clara inversão da norma da supremacia do interesse público sobre o interesse particular”, “se o particular que presta radiodifusão não pode comercializar mais de 25% da programação, não importa se contrata com A ou B, **nem qual o conteúdo obriga-se a veicular**”; (negrito meu)

Afirma que “o regime jurídico da radiodifusão no Brasil é claro: (i) concede ao privado um canal no espectro de radiofrequências para a veiculação de 24 h de programação; (ii) **permite-lhe comercializar até 25% desse tempo para se financiar e (iii) obriga-o a destinar no mínimo 75% do tempo para a veiculação de programação que atenda ao artigo 221 da Constituição**, qualquer comercialização além do limite de 25% importa em violação ao regulamento do serviço e ao artigo 221 da Constituição”. (negrito meu)

O Ministério Público Federal afirma que “a prática da comercialização de tempo de programação não constitui um *estímulo à produção independente*, nos termos do art. 221, II da Constituição”; “essa produção é estimulada quando as emissoras de rádio e TV compram programas feitos por produtores independentes, direcionando, assim, a outras empresas, parcela da renda da atividade de radiodifusão e ampliando a demanda por produção audiovisual”, “se, por um lado, o Estado outorga a um particular o controle sobre todo um canal de rádio ou TV, por outro determina que ele compre programas audiovisuais produzidos por outras empresas, assim, **uma parte da renda auferida com a radiodifusão é dirigida para o mercado, o estímulo à produção independente constitui forma de distribuição e não de obtenção de renda pelo radiodifusor**”.

No presente caso, “**os radiodifusores não compram programas, mas sim comercializam horários de sua programação; os terceiros contratantes não auferem renda, ao contrário, pagam pela veiculação de programas por terem interesse em atingir a audiência da emissora, quem lucra é o radiodifusor**”, daí porque “**não se pode dizer que a comercialização de tempo de programação constitui estímulo à produção independente, nos termos do artigo 221, II da Constituição, pois essa operação não gera demanda nem direciona recursos a produtores independentes**; de mais a mais, ainda que assim se considerasse, a comercialização de programação permaneceria vinculada ao limite de 25% determinado pela Lei no. 4.117/1962”; (negrito meu)

Enfim: “**não tem razão a União, assim, ao afirmar que a prática de arrendamento não pode ser fiscalizada pelo Estado**, pois constitui um negócio privado não previsto pela legislação; além de constituir forma de comercialização de



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

tempo de programação, que deveria ao menos respeitar ao limite legal de 25%, esse contrato é nulo, pois, como se viu, viola o regime jurídico das concessões e permissões do serviço de radiodifusão”. (negrito meu)

Pede a concessão de tutela de urgência, de natureza inibitória, para o fim de:

1. Obrigar a emissora demandada a ajustar sua programação aos ditames da Lei, reduzindo, conseqüentemente, o período total comercializado (**inclusive comercializado a entidades religiosas**) para 25% do tempo diário, o equivalente a seis horas da sua programação;
2. Obrigar a União Federal “a fiscalizar o cumprimento, por parte da emissora demandada, do limite máximo de 25% do tempo diário de programação como passível de ser objeto de comercialização, incluído neste percentual o tempo comercializado a entidades religiosas e outras, ainda que sem finalidade lucrativa”;
3. A fixação de multa cominatória diária não inferior a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), no caso de descumprimento da medida judicial por parte das Demandadas.

Como pedidos principais:

4. Condenar a emissora demandada, em caráter definitivo, a ajustar sua programação aos ditames da Lei, **reduzindo, conseqüentemente, o período total comercializado (inclusive comercializado a entidades religiosas ou outros entes sem fins lucrativos) para 25% do tempo diário;**
5. Condenar a União Federal, em caráter definitivo, a fiscalizar o cumprimento, por parte da emissora demandada, do limite máximo de 25% do tempo diário de programação como passível de ser objeto de comercialização, incluído neste percentual o tempo comercializado a entidades religiosas e outras, ainda que sem finalidade lucrativa. (EVENTO 1)

A União Federal contestou (EVENTO 14 – CONT 1).



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

Alegou, em síntese, que a Consultoria Jurídica, segundo o documento Informações no. 10/2015/CONJURMC/CGU/AGU, **em que se distingue claramente o conceito de publicidade comercial – que se refere à veiculação de anúncios de produtos ou serviços – da possibilidade do concessionário do serviço de radiodifusão comercializar horários da grade de sua programação para terceiros**; que o Parecer no. 539/2016/DPF/AGU/CONJUR-CGCE/SEI-MC, na Seção II.5 – Da liberdade de organização de programação, **também salienta a distinção entre os 25% da programação diária da emissora destinados à publicidade comercial e a possibilidade adicional de exploração econômica do restante da grade de programação pelo concessionário**, observados os preceitos e as obrigações que regem a prestação do serviço de radiodifusão, de acordo com o art. 221 da Constituição Federal; que o art. 38, letras “e”, “f” e “h” da Lei no. 24.117/1962 previu apenas que “os serviços de informação divertimento, propaganda e publicidade das empresas de radiodifusão estão subordinadas às finalidades educativas e culturais inerentes à radiodifusão, visando aos superiores interesses do País”; que “as emissoras de radiodifusão, excluídas as de televisão, são obrigadas a retransmitir, diariamente, das 19 (dezenove) às 20 (vinte) horas, exceto aos sábados, domingos e feriados, o programa oficial de informações dos Poderes da República, ficando reservados 30 (trinta) minutos para divulgação de noticiário preparado pelas duas Casas do Congresso Nacional”; e que **“as emissoras de radiodifusão, inclusive televisão, deverão cumprir sua finalidade informativa, destinando um mínimo de 5% (cinco por cento) de seu tempo para transmissão de serviço noticioso”**; **“assim, nada mais trata sobre a forma de exibição dos programas”**. (negrito meu)

Quanto à publicidade, **o art. 124 do Código Brasileiro de Telecomunicações dispõe que “o tempo destinado na programação das estações de radiodifusão, à publicidade comercial, não poderá exceder de 25% (vinte e cinco por cento) do total”**; e o art. 28, no. 12, letra “d”, limita **“ao máximo de 25% (vinte e cinco por cento) do horário da sua programação diária o tempo destinado à publicidade comercial (incluído pelo Decreto no. 288.067, de 26.1.1983)”**.

Assim, **“tanto o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei no. 4.117/62), como o Regulamento de Serviços de Radiodifusão, aprovado pelo Decreto no. 52.795, de 1963, quedam-se silentes quanto à possibilidade de que a prestadora de serviço de radiodifusão possa transmitir programas de terceiros”**. (negrito meu)



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

Alega que “não há, na radiodifusão, vinculação entre quem produz e quem transmite o programa televisivo, desde que respeitadas as limitações previstas na regulamentação e obedecidos os princípios constantes na Constituição”; que nem a Lei no. 4.117/63, **tão pouco o Regulamento de Serviços de Radiodifusão definem o que se entende por publicidade comercial**, deve-se vasculhar um conceito próprio sob pena de incorrerem em excessos não previstos em lei, assim, parte-se de um exame das normas que tratam de publicidade para, ao menos, diferenciá-la dos programas produzidos por terceiros”; que **“o conceito dado à publicidade comercial pelo MPF é bastante extensivo, extrapolando, pois, o limite concedido pelo art. 124 da Lei no. 4.117, de 1967”** e que, como “o CBT tem mais de cinquenta anos de vida, razão pela qual seus conceitos devem ser analisados a partir de normas mais atuais”; assim, “a Lei no.12.485, de 2011, dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado, que, de acordo com o seu art. 2º., inciso VI é assim definido: “VI – Comunicação Audiovisual de Acesso Condicionado: complexo de atividades que permite a emissão, transmissão e recepção, por meios eletrônicos quaisquer, de imagens, acompanhadas ou não de sons, que resulta na entrega de conteúdo audiovisual **exclusivamente a assinantes**”; nestes termos, “a diferença do serviço previsto na referida lei com o serviço de radiodifusão **é apenas a entrega do conteúdo aos assinantes, diversamente da radiodifusão comercial, a qual é aberta à recepção pública**”; o art. 2º. daquela Lei no. 12.485/2011 define **“Espaço Qualificado” como o “espaço total do canal de programação, excluindo-se conteúdos religiosos ou políticos, manifestações e eventos esportivos, concursos, publicidade, televentas, comerciais, jogos eletrônicos, propaganda política obrigatória, conteúdo audiovisual veiculado em horário eleitoral gratuito, conteúdos jornalísticos e programas de auditório ancorados por apresentador**”; **“Espaço Qualificado”, “nos termos da lei, é utilizado para excluir certos tipos de conteúdo audiovisual de determinado horário; o importante do conceito é que ele diferencia a publicidade dos conteúdos religiosos ou políticos”, “assim, por consequência lógica, publicidade não abrange e nem pode ser confundido com conteúdos religiosos ou políticos, já que estes possuem natureza distinta daquela**”; o art. 35, § 5º. da Lei do SeAC, “o qual, ao regular os canais estatais e comunitários na TV por assinatura, coloca como espécies diversas a comercialização de intervalos e a publicidade comercial”; que o art. 11, VII da Lei no. 11.652/2008, que trata da Empresa Brasileira de Comunicação, prevê que “os recursos da EBC serão constituídos da receita proveniente: ...VII – de publicidade institucional de entidades de direito público e **de direito privado**, vedada a veiculação de anúncios de produtos ou serviços”, de onde se extrai que **o “conceito de publicidade institucional” implica na impossibilidade de veiculação de anúncios de produtos ou serviços**, logo, “como as partes contratantes, no caso, são entidades de direito público e privado e uma prestadora de radiodifusão, **a única diferença entre a publicidade institucional e a**



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

publicidade comercial é exatamente a veiculação de anúncios de produtos ou serviços”; que “não se pode desvincular a publicidade comercial da veiculação de anúncios de produtos ou serviços”; que “entende-se que a publicidade comercial se aproxima muito mais do conceito de peça publicitária” “destinada ao rádio e à televisão com o objetivo de veicular anúncio de produtos ou serviços, não possuindo, portanto, a amplitude desejada pelo Ministério Público; assim, quando o conteúdo é religioso, não é possível, desde logo, afirmar que existe extrapolação do limite de 25% da publicidade comercial”. (negrito meu)

A União Federal também diz que **“a questão que deve ser respondida é se existe um monopólio na produção de conteúdo ou se este é aberto a terceiros”; que o art. 221, II da CF/88 “não prevê que o Estado deva estimular produção independente de determinada orientação religiosa”, “no entanto, a Lei Maior, ao possibilitar o estímulo a produções independentes para a promoção da cultura nacional e regional parte do pressuposto que a produção independente é possível”; “sendo possível a produção independente, compete somente à lei estabelecer proibições a determinados tipos de produção”, e, ao se “analisar o conjunto normativo aplicável à radiodifusão, não há qualquer norma que proíba a veiculação de produção independente, ao contrário”, o art. 16, § 1º, letra “d” do Regulamento de Serviços de Radiodifusão, aprovado pelo Decreto no. 52.795 de 1963, “estabelece que este é um dos critérios para a classificação das propostas”, embora a União Federal admita que aquela norma não trata “especificamente de programas religiosos”. (negrito meu)**

A União Federal continua, dizendo que **os programas produzidos por terceiros, “em princípio”, “são adquiridos pelas empresas de radiodifusão para transmissão mediante pagamento à produtora, entretanto, nada obsta que isto aconteça de forma reversa, por um simples motivo: não há vedação neste sentido; afirmar que não é possível a veiculação de conteúdo de terceiro quando haja contraprestação, quando não haja proibição legal poderia até mesmo ser entendido como espécie de censura nos termos do art. 220 da Constituição Federal”, isso porque “somente a Lei Federal poderia limitar a veiculação deste tipo de programação e não somente a intervenção do Poder Judiciário”, levando entendimento diverso “a uma intervenção indevida do Judiciário no Poder Executivo, o que é vedado pelo art. 60, § 4º, III da Constituição”.**

Prossegue, dizendo ser um equívoco o pressuposto de que **“a prestação do serviço teria sido transferida para um terceiro”, uma vez que, sendo os programas sendo produzidos por terceiro, “isto não quer dizer que tenha havido transferência da execução do serviço”, e isso porque “o serviço de radiodifusão compreende não somente a produção de conteúdo, mas a disposição**



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

dos equipamentos para a transmissão dos sinais, a organização da programação, dentre outras atividades”, **o que não significa dizer que “a outorgada do serviço de radiodifusão não possui responsabilidade sobre a programação veiculada, porque é esta que possui relação com o Poder Público, assim, a outorgada tem responsabilidade pelo conteúdo de terceiro veiculado em sua programação”**, fato decorrente “da relação contratual entre o Poder Público e o particular, não existente com o produtor do conteúdo”. (negrito meu)

Argumenta que **“a fiscalização do conteúdo” “ocorre a partir da análise do que é apresentado durante todo o horário da programação e não a partir de contratos celebrados com terceiros não previstos em lei”**, “verificado que a outorgada não obedeceu a todas as condições previstas em lei ou em contrato durante a sua programação, e não a partir de determinado programa ou contrato”.

A União Federal mencionou decisão proferida na Ação Civil Pública no. 0022869-77.2014.4.403.6100 no âmbito do TRF-3ª. Região, que julgou “tese semelhante à dos presentes autos, tendo o pedido sido julgado improcedente”.

Quanto ao pedido de medida liminar, invocou em contrário as normas do art. 1º. da Lei no. 8.437/92.

RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S/A contestou no EVENTO 16 – CONT 1.

Alegou, em síntese, preliminarmente, exceção de incompetência absoluta do foro do Rio de Janeiro, uma vez que a sede da ré “fica na Cidade de São Paulo, tanto pela existência de Ação Civil Pública referente a suposta ofensa a religião de matriz africana, quanto pelo Inquérito Civil Pública no. 1.030.001.000085/2016-05”, “inclusive, em um dos Ofícios expedidos o IC acima”, “foi solicitado que a ré RECORD juntasse a sua grade de programação e contrato celebrado com a Igreja Universal do Reino de Deus”, sendo deste modo “possível verificar as partes contratantes e os endereços”, igualmente sendo “facilmente dedutível que a emissora que recebe a programação da IURD e que gera o sinal para todo o território nacional refere-se à sede, localizada na Cidade de São Paulo”, situação esta que foi “esclarecida em resposta ao Ofício no PRRJ/GAB/SGS no. 10794/2016, quando a TELEVISÃO RECORD DO RIO DE JANEIRO LTDA, em 15.08.2016, **salientou a sua incapacidade para responder aos questionamentos elaborados pelo MPF, oportunidade que passou o MPF a enviar todos os Ofícios para a sede da RECORD, situada na Rua da Várzea, na Cidade de São Paulo – SP**”; que o caso é de aplicação da norma do art. 2º. da Lei no. 7.347/85, sendo a “*ratio legis* da utilização do local do dano como critério definidor da



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

competência nas ações visa proporcionar maior celeridade no processamento, na instrução e, por conseguinte, no julgamento do feito, dado que é muito mais fácil apurar o suposto dano e suas provas no juízo em que os fatos ocorreram”, argumentação esta que já foi seguida no AI no. 5000216-77.2020.4.02.0000, TRF-2ª. Região, Rel. Des. Fed. Marcelo Pereira da Silva, julg. 17.01.2020; no AgRg nos EDcl no CC 113.788-DF, STJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julg. 14.11.2012; incompetência deste MM. Juízo Federal da 10ª. Vara Federal Cível/RJ, na forma do art. 2º., parágrafo único da Lei no. 7.347/85, tendo em vista que “a ré localizou três Ações Cíveis Públicas – 0028088.18.2007.4.03.6100; 0022869-77.2014.4.03.6100; e 0022870-62.2014.4.03.6100, comprovando assim a prevenção da Comarca de São Paulo”, enfatizando a ré que “**não há necessidade de identidade absoluta entre a causa de pedir e o pedido, sendo suficiente que um deles seja o mesmo e capaz de gerar insegurança jurídica, caso possua julgados diversos**”; inépcia da petição inicial, uma vez que “o autor faz uma **associação indevida entre espaço publicitário e programa**, concluindo pela redução do espaço publicitário e reanálise dos termos do contrato, utilizando como argumento o artigo 124 da Lei no. 4.117/62 e artigo 28, 12, “d” do Decreto no. 52.795/63, **os quais em momento algum tratam da comercialização de espaço na grade da concessionária pública**” (negrito meu); que “**publicidade comercial** é atividade de difusão de mensagens destinadas a estimular o consumo de determinados produtos ou serviços, **ou de promover a imagem de determinadas instituições comerciais perante o telespectador**”, atividade esta que “é regulada pelo CONAR e está disciplinada no” artigo 8º. do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária”, o qual define a expressão como “**toda atividade destinada a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos ou ideias**”; que “publicidade comercial jamais poderia ter sido confundida com programa de televisão, produção independente ou comercialização de espaço na grade, por serem institutos completamente distintos”; que, no Ofício no. 1018/2004/SE-MC, expedido pelo Ministério das Comunicações, em resposta a questionamento do Ministério Público Federal em 27.07.2004, foi declarado que “**a legislação não prevê nenhuma proibição quanto à cessão de espaço**” “**no canal, sob sua responsabilidade, a terceiros**” e que, “em outra resposta de Ofício do Ministério das Comunicações de 20 de setembro de 2004”, a Lei no. 4.117/62, que instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações, e o Decreto no. 52.795, de 31.10.1963, que aprovou o Regulamento dos Serviços de Radiodifusão, “**não proíbem expressamente a cessão de parte do horário destinado à transmissão de programas das emissoras**”, vetando a “**cessão integral**” daquele “espaço”, assim sendo configurado “o fato, quando ocorrido em transferência direta da concessão, permissão ou autorização, sem autorização do Poder Concedente”, “**assim, não existe relação entre a publicidade e venda de espaço**, bem como não existe legislação, normas, pareceres ou qualquer outro documento que ampare a alegação do autor”; ainda inépcia da



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

inicial, em razão de falta de juntada de documento essencial à propositura da ação, isto porque o Inquérito Civil no. 1.30.001.000085/2016-5, com base no qual o Ministério Público Federal informou que “a emissora demandada dedica atualmente até 9 horas e 11 minutos de sua programação diária (o equivalente a 38,43%) à veiculação remunerada de conteúdos produzidos por terceiros”, **“ainda pende de conclusão, inclusive devido à ausência de juntada de Nota Técnica do MCTIC, requerida pelo próprio Ministério Público Federal naqueles autos”**; além disso, a Nota Técnica no. 18.499/2017-SE8-MCTIC “foi redigida para a BAND RIO, tendo sido posteriormente revogada, por violar a legislação”; que “a presente ação foi precedida de dois Inquéritos Cíveis, sendo eles: IC no. 1.30.001.000085/2016-05 e IC no. 1.34.001.0009000/2017-60”, apenas este tendo tido por origem “uma denúncia, do Sr. CELSO NOBUO KAWANO JÚNIOR, não apenas contra a ré, mas contra outras emissoras, tendo sido arquivado por entender o Procurador Regional da República Elton Venturi que já existia anterior IC contra a Requerida, o qual prosseguiria para investigação”, “justamente o que ocorreu, permanecendo o IC no. 1.30.001.000085/2016-05, oferecido pelo próprio MPF” “sem conclusão”; que **“o IC que deu margem à presente ação sequer foi originado de qualquer manifestação ou reclamação de telespectadores e já era anterior ao IC com a denúncia única”**; que, “por mais que o IC não seja procedimento anterior necessário para propositura de Ação Civil Pública, **tendo ele sido iniciado deve ser finalizado, para então dar margem a interposição da ACP, conforme disposição do art. 8º da Lei no. 7.347/85**”; no mérito, que “o serviço de radiodifusão é uma atividade que utiliza-se de meios físicos para a transmissão de sons e imagens, ocupando o espectro eletromagnético, o qual é limitado fisicamente e por este motivo, nasce a necessidade de controle governamental não apenas da sua respectiva utilização, como também da disciplina do seu uso”; que, “por se tratar de um bem público a Constituição Federal faz menção a tal serviço outorgando à União a competência para *explorar diretamente, ou indiretamente, através de autorização, permissão ou concessão, os serviços públicos de radiodifusão sonora e de sons e imagens* (art. 21, XII, “a”), o qual estará condicionado a modalidades e classificações dos serviços, tais como: TIPO DE TRANSMISSÃO – a) sons; b) sons e imagens; ÁREA DE SERVIÇOS – a) local; b) regional; c) nacional; TIPO DE FUNCIONAMENTO – a) de horário limitado; b) de horário ilimitado; - FAIXA DE FREQUÊNCIA: a) média frequência (MF); b) alta frequência (HF); c) muito alta frequência (VHF); d) ultra-alta frequência (UHF); - MODALIDADE: a) radiodifusão comercial; b) radiodifusão educativa; c) radiodifusão comunitária; “cada tipo de serviço possui direitos e obrigações distintos; para a outorga de radiodifusão comercial, que é a modalidade executada pela emissora ré”; que “a emissora que opera em território nacional, como é o caso da ré, obtém a outorga para tal finalidade, porém”, “deve oferecer meios para que o sinal cheque em todas as localidades do Brasil, a infraestrutura física de transmissão de sinais em rede se



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

dá através de estações geradoras, retransmissoras e repetidoras”, assim entendidas: “GERADORAS – as estações principais, que produzem todo o conteúdo nacional; AFILIADAS – instaladas nas capitais que não têm geradoras e nas cidades medianas, repassam o sinal da emissora mas, por lei, precisam preencher uma parte da sua programação com conteúdo regional; RETRANSMISSORAS – localizadas nas cidades menores, apenas repetem o conteúdo transmitido pelas afiliadas para que o sinal alcance todas as residências dentro da área de cobertura”; “a concessão obtida por uma empresa pode ser transferida para outro CNPJ, pelo tempo de concessão que ainda resta, desde que exista uma anuência prévia do MCTIC, como determina o Decreto no. 52.795/63, no artigo 93 e seguintes”; que “a partir da publicação do Convênio celebrado entre o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações e a ANATEL, em agosto de 2011, a Agência passou a fiscalizar e instruir Processos de Apuração de Infração relativos ao conteúdo da programação veiculada”, permanecendo “a competência para aplicar sanções administrativas resultantes desses processos” “com o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações”; que “o MPF exemplifica a sua tese comparando os institutos da concessão da radiodifusão com o da concessão de exploração de rodovias, os quais, contudo, são completamente diferentes”; que “a única forma das emissoras obterem receita é através da comercialização de publicidade e de espaço na sua grade de programação”, como resultado das normas dos arts. 101 da Lei no. 4.117/62 e 41 da Lei no. 8.987/95; que “a concessão pertinente aos serviços de radiodifusão possui regime especial e não deve ser comparada às concessões amparadas pela Lei no. 8.987/95, pertinente aos serviços públicos em geral, descrita pelo art. 175 da Constituição Federal”; que “não se aplica à somatória da comercialização de espaço na grade com a publicidade comercial, porquanto são institutos diversos” e “a concessão obtida pela ré relaciona-se a lei especial, pertinente a exploração de radiodifusão comercial, a qual permite a obtenção de lucro, estando autorizada a livre iniciativa e concorrência”; que, “se houvesse concorrência desleal, referida matéria não seria passível de discussão pelo Ministério Público Federal, o qual é completamente incompetente para tal finalidade, restando a legitimidade ativa para a empresa ou pessoa física que se sentir prejudicada ingressar com demanda, o que em momento algum foi feito contra a ré, seja na Justiça ou no CADE”; que “a obtenção de lucro na exploração da radiodifusão comercial é plenamente permitida, diferentemente do que ocorre na radiodifusão educativa ou até mesmo na execução das concessões descritas pela Lei no. 8.987/95”, isto porque “o serviço prestado por delegação não deixa de ser uma atividade econômica, a sua diferenciação está justamente na sua prática preferencialmente pelo setor público”; que “o serviço prestado por delegação não deixa de ser uma atividade econômica, a sua diferenciação está justamente na sua prática preferencialmente pelo setor público”, mas, “embora não esteja sob o domínio da atividade econômica em sentido estrito, de cuja atuação é



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

exclusivamente privada, está inserido no domínio da atividade econômica, e recebe, por isso, a possibilidade de gerar lucro, possuindo assim a livre concorrência para contratar e para comercializar, além de publicidade comercial, espaço para inserção de programação independente”; que a AC no. 2003.004344-6, julgado pelo TJSC e o AI no. 126566-5 julgado pelo TJPR, “não guardam qualquer relação com o presente caso”, no primeiro, tratava-se de “transferência de Outorga” “a terceiro estranho” à “pessoa jurídica que recebeu a concessão”, “sem deliberação do Ministério das Comunicações”, com o que se feriram os arts. 93 e seguintes da Lei no. 52.795/63; que “o contrato entre a ré e IURD não é proibido por lei, tampouco necessita do aval do Ministério das Comunicações ou demais órgãos para existir”; que **“o termo publicidade comercial é autoexplicativo e carrega na sua essência o objetivo de promover a venda de produtos e serviços ao consumidor, através da veiculação de anúncios durante intervalo na grade de programação da emissora, escolhida para sua programação”**; que, **“partindo-se de dados da realidade para a interpretação do texto normativo, verifica-se que a publicidade comercial é uma atividade econômica que envolve relações entre o anunciante, a agência de publicidade e o veículo de comunicação, que neste caso é a emissora ré”**, conceito este **“pacificado entre os Órgãos fiscalizadores da atividade de radiodifusão”**; assim, para a ANCINE, **“Categoria Publicidade”** é expressão que identifica **“programas que têm por finalidade promover um produto, serviço, marca, empresa ou ideia”**, **“podem ter um espaço definido na grade de programação ou podem estar presentes no intervalo dos programas”**; um de seus “gêneros” é a publicidade “comercial”, assim entendida **“a obra publicitária tradicional, veiculada em intervalos próprios: “tem, na maioria, trinta segundos, mas varia de acordo com os espaços comercializados pelas emissoras, que vão de cinco segundos (usados por vinhetas) a breaks mais longos de um a dois minutos”**; que “o Ministério das Comunicações, também já se manifestou sobre o que seria publicidade comercial no Parecer 494/2015/CONJUR-MC/CGU/AGU, no sentido de que “não há óbice para o arrendamento de programação para transmissão de conteúdo de terceiro” e que **“os programas de conteúdo religioso não se confundem com publicidade comercial”**, neste mesmo sentido sendo o Parecer 10/2015/CONJUR-MC/CGU/AGU, ao dizer que “a publicidade comercial prevista no art. 124 da Lei no. 4.117, de 1962, deve ser entendida como **peça publicitária destinada ao rádio e à televisão com o objetivo de veicular anúncio de produtos e serviços”**, **“quando o conteúdo é religioso não é possível, desde logo, afirmar que existe extrapolação do limite de 25% da publicidade comercial”** ; que, na “Nota Informativa no. 4463/2019/SEI-MCTIC, destinada especificamente a este processo, a pedido de subsídios para a contestação feita pela União, foi apresentada resposta confirmando o descrito acima”; que **“os órgãos fiscalizadores e responsáveis pelas emissoras públicas de radiodifusão demonstram entendimento pacífico referente ao que seria a Publicidade Comercial e a sua**



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

dissociação com a comercialização de espaço na grade da emissora”, assim, “o Informe de Tratamento de Mercado das TVs abertas da ANCINE, o qual contém análise individual das emissoras de TV aberta, apresentando os dados obtidos para cada divulgação, durante o período de 01 ano, como pode ser observado às fls. 92”, documento este que comprova que “a ré está cumprindo exemplarmente as exigências descritas pela Constituição Federal e as Leis no. 4.117/62 e Decreto no. 52.795/63, referente aos limites mínimos obrigatórios, pertinentes a veiculação de serviços noticiosos, de entretenimento e educacional”, e que “a publicidade comercial” atinge “apenas 0,10% de sua cota”; mesmo assim, se “este valor fosse somado à categoria “Outros”, tendo como o gênero “religioso”, não excederia a importância diária de 25%”; que, “a não ser que haja flagrante ilegalidade ou falta de razoabilidade (o que não é o caso) ,há de se prestigiar a decisão técnica das agências reguladoras/fiscalizadoras, pois falta ao Ministério Público capacidade técnica para definir as prioridades no campo da radiodifusão”; que, na ACP no. 0013075-23.2004.4.05.8300, proposta pelo MPF em face da Universidade Federal de Pernambuco, para o fim de proibir-se a “veiculação de publicidade comercial distinta do apoio cultural pelas emissoras de rádio e televisão vinculadas à Universidade, além da apuração de desvio de receita publicitária na Universidade”, o próprio MPF definiu “publicidade comercial” como “qualquer veiculação de propaganda/comerciais com fins que visam exclusivamente de lucro, ou que objetivem tornar conhecido produto ou serviço a fim de despertar nos consumidores o desejo da coisa anunciada, desvinculados da ideia de propaganda institucional ou de apoio cultural”; que “a proibição de veiculação de publicidade relativa a produtos e serviços específicos acarretaria à TV e à Rádio Universitária a brusca redução de recursos importantes para a sua própria manutenção, o que poderia redundar na paralisação de suas atividades; sendo assim, na esteira do princípio da proporcionalidade, é preferível a manutenção de um serviço essencial ao interesse público ao apego à letra fria da vetusta legislação”; que, sendo o Ministério Público Federal “um poder único e indivisível, não poderia jamais ter litigado em sentido contrário ao seu próprio entendimento”, não havendo “que se falar em independência funcional, pois esta refere-se apenas ao MPF não se submeter a outro poder hierárquico no exercício de sua função, porém, dentro do MPF e de sua estrutura, esta deve ser única e indivisível”; que na ACP no. 0022869-77.2014.4.03.6100, proposta em face da CNT, RÁDIO E TELEVISÃO OM LTDA., IGREJA UNIVERSAL DO REINO DE DEUS, dentre outros, contendo a mesma causa de pedir e pedido aqui exposto”, a sentença decidiu que “o fato da IURD pagar determinado valor para utilização da grade de programação do Grupo CNT revela o caráter comercial que a operação (contrato) tem para com o concessionário (Grupo CNT), não ao caráter comercial ou não do conteúdo ou da instituição que contrata determinado tempo de programação”; que “o conceito de publicidade comercial, tal como visto, em nada se confunde com a “comercialização da grade de



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

programação”; que “elastecer o conceito (técnico) de publicidade comercial para abarcar a negociação (comercial) encetada entre a concessionária de radiodifusão e, no caso, a IURD, vai de encontro à “mens legis” que é a proteção ao telespectador, alcançando situação jurídica não prevista na norma (...), não há vedação normativa para a comercialização da grade de programação por parte da concessionária do serviço de radiodifusão, sendo que a contraprestação financeira se insere na finalidade lucrativa da chamada radiodifusão comercial”; e que “a defesa do caráter *extra commercium* do serviço de radiodifusão vai de encontro à natureza específica desse setor, no qual a existência do lucro é característica inerente, e cujo regime jurídico da concessão é distinto do previsto na Lei no. 8.987/95”; que o próprio MPF concordou com a sentença e decidiu não apelar contra ela; que, na ACP no. 0034594-11.2004.4.03.6100, proposta contra a ré tendo por objeto “pedido de direito de resposta, na programação da emissora, para as entidades afro-brasileiras se pronunciarem, a respeito de suposta ofensa proferida no programa “FALA QUE EU TE ESCUTO”, “o MPF pleiteou direito de resposta para ser inserido em espaço na grade de programação da RECORD”; que “a ré disponibilizou o espaço na grade, inclusive com as mesmas condições oferecidas às outras entidades religiosas, **porém, desde que houvesse remuneração econômica**”; repete a TV RECORD que “existe a expressa manifestação do MPF de que: 1 – A Lei não veda a comercialização parcial da grade de programação das emissoras; 2 – **A comercialização ocorre para programa e não para publicidade, existindo diferenciação entre elas**; 3 – resta comprovado que não existe limitação de tempo para a comercialização de espaço pela ré, não podendo ser associada com a publicidade comercial”; que “não há que se falar em violação ao artigo 122, XIV do Decreto no. 52795/63, mesmo porque jamais a ré outorgou ou outorgará os seus direitos de concessionária pública à IURD ou a qualquer outra entidade religiosa e/ou pessoa jurídica; no contrato celebrado entre a ré e a IURD, que fora juntado pelo MPF às fls. 865/871, não existe uma linha sequer que mencione sobre a transferência dos poderes de uso e gozo da outorga da RECORD para a IURD, não existindo menção sobre cessão ou arrendamento do transmissor, bem como dos demais equipamentos necessários para a execução do serviço de radiodifusão”; “o fato da ré estimular a produção independente e cumprir com a norma vigente, que requer tal providência em sua grade não significa que esteja entregando a sua concessão a terceiros”, “o que ocorre é a celebração de um contrato onde a IURD faz a produção de seu conteúdo e o envia para que a ré RECORD o veicule, e é esta última que faz a inclusão em sua grade de programação, conforme contrato assinado entre as partes”; que “a ré pode comercializar parte de sua grade, não existindo qualquer impedimento neste sentido, pelo contrário, a própria Constituição Federal, no artigo 221, inciso II, impõe o estímulo à produção independente”; que o art. 16, § 1º., letra “d” do Decreto no. 52.795/63 estabelece “como critério de seleção para a proposta técnica na licitação, a necessidade de concessão de espaço na grade para



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

veiculação de programas produzidos por terceiros”; que “não existe qualquer norma que impeça a venda de espaço, tampouco, para entidades religiosas”; que “**a Regulamentação do Direito de Radiodifusão brasileiro não prevê o dever das radiodifusoras veicularem, em sua programação, apenas conteúdo próprio, da mesma forma que não há na legislação qualquer vedação quanto à obtenção de remuneração pela comercialização de espaço a terceiros**”; que “**o fato de se transferir a responsabilidade integral a terceiro sobre a programação que este produziu não deixa implícito que a responsabilidade sobre todos os programas da RECORD sejam agora de responsabilidade integral da IURD**”, isto porque, “gerenciar a concessão vai muito além de se responsabilizar por um ou por todos os programas da emissora, implica o manuseio do transmissor e de todos os equipamentos necessários para a execução do serviço”, além de “toda a parte administrativa, tributária, trabalhista, dentre muitas outras”; que “**jamais um simples contrato de venda de espaço de programação de, em média, 7 (sete) horas diárias, na madrugada, por tempo determinado, teria o poder de transferir uma outorga, além de todos os ativos e passivos da emissora**”; que as “equivocadas premissas” do MPF, somadas à “tentativa de reduzir, especificamente, o contrato existente entre a ré e a IURD **demonstra uma censura velada não apenas ao conteúdo religioso veiculado, mas também aos contratos celebrados pela emissora, restando muito pouco para que o MPF pleiteie a análise e chancela destes**, o que jamais deverá ser permitido pelo Judiciário, devido à clara violação dos arts. 220 e 5º., incisos IV, V, X, XIII e XIV da CF”; que “**somente a lei federal poderá limitar a veiculação deste tipo de programação e não somente a intervenção do Poder Judiciário**, conforme pretende o MPF”; que “**a programação produzida pela IURD e veiculada na madrugada pela ré é de cunho religioso, cultural e educacional, sendo impossível desagradar, afrontar ou até mesmo prejudicar terceiros**”; que “não existe vedação legal na Constituição Federal a serem atendidas, na produção e programação das emissoras, **somente os percentuais descritos no artigo 221 da CF**, os quais já foram demonstrados pela ré que estão sendo plenamente cumpridos”; “a título de argumentação, caso a ré entendesse que a publicidade comercial e venda de espaço fosse a mesma coisa, e quisesse se enquadrar nos limites legais, cortando toda e qualquer publicidade comercial, restando apenas a comercialização de espaço para exibição de programas religiosos, ainda assim estaria agindo de forma contrária ao pedido do MPF, **que visa à redução da comercialização dos contratos efetuados com entidades religiosas**”; que, “no *site* dos Ministérios das Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações é possível verificar que existem diferentes modalidades de radiodifusão, podendo ser “comercial, “educativa” ou “comunitária”, sendo cada qual submetida a diferentes processos de outorga ou concessão”; que, “em cartilha obtida neste mesmo *site*, “**o caráter comercial de uma delegação de radiodifusão se dá em razão da possibilidade de prestação de serviços diferenciados, com**



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

conteúdo específico para cada tipo de público (músicas, notícias, esportes, etc); outra característica é a possibilidade de a emissora ser financiada por anúncios nacionais ou locais, e até por patrocínio”; que, “por mais que o setor privado de radiodifusão ostente a característica de serviço público, prestado indiretamente pelo Estado, por meio de delegação, o fato é que a principal finalidade das emissoras comerciais é gerar lucratividade”, “isto porque o setor de radiodifusão privado não é custeado por receitas provenientes da cobrança de tarifas dos usuários, ou seja, não há uma receita pública para o financiamento do serviço privado de radiodifusão”; que “a lei limita em 25% a exploração de publicidade comercial, contudo, resta silente com relação à comercialização de espaço na programação das emissoras, não podendo esta ser somada de forma aleatória e injustificada ao artigo 142 da Lei no. 4.117/62 e artigo 28, 12, “d” do Decreto no. 52795/63”; que **“a tabela descrita na inicial pelo MPF (fls. 12) demonstra dados incorretos, como faz prova a documentação da ANCINE (fls. 92)”**; enfim, “não existe, por parte da ré, obtenção ilegal de receita”, inclusive a vedada pelo art. 36, I e III da Lei no. 12.529/2011, “através da comercialização de sua grade à IURD, mas tão somente, a exploração econômica de sua concessão, nos termos legais”. (negritos meus)

A União Federal não quis produzir outras provas (EVENTO 24 – PET 1).

Réplica do Ministério Público Federal (EVENTO 27 – RÉPLICA 1).

No EVENTO 31 – PET 1, RECORD TV pediu o saneamento do processo, decidindo-se as preliminares alegadas em contestação e, subsidiariamente, a produção de prova documental, juntando na oportunidade cópia da decisão de arquivamento do PAI 01250.016655219, e a intimação do Ministério Público Federal para juntar aos autos “a atualização da Ação Civil Pública 1.30.001.0000825/2016-05, com juntada de complementação de cópia/documentos, uma vez que é dele que decorre a presente ação, bem como para o controle de legalidade dos atos praticados pelo MPF”.

A União Federal manifestou-se quanto aos documentos juntados no EVENTO 31. (EVENTO 36 – PET 1)

Vieram-me os autos conclusos para sentença (EVENTO 40).

É o Relatório.

Passo a decidir.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

PRELIMINARMENTE

Quanto à alegação de incompetência absoluta, feita por RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S/A, sob o fundamento de que sua sede localiza-se na Cidade de São Paulo – SP.

A ação foi proposta contra RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S/A, “com sede em São Paulo – SP, na Rua da Várzea, 240/250 – Barra Funda – CEP 01140-080”, além da União Federal.

O pedido contra RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S/A foi de sua condenação “a **ajustar sua programação** aos ditames da Lei, **reduzindo, consequentemente, o período total comercializado (inclusive comercializado a entidades religiosas ou outros entes sem fins lucrativos) para 25% do tempo diário**”. (EVENTO 1 – INIC 1, item V, letra “b.1” – página 25).

A causa de pedir principal foi a de que “a comercialização de **tempo diário de programação superior ao limite de 25%** configura prática ilícita, prejudicando a totalidade de telespectadores e as demais emissoras, em decorrência de competição desleal”. (EVENTO 1 – INIC 1, último parágrafo de fls. 02)

A Portaria de Instauração no. 312/2016 – Procedimento Preparatório no. 1.30.001.000085/2016-05 foi distribuída à PR-RJ – 17º. Ofício, abrangendo o **Município do Rio de Janeiro – RJ**, depois da “Manifestação 20150080091”, protocolada por um **município do Rio de Janeiro** (EVENTO 1 – ANEXO 2, páginas 05 e 06)

Por outro lado, RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S/A jamais negou que a emissora que recebe seu sinal no Município do Rio de Janeiro seja sua afiliada.

Segundo a própria RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S/A, deve-se entender por “afiliadas” as “estações retransmissoras” que, “instaladas nas capitais que não têm geradoras e nas cidades medianas”, “repassam o sinal da emissora, **mas, por lei, precisam preencher uma parte de sua programação com conteúdo regional**”. (EVENTO 16 – CONT 1, pág. 21) (negritos meus)

Outrossim, em sua réplica, o Ministério Público Federal ainda argumentou que:



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

“Contudo, a presente ação civil pública foi ajuizada em face da UNIÃO e da RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S/A tendo como causa de pedir o descumprimento, pela emissora, da legislação federal no que diz respeito ao limite de 25% para comercialização do tempo da programação veiculada **no Rio de Janeiro e em todo o território nacional.**”

“Efetivamente, conforme consta da grade de programação da emissora juntada aos autos e encontrada na INTERNET (<https://www.redetv.uol.com.br/programacao>), verifica-se que a transmissão da programação impugnada ocorre em todo o território nacional, **inclusive no Rio de Janeiro.**

“Trata-se, portanto, de prática ilícita reiterada que produz efeitos em âmbito nacional, **e não apenas no local onde o sinal da emissora é gerado ou no endereço de sua sede.**

“Acerca da matéria, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que, no caso de dano de âmbito nacional, **a competência territorial da ação civil pública é concorrente**, ou seja, o foro da capital dos Estados da Federação ou do Distrito Federal, à escolha do autor.” (negritos meus).

Como visto, o pedido do Ministério Público Federal é para que RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S/A seja condenada a **“ajustar sua programação”, “reduzindo, conseqüentemente, o período total comercializado** (inclusive comercializado a entidades religiosas ou outros entes sem fins lucrativos) para 25% do tempo diário”. (EVENTO 1 – INIC 1, página 25, letra “b.1”). (negritos no original).

Ora, se a emissora “afiliada” da RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S/A no Município do Rio de Janeiro **preenche uma parte de sua programação com conteúdo regional, então, não há como a programação como um todo ser organizada, nas 24 horas diárias, somente a partir daquilo que emitido por RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S/A sediada em São Paulo – SP.**

Em outras palavras: é possível, jurídica e faticamente, o **“ajuste de sua programação”** por parte de RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S/A com sede no Município de São Paulo – SP, recebida **no Rio de Janeiro, somente se sua emissora aqui filiada também ajustar a parte da programação que lhe cabe exclusivamente.**

Então, vê-se que:



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

O procedimento administrativo foi iniciado a partir de manifestação de **município do Rio de Janeiro**;

O pedido na petição inicial é o de que RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S/A seja condenada **“a ajustar sua programação”** ao limite máximo de 25% de programação **“comercializada”**;

Este tempo máximo de “programação comercializada”, feito contra RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S/A, só pode ser obtido **em sua totalidade** se, no Município do Rio de Janeiro, a emissora **afiliada, ela mesma, também ajustar a sua “programação comercializada”, já que, como exposto pela própria RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S/A, as afiliadas agregam à programação dela recebida conteúdo regional**, e é perfeitamente lógico admitir, mesmo que em linha de princípio, que esse “conteúdo regional” possa vir a **corresponder a programação comercializada, a qual, somando-se àquela programação recebida da emissora principal, poderia exceder ao limite máximo de 25% (vinte e cinco por cento) reclamado pelo Ministério Público Federal** em sua petição inicial.

Assim, tanto em razão de que o procedimento administrativo foi instaurado a partir de manifestação feita por **município do Rio de Janeiro**, como ainda pelo fato de que o pedido condenatório feito contra RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S/A **só possa jurídica e faticamente ser cumprido, como um todo, se sua afiliada no Município do Rio de Janeiro também ajustar a sua própria programação comercializada regionalmente**, rejeito a alegação de incompetência territorial funcional, baseada no fato de que a sede de RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S/A situa-se no Município de São Paulo – SP.

RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S/A alegou, também, **competência por prevenção**, relativamente às Ações Cíveis Públicas nos. 00280881820074036100; 00228697720144036100; e 00228706220144036100. (EVENTO 16 – CONT1, página 16).

As partes rés naquelas ações, contudo, são outras, que não RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S/A.

As causas de pedir daquelas três ações foram descritas **apenas genericamente** – violação ao artigo 124 da Lei no. 4.117/62 (todas as três ações cíveis públicas acima referidas); aos artigos 28 do Decreto no. 52.796/53 (processo no. 0028088-18.2007.4.03.6100) e ao artigo “28, 12, “d” do Decreto – Lei 52.790/63” (processo no. 0022869-77.2014.4.03.6100).



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

Considerando-se a generalidade da descrição das causas de pedir feitas naquelas três ações civis públicas – não houve sequer menção aos **fundamentos de fato que as integrariam** – já seria o bastante para se rejeitar a preliminar.

Aliás, e ainda por cima, no processo no. 0027870-62.2014.4.03.6100, os pedidos teriam sido os de **“invalidação da outorga à Rede 21: suspensão temporária em participação de licitação, entre outros”**, os quais são absolutamente distintos do pedido de **“ajuste da programação comercial”** feito pelo Ministério Público Federal nesta ação civil pública no. 5098336-18.2019.4.02.5101.

Para que seja fixada a competência por motivo de prevenção, resultante de conexão, continência, ou por qualquer outro motivo do qual possam resultar decisões judiciais contraditórias ou conflitantes, e mesmo que as partes não sejam as mesmas (art. 55, § 3º. do CPC), é imperioso que não só os pedidos, **mas também as causas de pedir**, sejam **examinados em sua inteireza**, ou seja: **não há como se reconhecer possibilidade de contradição ou conflito de decisões judiciais em processos diferentes se não há a exposição dos fundamentos de fato que constituem cada causa de pedir, em cada um daqueles processos distintos.**

Não se trata nem de se condicionar o reconhecimento da existência da possibilidade de advento de decisões judiciais contraditórias ou conflitantes à constatação de alguma *“identidade absoluta entre a causa de pedir e o pedido”*, argumentação em contrário feita por RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S/A.

O problema, aqui identificado, é que **sequer se pode falar em causa de pedir, ela mesma, se não se diz quais são os fundamentos de fato que a constituem em um processo.**

De fato, e lembrando José Joaquim Calmon de Passos, quando ainda em vigor o Código de Processo Civil de 1973, mas cujas observações permanecem válidas sob a égide do atual Código de Processo Civil:

“A causa de pedir, portanto, é não só aquele fato matriz da relação jurídica que vinculou os sujeitos da lide, como por igual o fato de que derivou o dever de prestar do sujeito obrigado ou daquele a quem a ordem jurídica imputa o dever de determinado comportamento.

“Pode-se, conseqüentemente, dizer que **a causa de pedir é a resultante da conjugação tanto do fato gerador da incidência originária, quando daquele de que resultou a incidência derivada.** Para alguns autores, a distinção se faz em termos de causa de pedir remota e causa de pedir próxima.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

Remota, a que se vincula ao fato matriz da relação jurídica. Próxima, a que se relaciona com o dever (lato senso) do titular da situação de desvantagem, ou daquele de quem se deve ou pode exigir determinado ato ou comportamento.

“(…)

“A causa de pedir será formalizada **naquela parte da inicial em que são narrados os fatos** e os fundamentos jurídicos do pedido. Vale dizer, aquela parte da inicial em que o autor descreve o fato gerador da incidência originária, de que derivou a relação jurídica que vinculou os litigantes, e o fato gerador da incidência derivada, de que resultou o dever, a obrigação ou a sujeição do demandado que, inadimplente (lato senso), determinou a configuração do conflito de interesses.

“Nenhum desses elementos pode ser descartado para identificação da causa de pedir, todos devendo estar presentes na petição inicial.”

“Conclui-se, portanto, que após a qualificação das partes, deve o autor **narrar os fatos**. Feita a narração dos fatos, seguir-se-á a exposição dos fundamentos jurídicos do pedido, isto é, **de como os fatos narrados justificam que o autor peça o que pede. Os fatos** e os fundamentos jurídicos do pedido, por conseguinte, nada mais significam do que **a descrição clara e precisa do acontecimento que foi a razão de ser da demanda e a categorização jurídica desse mesmo acontecimento**. A causa de pedir, ensina PONTES DE MIRANDA, **supõe o fato ou série de fatos dentro de categoria ou figura jurídica com que se compõe o direito subjetivo ou se compõem os direitos subjetivos do autor e o seu direito público subjetivo de demandar.**” (Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1992, 7ª. ed., v. III, p. 205) (negritos meus)

José Rogério Cruz e Tucci, igualmente ao tempo em que vigeu o Código de Processo Civil de 1973, e cujo raciocínio também continua válido:

“Recorrendo ao conhecido discri-me entre *fato jurígeno* e *fato simples*, anota Milton Paulo de Carvalho que o fato reputado como causa eficiente de uma pretensão processual é apenas aquele (*fato principal*) que emerge “carregado de efeito pelo ordenamento jurídico, e não, à evidência o *fato simples* ou *secundário*.”

“Daí porque, para que o órgão do Poder Judiciário possa proferir a sentença, é necessário que o ato inaugural do processo esteja particularizado por determinados acontecimentos produzidos pela dinâmica social e dos quais possa ser extraída uma consequência jurídica.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

“Com efeito, **“individualização e motivação de uma petição são dois aspectos distintos e se prestam a finalidades diversas...No que tange à delimitação da *causa de pedir*, unicamente têm valor aqueles episódios da vida real que a singularizam de todas as causas teoricamente possíveis, e que eventualmente poderiam constar da petição inicial”**, devendo, ainda, ser lastreados pela respectiva fundamentação jurídica.

“Como também já tivemos oportunidade de salientar, a *communis opinio* da doutrina universal, inclusive de época contemporânea, afirma que **o fato jurídico integra o núcleo central da *causa petendi*, concebido como fato ocorrido e enquadrável *sub espécie iuris***.

“O ***fato essencial***, pois, além de constituir o objeto da prova, é o **pressuposto inafastável da existência do direito submetido à apreciação judicial.**”

(“A Causa Petendi no Processo Civil. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2ª. ed., 2001, p. 153) (negritos meus)

E mais adiante:

“Conclui-se, assim, que a *causa petendi* possui dupla finalidade advinda **dos fatos que a integram**, vale dizer, presta-se, em última análise, a **individualizar a demanda e, por via de consequência, para identificar o pedido**, inclusive quanto à possibilidade deste. Afirma-se, com efeito, “que o pedido é possível juridicamente quando o ordenamento não o proíbe expressamente. Deve entender-se o termo “pedido” não em seu sentido de mérito, pretensão, **mas sim conjugado com a causa de pedir**. Assim, embora o pedido de cobrança, estritamente considerado, seja admissível pela lei brasileira, não o será se tiver como *causa petendi* dívida de jogo (art. 1.477, *caput* do Código Civil)”. (Op. cit., p. 159) (negritos meus)

Não só para a verificação da possibilidade de modificação da competência em razão de conexão, continência ou, ainda, para que de todo modo busque se evitar a superveniência de decisões judiciais contraditórias é **essencial a descrição integral da causa de pedir**.

Também para que se possa compreender o que, eventualmente, serão os **limites objetivos** daquilo que poderá ter sido abrangido pela **coisa julgada material**.

Assim, e conforme Leonardo Greco:

5098336-18.2019.4.02.5101

510007761079.V2



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

“Ainda a respeito dos limites objetivos, cumpre examinar o disposto nos artigos 474 do Código de 1973 e 508 do Código de 2015, que estabelecem o que a doutrina tem denominado de *efeito preclusivo da coisa julgada*, segundo o qual, transitada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor ao acolhimento ou à rejeição do pedido.

“Essa regra não pode ser interpretada como um alargamento da causa de pedir sem a explícita manifestação de vontade do autor. **Assim, o que fica acobertado por esse efeito preclusivo, como consequência do trânsito em julgado da sentença de mérito é a possibilidade de o autor, cujo pedido foi julgado improcedente, invocar em outra demanda outros fatos simples comprobatórios dos fatos constitutivos do seu direito para tentar evitar a coisa julgada, pois, nesse caso, idênticos os fatos constitutivos e preclusas para o autor as suas defesas indiretas às defesas indiretas do réu que, pelo princípio da eventualidade, deveriam obrigatoriamente ter sido objeto de alegação na réplica** (CPC de 1973, art. 326; CPC de 2015, art. 350). Assim, não se pode extrair do efeito preclusivo da coisa julgada a perda da faculdade do autor de formular o mesmo pedido **com causa diversa ,mas para isso será necessário que venha a invocar em outro processo outro direito ou outros fatos constitutivos do direito em que se fundamenta o seu pedido.**

“E para o réu, o efeito preclusivo da coisa julgada significa que, se ele tiver omitido alguma defesa que pudesse ilidir o pedido do autor, não poderá subtrair-se à imutabilidade da coisa julgada. (..)”.

(Instituições de Processo Civil – Processo de Conhecimento. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015, 3ª. ed., p. 336) (negritos meus)

A “pretensão deduzida em juízo” é elemento essencial à tipificação da própria espécie de ação coletiva – se relativa a direito difuso, individual homogêneo ou individual puro – e à formação da coisa julgada material que porventura será produzida, tanto no que diz com seus limites objetivos, como subjetivos.

Assim, com Patrícia Miranda Pizzol:

“De acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, a coisa julgada, no processo coletivo, atinge somente a parte dispositiva, tornando-a imutável e indiscutível. Quanto ao limite subjetivo, diferentemente do que ocorre no processo individual, a coisa julgada alcança toda a coletividade (direito difuso; coisa julgada erga omnes) ou todos os integrantes do grupo, classe ou categoria (direitos coletivos



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

stricto sensu; coisa julgada ultra partes) ou todas as pessoas unidas pela origem comum (direito individual homogêneo; coisa julgada erga omnes), como veremos no item seguinte.

“(…)

“Assim, o direito difuso difere do direito coletivo tão somente pelo aspecto subjetivo, tendo em vista que os titulares deste são determináveis, estando relacionados a um grupo, categoria ou classe; difere do direito individual homogêneo pelos aspectos subjetivo (titulares determináveis) e objetivo (objeto divisível). O direito coletivo difere do individual homogêneo pelo aspecto objetivo – enquanto o objeto deste é divisível o daquele é indivisível.

“Acrescente que, após o advento do Código de Defesa do Consumidor, qualquer outro conceito de direito coletivo, que não seja compatível com a definição legal apresentada, deve ser considerado de lege ferenda.

“Vale dizer que os conceitos acima estabelecidos não são estanques. Quando se pensa, por exemplo, em uma publicidade enganosa, pode-se vislumbrar lesão ou ameaça a direito difuso, coletivo stricto sensu, individual homogêneo ou individual puro, dependendo da pretensão deduzida em juízo. Em outras palavras, a lesão ou ameaça a um determinado direito ou interesse pode gerar pretensão de natureza difusa, coletiva ou individual homogênea, conforme se verifique, no caso concreto, a presença dos elementos que identificam cada uma das hipóteses legais. A pretensão deduzida em juízo que irá indicar a categoria de direito ou interesse violado e, conseqüentemente, o procedimento a ser adotado em cada caso. No exemplo mencionado, o pedido de não veiculação da publicidade enganosa ou de correção de tal publicidade tem natureza difusa; já o pedido de reparação dos danos causados aos consumidores pela publicidade é individual homogêneo. Aliás, a ação coletiva pode conter pedidos cumulados.”

(Coisa julgada nas ações coletivas. Disponível em https://www5.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf, acesso em 19.10.2021) (negritos meus)

Rejeito, assim, este argumento preliminar.

RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S/A alegou que, na “Ação Civil Pública 0022869-77.2014.4.03.6100, proposta em face da CNT, Rádio e Televisão OM Ltda, Igreja Universal do Reino de Deus, dentre outros, **contendo a mesma causa de pedir e pedido aqui exposto**”, a sentença declarou que “não há vedação normativa para a comercialização da grade de programação por parte da

5098336-18.2019.4.02.5101

510007761079.V2



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

concessionária do serviço de radiodifusão, sendo que a contraprestação financeira se insere na finalidade lucrativa da chamada radiodifusão comercial”; que “em parecer prolatado pela Procuradoria Regional da República, houve mais uma vez concordância com os termos exarados em sentença”; e que **“o MPF, que é uma instituição única e indivisível”, não pode ter “entendimento” “diverso para cada Procurador que ingressar com demanda, sob pena de insegurança jurídica”**. (negritos meus)

Quanto à identidade das causas de pedir e dos pedidos feitos naquela Ação Civil Pública no. 0022869-77.2014.4.03.6100 e nesta Ação Civil Pública, aplica-se a fundamentação acima explicitada, no sentido de que **não há como se falar nem mesmo em “causa de pedir” se não se especificam os fatos** que, junto com os fundamentos jurídicos, a constituem, e daí a generalidade da alegação feita por REDE RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S/A.

Quanto à alegação de que **“o MPF, que é uma instituição única e indivisível”, não pode ter “entendimento” “diverso para cada Procurador que ingressar com demanda, sob pena de insegurança jurídica”**.

A possibilidade jurídica de órgãos do mesmo Ministério Público divergirem de entendimento a respeito de temas semelhantes foi reconhecida pelo Eg. Supremo Tribunal Federal, assim tendo sido interpretada a **“diversidade” (autonomia do membro do Ministério Público) dentro da “unidade” (estrutura administrativa hierarquizada)**.

Neste sentido, veja-se:

“HABEAS CORPUS” – JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CONSOLIDADA QUANTO À MATÉRIA VERSADA NA IMPETRAÇÃO – POSSIBILIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE O RELATOR DA CAUSA DECIDIR, MONOCRATICAMENTE, A CONTROVÉRSIA JURÍDICA – COMPETÊNCIA MONOCRÁTICA DELEGADA, EM SEDE REGIMENTAL, PELA SUPREMA CORTE (RISTF, ART. 192, “CAPUT”, NA REDAÇÃO DADA PELA ER Nº 30/2009) – ATRIBUIÇÃO ANTERIORMENTE CONSAGRADA NO ORDENAMENTO POSITIVO BRASILEIRO (LEI Nº 8.038/90, ART. 38; CPC, ART. 557, § 1º-A) – AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE – IMPETRAÇÃO FUNDADA, EM PARTE, EM RAZÕES NÃO APRECIADAS PELO TRIBUNAL APONTADO COMO COATOR – INCOGNOSCIBILIDADE, NO PONTO, DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVAS NECESSÁRIAS À PRONÚNCIA DO PACIENTE – CONTROVÉRSIA QUE



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

IMPLICA EXAME APROFUNDADO DE FATOS E PROVAS – INVIABILIDADE DESSA ANÁLISE NA VIA SUMARÍSSIMA DO “HABEAS CORPUS” – PROMOTOR NATURAL – POSTULADO QUE SE REVELA IMANENTE AO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO – A DUPLA VOCAÇÃO DESSE PRINCÍPIO: ASSEGURAR AO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO O EXERCÍCIO PLENO E INDEPENDENTE DE SEU OFÍCIO E PROTEGER O RÉU CONTRA O ACUSADOR DE EXCEÇÃO (RTJ 150/123-124) – **OCORRÊNCIA DE OPINIÕES COLIDENTES MANIFESTADAS, EM MOMENTOS SUCESSIVOS, POR PROCURADORES DE JUSTIÇA OFICIANTES NO MESMO PROCEDIMENTO RECURSAL – POSSIBILIDADE JURÍDICA DESSA DIVERGÊNCIA OPINATIVA – PRONUNCIAMENTOS QUE SE LEGITIMAM EM FACE DA AUTONOMIA INTELLECTUAL QUE QUALIFICA A ATUAÇÃO DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – SITUAÇÃO QUE NÃO TRADUZ OFENSA AO POSTULADO DO PROMOTOR NATURAL – SIGNIFICADO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA UNIDADE E DA INDIVISIBILIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.”**

(HC 102147 AgR, STF, 2ª. Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJE 30.10.2014) (negritos meus)

“ARTIGOS 22, XLI E LV, E 38, V, DA LEI COMPLEMENTAR 141/1996 DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE (LEI ORGÂNICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL). ATRIBUIÇÃO AO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DA COMPETÊNCIA PARA INTERPOR RECURSOS DIRIGIDOS AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. POSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DOS PROCURADORES-GERAIS DE JUSTIÇA NAS LEIS ORGÂNICAS DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS ESTADUAIS. ROL NÃO EXAUSTIVO DA LEI FEDERAL LEI 8.625/1993 (LEI ORGÂNICA NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO - LONMP). INVIABILIDADE DA INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL E DO PROMOTOR NATURAL PARA INVALIDAR A DISTRIBUIÇÃO DE ATRIBUIÇÕES EFETUADA PELA LEI. PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS DA UNIDADE E DA INDIVISIBILIDADE DO *PARQUET*. AÇÃO CONHECIDA E JULGADO IMPROCEDENTE O PEDIDO. 1. As leis complementares estaduais que dispõem sobre a organização, atribuições e estatuto dos respectivos Ministérios Públicos, nos



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

termos previstos pelo artigo 128, §5º, da Constituição Federal, (i) são de iniciativa do Procurador-Geral de Justiça daquele Estado-membro; e (ii) devem respeito à lei federal de normas gerais, de iniciativa privativa do Presidente da República. Precedentes: ADI 852, Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgada em 29/8/2002, DJ de 18/10/2002; ADI 3.041, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgada em 10/11/2011, DJe de 1º/2/2012). 2. A Lei federal 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público - LONMP) não pormenoriza a atuação dos Procuradores-Gerais de Justiça e dos Procuradores de Justiça em sede recursal e, por expressa dicção do caput de seu artigo 29, o rol de atribuições dos Procuradores-Gerais de Justiça não é exaustivo, de modo que as leis orgânicas dos Ministérios Públicos estaduais podem, validamente, ampliar ou densificar tais atribuições. 3. **A independência funcional do órgão do Ministério Público é exercida dentro das atribuições fixadas na lei, mercê de a atuação do *Parquet* se dar, institucionalmente, de forma organizada e hierarquizada, uma vez que seus agentes exercem as respectivas funções sob determinadas regras e limites impostos pela estrutura interna do organismo.** 4. **O princípio do promotor natural significa tão somente a existência de órgão do Ministério Público escolhido por prévios critérios legais.** Precedente: HC 102.147/GO, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 22 de 2/2/2011.”

(ADI 5505, STF, Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, DE 30.04.2020) (negritos meus)

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ESTELIONATO CIRCUNSTANCIADO. ARTIGO 171, PARÁGRAFO 3º, DO CÓDIGO PENAL. ALEGADA OFENSA AO ARTIGO 127, PARÁGRAFO 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. **PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO.** ACÓRDÃO RECORRIDO EM DIVERGÊNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. 1. **A pretensão de um órgão do Ministério Público não vincula os demais, garantindo-se a legitimidade para recorrer, em face do princípio da independência funcional.** Nesse sentido, HC 77041/MG, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 07/08/1998, HC 80315/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 13/10/2000, e HC 69957/RJ, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 09/03/1993. (...)”

(ARE 725491 AgR, STF, 1ª. Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJE 15.6.2015) (negritos meus)



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

Também o Conselho Nacional do Ministério Público destacou a impossibilidade de ele mesmo rever ou desconstituir os atos praticados em sede de inquérito civil público, procedimento preparatório ou procedimento administrativo investigatório que disserem respeito à atividade finalística do “Parquet” (Enunciado no. 06, de 28.04.2009)

O Conselho Superior do Ministério Público, por sua vez, no art. 17 da sua Resolução no. 01, de 26.08.1993, dispôs que:

“Art. 17 - O Conselho poderá organizar súmula dos precedentes em matéria de sua competência, para utilização nos casos semelhantes.

Parágrafo único - As súmulas indicarão a orientação dominante do Conselho.”

As matérias de competência do Conselho Superior do Ministério Público são as elencadas no art. 57 da Lei Complementar no. 75/93, **nenhuma delas ordenando, sequer implicitamente, que alguma “orientação dominante”, ou “súmula” dos seus “precedentes” possua eficácia vinculativa aos demais Membros do Ministério Público da União.**

Inclusive no âmbito das Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, o art. 62, I daquela mesma Lei Complementar dispõe que:

“Art. 62. Compete às Câmaras de Coordenação e Revisão:

“I - promover a **integração** e a **coordenação** dos órgãos institucionais que atuem em ofícios ligados ao setor de sua competência, **observado o princípio da independência funcional;**” (negritos meus)

Ainda, e como argumento “obter dictum”, vale chamar a atenção para o fato de que, em cumprimento ao princípio constitucional da transparência administrativa, na página do Ministério Público da União disponível na INTERNET, a “independência funcional” é explicada como a “liberdade no exercício das funções”. (<http://www.mpu.mp.br/navegacao/institucional>, acesso em 13.10.2021)

A decisão definitiva proferida na Ação Civil Pública no. 0022869-77.2014.4.03.6100, sob outro enfoque, e ainda que não se considerando a **generalidade** da causa de pedir que teria sido narrada, seria inidônea a servir de



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

base para a constituição de coisa julgada material obstativa da admissibilidade da presente Ação Civil Pública.

É que a coisa julgada material se faria **sobre a situação jurídica de cada um dos substituídos processuais**, ou seja, **na medida em que houvessem sido substituídos processualmente em outra ação civil pública**, e para isso, novamente, haveria que se avaliar se cada um deles, **em suas circunstâncias de fato essenciais, teria sido abrangido por aquela decisão de alcance coletivo**.

Então, para que alguma coisa julgada material formada naquela Ação Civil Pública no. 0022869-77.2014.4.03.6100 pudesse servir como condição negativa de admissibilidade desta Ação Civil Pública, a parte ré deveria ter sido capaz de demonstrar **a identidade das circunstâncias de fato essenciais de cada um dos substituídos processuais daquela primeira ação**, uma vez que, como dito, sem a descrição dos **fundamentos de fato**, não há como sequer se falar em **causa de pedir**, e assim, por igual, não há como se falar em coisa julgada material formada a partir da decisão judicial transitada em julgado naquela primeira ação civil pública impeditiva da admissibilidade deste processo.

É oportuno lembrar que **apenas aquilo que se trazer ao conhecimento** do órgão jurisdicional como alegação **de fato** é que, regra geral, **poderá constituir o objeto a ser provado**, logo, será sobre o resultado do exame do juiz quanto à **prova dos fatos** feita pelas partes que ele decidirá; e, se a decisão for de mérito, ou seja, sobre o **objeto interpretado** segundo aquela **causa de pedir – fatos e fundamentos de direito alegados** – então é que ela poderá servir de base para o resultado definitivo e final do processo – a coisa julgada material.

Como dito por James Goldschmidt:

“(…) **A afirmação fornece a matéria da prova**, o que se pode fazer somente por uma **participação de conhecimento**, mas não por uma declaração de vontade. Por outro lado, a afirmação constitui a matéria ou o tema, o objeto, não um meio de prova. (...)”

(Princípios Gerais do Processo Civil – Teoria Geral do Processo. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte. Editora Líder, 2004, p. 93) (negritos meus)

Mais um argumento em defesa da **imprescindibilidade da descrição específica dos fatos essenciais que integram a causa de pedir, como condição para que ela própria possa ser havida como existente, para somente depois**



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

disso poder servir de base para a alegação de exceções, como litispendência, coisa julgada material, e outras.

Quanto à alegação de inépcia da inicial, em razão de falta de juntada de documento essencial à propositura da ação, isto porque:

I - O Inquérito Civil no. 1.30.001.000085/2016-5, com base no qual o Ministério Público Federal informou que “a emissora demandada dedica atualmente até 9 horas e 11 minutos de sua programação diária (o equivalente a 38,43%) à veiculação remunerada de conteúdos produzidos por terceiros”, **“ainda pende de conclusão, inclusive devido à ausência de juntada de Nota Técnica do MCTIC, requerida pelo próprio Ministério Público Federal naqueles autos”**; e,

II - “...por mais que o IC não seja procedimento anterior necessário para propositura de Ação Civil Pública, **tendo ele sido iniciado deve ser finalizado, para então dar margem a interposição da ACP, conforme disposição do art. 8º da Lei no. 7.347/85**”.

A falta de juntada de notas técnicas, pareceres, laudos, relatórios oficiais e outros atos semelhantes só podem acarretar a invalidade de um procedimento administrativo, e dos atos administrativos ou judiciais que, com base **unicamente** neles, tenham vindo a serem praticados, **não obstante terem sido estabelecidos como imprescindíveis para a formação da decisão final, por disposição de norma legal** – aqui entendida em seu sentido mais amplo, alcançando a chamada “legislação” (arts. 96 e 100 do CTN) -, **ou se forem inerentes à própria constituição do fato gerador** do direito assim afirmado – assim compreendida a **“natureza do objeto”** mencionada no art. 49-A, § 2º. da Lei no. 9.784/99 – “fato gerador” aqui compreendido como **a descrição dos fatos essenciais sobre os quais deva incidir a eficácia de uma determinada norma jurídica, logo, fato essencial que deve integrar determinada causa de pedir, sob pena de tê-la por viciada e inexistente.**

Assim, e quanto à primeira hipótese, pode-se tomar como exemplo a norma de conduta prevista no art. 43 da Lei no. 9.784/99, o qual dispõe que:

“Quando por disposição de ato normativo devam ser previamente obtidos laudos técnicos de órgãos administrativos e estes não cumprirem o encargo no prazo assinalado, o órgão responsável pela instrução deverá solicitar laudo técnico de outro órgão dotado de qualificação e capacidade técnica equivalentes” (negritos meus)



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

Este dispositivo normativo deve ser compreendido junto com o art. 50, “caput”, inciso VII e § 1º. desta mesma Lei:

“Art. 50 – Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

“(…)

“VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão **ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais.**

(…)

“§ 1º. – **A motivação** deve ser explícita, clara e congruente, **podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.**” (negritos meus)

Enfatizo: “...que, neste caso, **serão parte integrante do ato.**” (negritos meus)

Se a juntada daqueles **atos administrativos de documentação** for **imposta pela norma legal ou regulamentar** como “**parte integrante do ato**”, então, a sua inobservância só pode resultar em **nulidade** do ato ou do procedimento administrativos cujas decisões não tiverem levado em conta aqueles pareceres, notas técnicas, laudos, relatórios oficiais, e assim por diante, por **falta de motivação, tanto no sentido formal, como no material.**

O que, se verificado, **impõe à própria Administração Pública a declaração de invalidação do ato não motivado adequadamente, em qualquer um daqueles sentidos, ou em ambos.** (arts. 53 e 54, § 2º. da Lei no. 9.784/99).

Não sendo impositiva e vinculativa a atuação **integrada e/ou coordenada** entre órgãos e/ou entidades administrativos, tendo por **objeto** as questões **de fato** e/ou de direito sobre os quais se deva decidir, o art. 49-G, inciso VI da Lei no. 9.784/99, com a redação dada pela Lei no. 14.210/2021, **permite** que seja dada “**decisão de cada órgão ou entidade relativa à matéria sujeita à sua competência**”. (negritos meus)

Para instaurar o procedimento administrativo que é o inquérito civil público, o Ministério Público Federal **não se encontrava obrigado, por lei ou ato regulamentar** – muito menos, **conjunto** - a **consultar** o MCTCI.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

A competência do Ministério Público Federal, para a propositura de ações civis públicas – logo, também para a abertura de inquéritos civis públicos preparatórios de possíveis ações civis públicas, e todas as atividades de instrução probatória que entender necessárias, tendo em vista o objeto – o ato ou fato investigado – tem matriz constitucional (art. 129, III, VI e VIII da CF/88).

Logo, seria simplesmente absurdo, além de materialmente inconstitucional, imaginar-se que o Ministério Público Federal, para o fim de instruir um inquérito civil público ou propor uma ação civil pública, se encontrasse **obrigado a consultar** um outro órgão ou entidade, estatal, paraestatal ou privado, **como condição prévia – não instituída nem pela Constituição Federal e tão pouco pela legislação estatutária regulamentar da atuação do Ministério Público da União – para que ele pudesse exercer aquela sua competência constitucional, sob pena de invalidade.**

Se não se encontrava obrigado, por via legal ou regulamentar, a consultar o MCTCI, **muito menos como condição para que a própria decisão de propositura ou não de ação civil pública pudesse ser dada**, então, e logicamente, o fato alegado pela RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S/A de que não foi feita **“juntada de Nota Técnica do MCTIC, requerida pelo próprio Ministério Público Federal naqueles autos”** significa apenas que o Ministério Público Federal exerceu **juízo discricionário**, e isso porque consultar, deixar de consultar ou não esperar o resultado da consulta feita ao MCTIC, tanto faz, são todas **escolhas legítimas** que o Ministério Público Federal poderia adotar, no exercício de sua **autonomia constitucional**.

Sobre “pareceres vinculantes e não vinculantes” e “obrigatórios e facultativos”, reporto-me a Sérgio Ferraz e Adílson Abreu Dallari, quando dizem que:

“É difícil entender a distinção entre pareceres vinculantes e não vinculantes contida no art. 42 da Lei no. 9.784/1999, pois parecer vinculante não é parecer: é decisão. O que pode ocorrer é a existência de despacho normativo da autoridade superior fixando determinado entendimento oficial para determinado assunto, vinculando o comportamento administrativo nos casos supervenientes; não é, contudo, o parecer que é vinculante, mas, sim, o despacho (decisão) que o tornou de observância obrigatória. Quando houver despacho normativo sobre determinado assunto, o “parecer” dado em caso superveniente deve apenas mencionar tal situação ou, ao contrário, destacar particularidades que justifiquem para aquele específico e



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

determinado caso (que é diferente da situação – tipo que ensejou a edição do despacho normativo) solução diversa.” (Processo Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2020, 4ª. ed, página 306)

E mais adiante, considerando inclusive a norma do art. 24 da Lei no. 13.655/2018:

“A distinção que efetivamente pode ocorrer é entre pareceres obrigatórios ou facultativos. Em determinadas situações as normas sobre processo administrativo podem determinar a obrigatória emissão de um parecer jurídico antes da tomada de decisão. **Em outras situações pode ficar a cargo de quem decide a opção entre solicitar ou não um parecer jurídico. De qualquer forma, quem decide tem o poder/dever de fazê-lo, com a livre convicção fundamentada e a responsabilidade disso decorrente.**” (Op. cit., pág. 307) (negritos meus)

Em linha doutrinária, comentando a norma do art. 24 da Lei no. 13.655/2018, escrevi:

“A interpretação, como visto, é feita a todo momento pelos aplicadores da norma, em cada caso concreto, mas isso não quer dizer que, se é “em cada caso concreto”, não se poderá extrair daí uma interpretação para os casos em “geral”.

“É certo, não obstante, que a dificuldade aumenta quando o caso concreto tiver como participantes e interessados grupos e coletividades – por exemplo, em dissídio coletivo no âmbito do Direito do Trabalho, ou em consultas fiscais em que são interessados sindicatos, federações e confederações sindicais – ou destinatários indeterminados, nos casos envolvendo direitos e interesses difusos **já que haverá a necessidade de, mesmo após estabelecida a norma aplicável à generalidade dos casos, beneficiário por beneficiário deverá provar que sua situação específica se subsume à aplicação daquela norma geral.**

“(…)

“Entretanto, não se deve confundir “orientação geral” com “vinculação” – aquela poderá ter simples influência persuasiva, em razão de não ser dotada de força cogente dada por norma legal ou administrativa, ao contrário do que ocorre com a “vinculação”.

“De modo que é lógico admitir-se que uma variedade extremamente ampla de atos administrativos, dadas a fragmentação de nosso Direito Administrativo e a imprecisão mesma da expressão, embora não vinculativos de



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

outros órgãos ou entidades por falta de previsão legal neste sentido, poderão ser qualificados como atos de “orientação geral”.

“Sirva de exemplo a figura dos “precedentes administrativos”, cujos contornos ainda estão por serem estabelecidos de modo coerente e sistemático.

“A norma do art. 24 se refere a “atos públicos de caráter geral”, nada dizendo sobre outros elementos – abstração, autonomia, impessoalidade – que, presentes, tipificariam o ato público como “normativo”. Estariam, portanto, os “atos normativos” excluídos do escopo do artigo 24 da Lei da Segurança Jurídica e da Eficiência? Mas qual o sentido que haveria com essa exclusão, se são justamente os atos administrativos normativos uma das maiores fontes de insegurança jurídica, dadas as suas quantidades e velocidades de mudanças imensuráveis?

“Por “orientação geral” deve entender-se um ato administrativo vinculativo – uma “manifestação”, um “parecer” ou uma “súmula administrativa”, na linha do artigo 496, IV do CPC ? Ou também outros atos interpretativos, embora não vinculativos, como os pareceres jurídicos meramente opinativos, adotados pelos órgãos executivos? E no caso de pareceres meramente opinativos emitidos por órgãos ou entidades distintos, cada um adotando uma posição diferente e, não raro, contrária ao outro – qual seria a “orientação geral”? Ou não haveria “orientação geral” senão depois de um órgão ou entidade superior àqueles dois outros em conflito interpretativo o resolvesse em ato próprio, vinculativo daqueles dois órgãos ou entidades em litígio e de todos os demais, integrantes da mesma Administração Pública?

“No final das contas, a norma aparentemente tem como premissa que qualquer ato administrativo que possa repercutir sobre a esfera dos interesses e direitos de mais um administrado, independentemente de qualquer outra ordem de considerações – como a incompetência do emissor do ato, ou o desvio de sua finalidade, ou a sua inconstitucionalidade ou ilegalidade mais ou menos evidentes, ou até se outro ato administrativo de mesmo “status” hierárquico normativo, também qualificável como “orientação geral”, contém norma em contrário – uma excludente putativa da sua responsabilidade – e podemos acrescentar desde que ausente dolo ou má-fé, tanto por parte do administrador, como do administrado.” (Comentários à Lei da Segurança Jurídica e Eficiência – Lei no. 13.655, de 25.04.2018. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, páginas 51 e 52)

A jurisprudência entende que o próprio inquérito civil público não é documento essencial à propositura da ação civil pública.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

A Resolução CSM PF no. 106, de 06.04.2010, que deu nova redação ao art. 1º., parágrafo único da Resolução CSM PF no. 87/2006, foi no mesmo sentido:

“Art. 1º - O inquérito civil é procedimento investigatório, instaurado e presidido pelo Ministério Público, destinado a apurar a ocorrência de fatos que digam respeito ou acarretem danos efetivos ou potenciais a interesses que lhe incumba defender, servindo como preparação para o exercício das atribuições inerentes às suas funções institucionais.

“Parágrafo único - **O inquérito civil e o procedimento administrativo não são condição de procedibilidade para o ajuizamento das ações a cargo do Ministério Público**, mas a realização de requisições, perícias, vistorias, recomendações, termos de ajustamento de conduta ou outras diligências imprescindem de sua instauração, nos termos desta Resolução.”(negritos meus)

Se o inquérito civil público, **em si mesmo, não é documento essencial** à propositura da ação civil pública, **não há sentido em se pretender que o procedimento administrativo concluído venha a se constituir em condição daquela propositura**, e mais ainda se for observado que a parte ré terá tido todas as oportunidades para defender-se quanto a todas as alegações de fato e de direito, assim como quanto ao material probatório constante dos respectivos autos do processo, na ação civil pública mesma.

No limite, e a título meramente argumentativo, na hipótese de alguma possível insuficiência – não confundi-la com “inexistência” – probatória resultante da não conclusão do inquérito civil público, e não compensada com outras provas, mais e melhores, ao longo da instrução na ação civil pública pelo Ministério Público Federal, eventualmente até poderá se mostrar benéfica à parte ré, no sentido de que ela poderá fazer uso de mais e melhores argumentos para demonstrar a fragilidade do pedido contra ela feito na inicial.

De modo que, sob este prisma, dificilmente haveria algum prejuízo à ampla defesa do réu, diretamente resultante seja da inexistência, seja da não conclusão de inquérito civil público antecedente de ação civil pública.

Quanto à não essencialidade do inquérito civil público, veja-se, por exemplo:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. INSS. CONTRATAÇÃO DE ADOVGTADOS. AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. COMPETÊNCIA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA DOS ADVOGADOS CONTRATADOS. INTERESSE PROCESSUAL.

5098336-18.2019.4.02.5101

510007761079.V2



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. VÍCIO DO INQUÉRITO CIVIL. NULIDADE DESCARACTERIZADA. (...) 9. **Eventual nulidade do inquérito civil, que tem natureza de procedimento administrativo, não contamina o processo jurisdicional. (...)** (ARE 1293939, STF, Rel. Min. Edson Facchin, DE 01º.07.2021)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECEBIMENTO DA INICIAL. MEDIDAS ACAUTELATÓRIAS. PODER GERAL DE CAUTELA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO SOCIETATE*. RECURSO DESPROVIDO. (...) 2 – **Inquérito civil público não é procedimento imprescindível à propositura da ação civil pública de improbidade administrativa.** 3 – A existência de procedimento administrativo do TCU em curso sobre os mesmos fatos não enseja o sobrestamento dos autos principais, conforme pretendem os Agravantes. Em relação às esferas de responsabilidade, fixa-se a regra de que as sanções decorrentes das diferentes instâncias, ainda que relacionadas à prática de um só ato, podem ser acumuladas sem que isto caracterize dupla ou tripla punição. **Isto porque, a punição administrativa não depende de processo civil ou criminal oriundo da mesma falta, nem obriga a Administração Pública a aguardar o desfecho dos mesmos, ainda que, em tese, a decisão de uma das esferas possa influir na outra, em hipóteses excepcionais. (...)** (AGRESP no. 1674800, STJ, Min. João Otávio de Noronha, dec. 30.06.2020)

“ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. SUPERFATURAMENTO. AQUISIÇÃO EQUIPAMENTOS HOSPITALARES. MUNICÍPIO DE TRAJANO DE MORAES. CULPA CONFIGURADA. AFASTADA CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. (...) 26. **Mesmo que houvesse eventual irregularidade no inquérito civil esta não seria capaz de inquinar de nulidade a ação civil pública, já que o apelado teve a oportunidade no curso da demanda processual de se contrapor de modo eficaz à alegação de superfaturamento** (RESP 1724421/MT, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 24.04.2018, DJE 25.05.2018. (...))” (EDAC 0001609-90.2007.4.02.5105 – RJ, TRF-2ª. Região, 7ª. Turma Especializada, Rel. Juiz Federal Convocado Flávio Lucas, julg.: 27.05.2020)

Ainda com finalidade argumentativa, mas chamando a atenção para o aspecto da necessidade de se observar, respeitar e efetivar, o mais que for possível, o **princípio da coerência do sistema, de modo a se fortalecer os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança, todos aplicáveis aos procedimentos e processos administrativos**, mostra-se oportuno destacar que o art. 1º., parágrafo único da Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público no.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

23, de 17.09.2007, é expresso ao dispor que “o inquérito civil público **não é condição de procedibilidade** para o ajuizamento das ações a cargo do Ministério Público, **nem para as demais medidas de sua atribuição própria.**” (negritos meus)

Quanto à “íntima ligação” entre “o dever de coerência e congruência no decidir” e os “fundamentos estimativos constitucionais da Administração Pública”, volto a citar Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari:

“É inequívoca a íntima ligação entre os fundamentos estimativos constitucionais da Administração Pública e o dever de coerência que se impõe à sua diversificada gama de atuação (aí incluído, é claro o processo administrativo). Reclamamos de igualdade segurança jurídica, impessoalidade, eficiência, proteção à confiança legítima, economia processual, boa-fé, razoabilidade, proporcionalidade e observância aos ditames da teoria dos atos próprios – todo esse catálogo axiológico, enfim, reside nos pilares do dever de coerência. Em atenção a esses espedes indispensáveis, a Lei no. 9.784/1999, embora não enclausurando a Administração numa certa visão que tenha adotado em determinado momento, prescreve, em seu art. 2º., parágrafo único, III que a nova interpretação administrativa não tem efeito retroativo. Obviamente, tal diretriz se viu intensamente magnificada com a recepção no processo administrativo dos instrumentos do respeito aos precedentes e da uniformização jurisprudencial.

“Mas o dever de decidir também sujeita a Administração à observância de outro princípio: o da congruência. Não se trata, conforme se há de ver, de congruência cega.

“Por congruência processual entendemos uma correlação finalística entre o que se postula e a decisão. Ao escrevermos “o que se postula” temos em mente não só a adstrição do julgador ao pedido, mas também aos limites do litígio, considerando a pretensão, mas não descurando as contraposições a ela opostas pelos demais litigantes. É, aliás, a regra que fundamenta os arts. 10 e 141 do CPC. Mas mesmo no processo civil, onde ainda vigente predominantemente o princípio dispositivo, o próprio CPC afasta o cego acatamento ao comando da congruência quando a ele antepõe os temperamentos principiológicos do art. 8º. Idêntica preocupação de efetividade e busca da justiça esteia a regra do art. 2º. do CP, ao apontar a aplicação da lei nova mais benéfica, independentemente do que constante nas postulações”. (Idem, p. 349) (negritos meus)

O art. 8º., § 1º. da Lei no. 7.347/85, por sua vez, é explícito ao dispor que:



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

“Art. 8º Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias.

“§ 1º O Ministério Público **poderá** instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.” (negrito meu)

Quanto ao “**princípio da coerência do sistema**”, ou de sua “**consistência**”, segundo Mario Bunge, pode ser compreendido assim:

“CONSISTÊNCIA – a. Lógica – Diz-se que um conjunto de proposições é *internamente consistente* ou *coerente*, se não houver dois membros do conjunto que sejam mutuamente contraditórios. Ant. Inconsistência. A consistência é tão valiosa quanto a verdade, porque contradições são falsas e elas implicam proposições arbitrárias (isto é, irrelevantes): *Ex falso quodlibet sequitur* (“Do falso segue qualquer coisa”). B. **Epistemologia** – Uma teoria se diz *externamente consistente* se for compatível com o grosso do conhecimento básico, particularmente com as outras teorias acerca das mesmas coisas ou a elas relacionadas. Exemplos: ao contrário da alquimia, a moderna química é consistente com a física; a neuropsicologia, ao contrário da psicologia computacionalista, é consistente com a neurociência; o realismo científico, ao contrário das epistemologias rivais, é consistente com a prática da ciência e da tecnologia. C. **Praxiologia e ética** – Para que seja viável, todo sistema de normas deve ser internamente consistente. De fato, um par de regras mutuamente contraditórias, tal como “Se f aconteça faça g” e “Se f acontece não faça g” leva à inação.” (Dicionário de Filosofia. Trad. Gita K. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 2012, p. 74/75)

Ainda, Nicola Abbagnano:

“**COERÊNCIA** (...). 1. Ordem, conexão, harmonia de um sistema de conhecimento. Nesse sentido, Kant atribuía aos conhecimentos *a priori* a função de dar ordem e C. às representações sensíveis (Crít. R. Pura, Intr., § 1). Nesse sentido, a C. foi assumida por alguns idealistas ingleses como critério da verdade. Segundo Bradley, por exemplo, a realidade é uma Consciência absoluta que abarca, na forma de C. harmonia, toda a multiplicidade dispersa e contraditória da aparência sensível (...). A C., nesse sentido, é muito mais do que a simples *compatibilidade* (v.) entre os elementos de um sistema: implica, com efeito, não só a ausência de contradição, mas a presença de conexões positivas que estabeleçam harmonia entre os elementos do sistema. Nessa acepção, esse termo não tem significado lógico. 2. O mesmo que



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

compatibilidade. Esse significado é assumido com frequência por esse termo em italiano e francês, pois nessas línguas o termo compatibilidade não se presta a exprimir o caráter do sistema desprovido de contradição, mas designa o caráter de não-contradição recíproca dos enunciados.

“Uma vertente do neopositivismo propõe, de forma bem mais rigorosa do que alguns clássicos da filosofia tradicional (...) a ideia de verdade como C: a ela pertencem Neurath, Hempel, Carnap em sua segunda fase e toda a epistemologia inspirada no *holismo* (v.). Neurath escreve: “Na ciência unifica é empregada para construir um “sistema isento de contradições” formado por proposições protocolares e proposições não protocolares (compreendidas as leis científicas). Quando se apresenta uma nova proposição, nós a confrontamos com o sistema de que dispomos e verificamos se a nova proposição está ou não em contradição com aquele sistema. Caso a nova proposição se mostre contraditória em relação ao sistema, há duas alternativas: eliminar a proposição, porquanto não pode ser utilizada (“falsa”), ou “aceitar” a proposição e, portanto, modificar o sistema de tal modo que, acrescido dessa proposição, ele continue coerente” (...).

“De um ponto de vista formal e seguindo o procedimento de Rescher (...), uma teoria coerentista da verdade pode ser definida como uma teoria da inferência que procure derivar de um conjunto contraditório de premissas um conjunto coerente de enunciados verdadeiros, eliminando todos os que não recebam sustentação desses enunciados. **Mas C. com um sistema de proposições não significa aceitação indiscriminada de qualquer conjunto coerente de proposições ao contrário, a C. não é requisito em relação a todas as proposições (ou se incidiria na contradição), nem a uma só arbitrariamente escolhida, mas sim ao sistema coerente mais abarcante (e o sistema mais abarcante pode ser um só, sendo aquilo que não tem nada que lhe seja mais abarcante). Como diz Rescher, uma proposição é verdadeira se é coerente com os dados, e isso suscita os problemas correlatos de crença e justificação.** Há quem se satisfaça em propor, entre as inumeráveis marcas da C., a concordância com um sistema preexistente de crenças (...); há quem considere essa concordância o caráter específico e único d C. (...), e quem combine os dois desideratos (...). Nas teorias internistas da justificação a verdade é dada pela relação entre as crenças e o conhecimento de fundo: nesse sistema a C. é algo mais que uma série de conjeturas adivinhadas graças à noção de *sistema* de crenças; outros autores (...) propõem uma combinação de coerentismo e fundacionalismo que admita recurso mais amplo à experiência. (...)”. (Dicionário de Filosofia. Trad. da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 6ª. ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, págs. 172-173) (negritos meus)



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

Comentando as noções de “coerência” e de “integridade” a partir das obras de Ronald Dworkin, Lenio Luiz Streck assim as resume:

“Neste ambiente, coerência e integridade manifestam-se como elementos da igualdade. No caso específico da decisão judicial, isso significa que os diversos casos serão julgados com igual consideração. Analiticamente, pode-se dizer que: a – **coerência liga-se à consistência lógica que o julgamento de casos semelhantes deve guardar entre si. Trata-se de um ajuste que as circunstâncias fáticas que o caso deve guardar com os elementos normativos que o Direito impõe ao seu desdobramento.** b – **integridade é a exigência de que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito, numa perspectiva de ajuste de substância.** A integridade traz em si um aspecto mais valorativo/moral enquanto a coerência seria um *modus operandi*, a forma de alcançá-la.” (Dicionário de Hermenêutica. Casa do Direito: Belo Horizonte, 2ª. ed., 2020, p. 44) (negritos meus)

Ainda Lenio Luiz Streck, ampliando a teoria de Ronald Dworkin para “a defesa de respostas constitucionalmente adequadas”, em um movimento autoproclamado “antropofágico”:

“Para a Crítica Hermenêutica do Direito este imperativo de Coerência e Integridade de Dworkin, sobretudo por se manifestar interpretativamente, aponta para uma aproximação com a tradição hermenêutica continental (...). Em especial, na ideia de tradição e no peso da história efetual de Hans – Georg Gadamer. A apropriação que fazemos num momento antropofágico aparece de forma muito clara em nossa proposta de teoria da decisão judicial. **A defesa de respostas constitucionalmente adequadas (numa ampliação que faço da tese de Dworkin) parte das premissas que o Direito não pode ser o campo das incertezas (dos relativismos), e que nele (e em toda a nossa experiência) há sempre algo anterior que nos vincula, direciona nossa olhar.**” (Op. cit., p. 46) (negritos meus)

O “princípio da coerência”, ou “da consistência”, pode ser encontrado em nosso ordenamento jurídico positivado, como ilustrado pelas normas dos arts. 926, “caput” c/c 15 do CPC; 7º. e 11, incisos I, II e III da Lei Complementar no. 95/1998; e 30 da Lei no. 13.655/2018.

Quanto à alegação de que, aberto inquérito civil público, este teria que ser conduzido até a sua decisão final, parece-me legítimo ainda concluir que, **eleita a propositura da ação civil pública pelo Ministério Público Federal, independentemente da prévia conclusão do inquérito civil público**, a via administrativa de investigação e de imputação terá que ser tida como **encerrada**,



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

uma vez que a questão de mérito dela objeto deverá ser conhecida e decidida pelo Poder Judiciário, a quem cabe a última palavra sobre a constitucionalidade e/ou a ilegalidade de atos ou fatos jurídicos, no estrito exercício de suas funções e competências constitucionais, sendo oportuno lembrar que será a decisão judicial meritória que repercutirá, **forçosamente, sobre as instâncias administrativas, e não o contrário.**

Sirva como exemplo a Súmula CARF no. 01, que diz:

“Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018). (negritos meus)

Quanto à alegação de inépcia da inicial, por “associação indevida entre “espaço publicitário” e “programa”, alegada pela União Federal.

Se a “associação” foi feita, e se é ou não válido relacionar-se “espaço publicitário” a “programa”, são questões de mérito, a serem resolvidas na oportunidade adequada.

Rejeito a preliminar.

NO MÉRITO

O Ministério Público Federal alega que a aplicação dos arts. 124 da Lei no. 4.11/62; 28, § 12, letra “d” do Decreto no. 52.795/63; e do art. 221 da CF/88 impõem à RÁDIO E TELEVISÃO RECORD “limite de 25% para comercialização do tempo de programação”, limite este que estaria sendo burlado, na medida em que estaria havendo “arrendamento de horário de programação das emissoras” “na prestação de serviço de radiodifusão”, além de “intervalos comercializados a agências publicitárias com os períodos comercializados a entidades religiosas” e até “a negociação de toda a grade da emissora”, sem contar “a prática publicitária conhecida como **merchandising**, realizada durante a programação produzida pela própria emissora”.

O Ministério Público Federal buscou interpretar a expressão – **“publicidade comercial”** – no sentido de que não se limitaria ao seu sentido literal, “isto é, à atividade de difusão de mensagens destinadas a estimular o consumo de determinados produtos ou serviços, ou a promover a imagem de



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

determinadas instituições comerciais perante a audiência”, mas também se referiria **“ao caráter comercial que a operação tem para o concessionário ou permissionário de radiodifusão e não ao caráter comercial ou não do conteúdo ou da instituição que contrata determinado tempo de programação”**, ou seja, “o termo **publicidade comercial** inserto no artigo 124 da Lei no. 4.117/1962 e no art. 28, no. 12 do Decreto no. 52.795/1963 **designa toda e qualquer operação de comercialização de tempo de programação**, realizada por todo e qualquer concessionário e permissionário de radiodifusão, **independentemente do caráter comercial ou não do contratante** e da caracterização ou não do conteúdo como **publicidade comercial “strictu sensu”**”. (negritos meus)

Como se depreende, o Ministério Público Federal implicitamente admite que, **no mínimo**, os arts. 124 da Lei no. 4.117/1962 e 28, § 12 do Decreto no. 52.795/1963 **não definiram exaustivamente** o que se deveria entender por **“publicidade comercial”**.

A União Federal buscou interpretar o significado da expressão – “publicidade comercial” – examinando “normas que tratam sobre serviços similares à radiodifusão, ou mesmo empresas públicas prestadoras de serviço de radiodifusão”, argumentando que “o conceito dado à publicidade pelo MPF é **bastante extensivo**”, mas, e ao mesmo tempo, que **“a Constituição Federal não dá maiores pistas”** (EVENTO 14 – CONT 1, fls. 07, quarto e quinto parágrafos).

E ainda argumentou que o art. 16, § 1º, letra “d” do Decreto no. 52.795/63, embora **“não trate especificamente de programas religiosos**, estabelece como critério de seleção para a proposta técnica na licitação, tempo destinado a programas produzidos por terceiros”, **não impedindo “a veiculação de conteúdo de terceiro quando haja contraprestação”**, por falta de **“proibição legal”**, que “poderia até mesmo ser entendido como espécie de censura, nos termos do art. 220 da Constituição Federal” (EVENTO 14 – CONT 1, fls. 11, último parágrafo). (negritos meus)

A União Federal prosseguiu dizendo que “a fiscalização do conteúdo” **“ocorre a partir da análise do que é apresentado durante todo o horário da programação e não a partir de contratos celebrados com terceiros não previstos em lei”** (EVENTO 14 – CONT 1, fls. 13, 2º. Parágrafo). (negritos meus)

RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S/A alegou que “espaço publicitário”, “programa de televisão”, “produção independente ou comercialização de espaço na grade” são termos com conteúdos distintos; e que **“todo conceito do termo publicidade comercial está diretamente atrelado a atividade**



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

publicitária”, “sob a guarida do CONAR – Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária” (EVENTO 16 – CONT 1, fls. 05, 2º. Parágrafo). (negritos meus)

Aqui cabe observar que o CONAR é uma empresa privada, criada pelos participantes do **mercado de publicidade – agências, anunciantes e veículos de comunicação** (ABA - Associação Brasileira de Anunciantes; ABAP - Associação Brasileira de Agências de Publicidade; ABERT - Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e TV; ANER - Associação Nacional de Editoras de Revistas; ANJ - Associação Nacional de Jornais; e Central de Outdoor) – para o fim de criar o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, **e isto para que se evitasse o risco de imposição de censura àquele setor – estava-se “no final dos anos 1970”** (conar.org.br, acesso em 21.10.2021).

Ou seja, aqueles participantes do mercado de publicidade criaram um instrumento normativo próprio, tendo em vista, de um lado, o regime ditatorial e a censura então existentes, e, do outro, focando o mercado publicitário que era constituído por aqueles participantes privados.

Isto porque, como dito, seu foco era a atuação dos agentes participantes **privados do mercado de publicidade, limitada a norma autorregulatória àqueles participantes privados, por vontade própria, e para evitar que sofressem censura pelo Poder Público.**

Não se pode esquecer que, quando o CONAR foi criado, em 1970, encontrava-se em vigor o Ato Institucional no. 05/1969, a respeito do qual transcrevo a síntese de Carlos Castello Branco:

“O governo militar fecha o Congresso por tempo indeterminado (só voltaria a funcionar em 22 de outubro de 1969), ordena a prisão de Juscelino Kubitschek e decreta o Ato Institucional no. 5. O AI-5 foi anunciado pelo rádio e pela televisão, em cadeia nacional, pelo ministro da Justiça, Luís Antônio Gama e Silva. O governo passa a ter poderes absolutos sobre a nação. Com o recesso, o Executivo fica autorizado a legislar, suspender os direitos políticos de qualquer cidadão e cassar mandatos de parlamentares. O AI-5 amplia e endurece a repressão policial e militar. Instaura-se a censura total nos jornais, periódicos, TVs e rádios. O chefe de Estado ganha amplos poderes - intervir no Legislativo, estados e municípios, cassar mandatos e suspender direitos, decretar confisco de bens e suspender a garantia de habeas corpus em casos de crimes contra a segurança nacional. Nos meses seguintes, Costa e Silva e a Junta Militar que o sucedeu editam



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

outros 12 atos institucionais, 59 atos complementares e oito emendas constitucionais.” (Os Militares no Poder. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2ª. ed., 2007, página 26)

De acordo com Elio Gaspari:

“A Castello Branco a ditadura parecera um mal. Para Costa e Silva, fora uma conveniência. Para Medici, um fator neutro, instrumento de ação burocrática, fonte de poder e depósito de força. Não só se orgulhou de ter namorado o AI-5 desde antes de sua edição como sempre viu nele um verdadeiro elixir: “Eu posso. Eu tenho o AI-5 nas mãos e, com ele, posso tudo”, disse certa vez a um de seus ministros. “Eu tinha o AI-5, podia tudo”, rememorou na única entrevista que concedeu. (...)” (A Ditadura Escancarada. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 129, “fine”/130)

Especificamente quanto à censura nas televisões, Sérgio Mattos:

“No período compreendido entre 1968 e 1979, os veículos de comunicação operaram sob as restrições do Ato Institucional n. 5, o qual concedia ao Poder Executivo federal o direito de censurar os veículos, além de estimular a prática da autocensura, evitando assim qualquer publicação ou transmissão que pudesse levá-los a ser enquadrados e processados na Lei de Segurança Nacional. (...) Além do controle através das concessões de licenças e da censura, o governo fazia recomendações diretas e indiretas a respeito do conteúdo dos programas. (...)”

“(...)”

“Entre dezembro de 1968 e o dia 8 de junho de 1978, quando foi anunciado o fim da censura na imprensa, os veículos de comunicação de massa operaram sob censura. Nesse período era difícil transmitir qualquer coisa de importância. (...)”

“(...)”

“Durante a fase anterior, o governo criou condições para a expansão dos serviços de transmissão, mas estabeleceu as agências controladoras. Entretanto, somente a partir de 1970 o governo começou a expressar suas preocupações em relação à influência dos conteúdos dos programas veiculados sobre a população. As recomendações governamentais exerceram influência muito forte nas redes de televisão. (...)”



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

(História da Televisão Brasileira – uma visão econômica, social e política. Petrópolis: Ed. Vozes, 5ª ed., 2010, páginas 98, 99, 112 e 113)

Elio Gaspari, em sua obra já citada, ilustra o que era a censura no âmbito dos veículos televisivos, com determinado episódio envolvendo a não informação ao público da impossibilidade física do então Presidente da República Costa e Silva de exercer as suas funções:

“Quando chegou ao Laranjeiras a informação de que o Alto – Comando do Exército se decidira pelo impedimento de Costa e Silva, bem como pela sua substituição por um presidente com mandato de quatro anos, o general Portella enfureceu-se. Para sua surpresa, o general Médici, a quem vinha oferecendo a Vice-Presidência, votara pelo mandato integral. Percebera que a Junta era insustentável, que Lyra Tavares perdera o controle do Alto – Comando e que a idéia do vice se carbonizara, mas combatia com o que tinha à mão. No meio da tarde os jornalistas credenciados no Laranjeiras foram surpreendidos pelo aparecimento da mulher do presidente, Yolanda. Ela informava que nos últimos três dias o marido melhorara muito. Diria a mesma coisa ao jornalista Heron Domingues, principal locutor do noticiário noturno da TV Tupi. Em seguida, o ministro Mário Andreazza divulgou uma nota à imprensa dizendo que “qualquer solução precipitada, sem se ouvir o presidente, será simples traição”. Acrescentava: “O Brasil não poderá passar à História como um país que depôs o seu presidente porque ficou doente. É preciso aguardar a possibilidade do seu restabelecimento. A ele caberá a oportunidade de definir. Ele dirá sobre poder ou não continuar”. O general Syseno atirou de volta. Através do comando da 1ª. Região Militar, expediu uma rajada de ordens à imprensa. “Nada sobre Costa e Silva, sua recuperação e as possibilidades de seu retorno ao governo”. “Nenhuma declaração de D. Yolanda sobre o marido”. “Andreazza só pode falar sobre pontes, estradas e portos. Nada sobre política.” Heron Domingues queria ir ao ar com sua entrevista e telefonou ao I Exército: - Mas não tem nada demais no que vou ler! E eu estou coberto pelo general Jayme Portella, que me autoriza a dar essas notícias na televisão! – O general Portella não manda nada, nem aqui nem na...- respondeu o oficial encarregado da censura. Heron insistiu. Telefonou ao Laranjeiras e contou o caso a Yolanda. Ela falou com Syseno Sarmiento, **ficou com a impressão de que sua entrevista estava liberada, e o jornalista foi ao ar. Mal o programa terminou, o sinal da TV Tupi extinguiu-se.** O I Exército desligara sua chave geral. O general João Dutra de Castilho, comandante da poderosa Vila Militar, associara-se à candidatura de Albuquerque Lima. Acabara o vice-reinado do general Portella. (...)” (Op. cit., p. 115/116) (negritos meus)



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

Aquelas entidades privadas nunca poderiam ter tido por propósito a definição de “publicidade comercial” para que fosse incorporada pelo Poder Público.

E o Poder Público, por sua vez, também não procedeu à incorporação daquela definição – normativamente, ou pela simples prática.

Quanto ao argumento de que a definição de “publicidade comercial”, extraída pelo Ministério Público Federal a partir da sistemática do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei no. 4.117, de 1962), do Regulamento de Serviços de Radiodifusão aprovado pelo Decreto no. 52.795, de 1963, e do próprio art. 221 da Constituição Federal de 1988, seria “bastante extensiva”, **nada impede que seja usado também contra a RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S/A**, ou seja, no sentido de que a definição adotada pela RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S/A **também seria demasiadamente ampliativa**, já que, **tanto para a parte autora, como para as rés, não há uma definição atual, precisa, objetiva e completa, atribuída normativamente em lei ou regulamento, que possa servir de baliza para a sua interpretação e aplicação neste caso concreto.**

Percebe-se, então, que há um ponto sobre o qual as partes não controverteram: **a insuficiência do direito positivado no sentido de definir os conteúdos possíveis da expressão – “propaganda comercial” – especialmente diante da evolução que áreas estranhas ao Direito, mas que com ele se relacionam diariamente – tais como o “marketing”, a “publicidade” e a “comunicação social” – tiveram desde a publicação do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei no. 4.117, de 1962) e do seu Regulamento de Serviços de Radiodifusão aprovado pelo Decreto no. 52.795, de 1963 – além do fenômeno da expansão, inimaginável para o Brasil de então, do próprio público (mercado) consumidor (espectador) de televisores, logo, de produtos (programas) radiodifusores e audiovisuais.**

Essa insuficiência normativa positiva autoriza o juiz, obrigado que está a julgar o pedido mesmo quando não exista norma legal que sobre ele disponha, a assumir o papel que seria do legislador, para o caso concreto sob seu julgamento, valendo-se para isso de instrumentos como os princípios, os princípios gerais de Direito, os usos e costumes (“valores”) –, as possíveis consequências sociais que a sentença deverá ponderar, e assim por diante, tudo isto visando a **reforçar o direito positivo, através do recurso ao direito ideal**, e assim, fazendo com que a decisão judicial sirva como **instrumento de equilíbrio** das relações sociais, de acordo com



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

princípios, regras, valores e procedimentos havidos como fundamentais, por agregadores dos mais variados grupos que integram a sociedade (“pluralismo”), rejeitando-se o arbítrio de uma relação de **dominação autolegitimante**.

Lembrando Paul Ricoeur, sobre “o justo”:

“Mas onde está o justo em tudo isso? – perguntarão. Eis a resposta. **O justo está em ação em cada uma das fases da busca ética e moral. Melhor: ele designa a circularidade delas. A experiência moral, definida pela conjunção do si mesmo com a regra, sob o signo da obrigação, faz referência àquilo que é justo, a partir do momento em que está implicado na formulação da regra um outro a quem ele pode prejudicar, portanto que pode ser tratado de maneira injusta. (...)**”

(O Justo – 2: justiça e verdade e outros estudos. Trad. Ivonce C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, pág. 03) (negritos meus)

E essa **função** do Juiz, ao ser exercida em um caso concreto, acaba por ir ao encontro da própria **função da Justiça**, na medida em que realiza tanto o **legítimo** como o **legal**, a **Justiça** como o **Direito**, uma **harmonização** cuja origem pode ser rastreada não só em nosso próprio Direito Positivo (veja-se, como exemplo, os arts. 5º. e 7º. do Código Civil de 1916; 113 e 114 do Código de Processo Civil de 1939), mas desde os gregos antigos, como ilustrado pela peça teatral “Antígona” de Sófocles.

Sobre a ligação que há entre a **função de realização da Justiça e do legítimo pelo juiz**, e a “**oposição entre o bem público e a tirania**”, uma das questões que podem ser discutidas a partir daquela peça teatral, valho-me de Alfredo Culleton e Fernanda Frizzo Bragato:

“b) A diferença entre o legal e o legítimo: Antígona rejeita o *nómos* ou a norma dada por Creonte, qualificada por ela como simples proibição. Na contrapartida, estavam as leis de origem divina, que se encontram não na vontade do governante, mas naturalmente na consciência dos seres humanos (levando, por exemplo, a honrar o funeral das pessoas queridas). **Essas são as leis essenciais e não escritas, fundamento e critério de justiça**, a que faz referência Aristóteles na Retórica (1373b4), quando diz que, segundo a Antígona de Sófocles, é justo, apesar de proibido, dar sepultura a Polinices, porque fazer isso é algo naturalmente justo.

“c) **Oposição entre bem público e tirania: Creonte expressa uma concepção do bem público que não leva em consideração a variedade dos agentes encontrados na comunidade política.** Nesse sentido, afirma que não terá a



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

menor condescendência com quem desobedecer a sua proclamação, pois o sepultamento de Polinices seria obra das intrigas dos cidadãos que conspiram e murmuram, abanando a cabeça com descrença. A atitude de Creonte institui um universo jurídico unidimensional, o universo das tiranias, reafirmando permanentemente a lei, **pois a ideia de que uma lei possa tornar-se injusta na sua aplicação, ou mesmo com o correr do tempo, é uma ideia ausente do universo mental do tirano. Por essa razão, a característica unidimensional do universo jurídico das tiranias impede o enriquecimento da regra e a atribuição de uma segunda ou terceira dimensões a ela por meio da aplicação da lei.** Esse debate leva a pensar no que, hoje, se identifica como a diferença entre o direito ideal e o direito positivo. Esses dois níveis aproximam-se na relação existente entre as fontes materiais e as fontes formais do Direito. O direito ideal seria instituinte, enquanto o direito material é da ordem do instituído. **Somente por meio dessa distinção é possível corrigir, no poder judiciário, a lei que se revele injusta em casos determinados. O mérito do direito ideal não é somente procedimental, porque mobiliza valores substanciais necessários ao questionamento acerca da positividade do direito constituído.**

“d) A prevalência da visão do governo sobre a visão do indivíduo: encontra-se na tragédia de Sófocles a formulação da prevalência daquilo que hoje se denomina “razão de Estado” sobre a consciência e a vontade do indivíduo. **Creonte encarna a racionalidade tal como elaborada pelo governo; sua concepção de exercício do poder é autoritária, centrada na sua vontade e descomprometida com a diversidade das opiniões e interesses de uma comunidade de indivíduos livres.** Historicamente, Creonte representa a ruptura com a concepção do Estado fundamentado no *genos* ou no grupo, quando imperava a lei da família como núcleo e elemento propulsor da vida política. **Ao representar a concepção do Estado como racionalidade de governo, Creonte termina por reduzir o vínculo político à relação de dominação, fato evidenciado quando considera selvagens todos aqueles que discordam de suas ordens.”**

(“A Justiça e o Direito”. São Paulo: Editora wmf Martins Fontes, 2015, páginas 20, “fine”/23) (negritos meus)

A inevitável oposição, em um Estado Democrático, ainda mais, de Direito, logo, participativo – entre o valor que é a Justiça e o autoritarismo inerente às “razões de Estado”, é conhecida desde a Antiguidade, como exposto por Roberto Romano:



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

“(…) A mesma necessidade que criou a obrigação (para sair da guerra de todos contra todos) também cria o direito de suspender os direitos. O interesse dos particulares é o interesse do público e vice-versa.

“Essa possibilidade não é nova no pensamento filosófico que se dedica à lei. Em Aristóteles, lido por Tomás de Aquino, existe o instituto da *epikéia*:

Uma parte da justiça tomada em sentido geral, porque é um tipo de justiça, como diz o Filósofo. É evidente que *epikéia* é uma parte subjetiva da justiça: e a justiça é predicada da justiça legal, desde que a justiça legal é sujeita à direção da *epikéia*. Assim, ela é o caminho para uma regulação mais elevada das ações humanas. A *epikéia* corresponde propriamente à justiça legal que, de um modo, é nela contida e, de outro, a excede. Porque se a justiça legal denota que ela cumpre a lei, tanto no relativo à letra da lei, ou no relativo à intenção do legislador, que deve ser mais considerada, então a *epikéia* é a parte mais importante da justiça legal. Mas se a justiça legal denota meramente o que cumpre a lei com respeito à letra, então a *epikéia* é uma parte, não da justiça legal, mas da justiça em sua acepção mais ampla, e é ela dividida com a justiça legal, excedendo-a (...). Cabe à *epikéia* moderar algo, ou seja, a observância da letra da lei. Mas a modéstia, reconhecida como parte da temperança, modera a vida exterior do homem – por exemplo, no seu porte, roupa ou algo assim. Possivelmente o termo *epikéia* é aplicado no grego como similitude de todos os tipos de moderação.

“Não digo que Hobbes siga Aquino e, muito menos, Aristóteles. Mas o que ele pensa entra muito bem no campo da *epikéia*, **ato de justiça efetuado para o interesse coletivo e particular, no qual se reconhece a intenção da lei como norma elevada, mais do que sua letra.** A *epikéia* liga-se à salvação da coisa pública, algo que segue com rapidez a *salus populi*, como lei suprema do Estado, nas teorias da *raison d’Etat*. *Salus Populi suprema lex esto*. Decidir sobre o que salva o povo é discriminar o que pode ser útil à coletividade. **Tal é a tarefa da justiça**, alvo constante de Platão, de Aristóteles e dos escritores do helenismo, sejam eles estoicos ou epicuristas, gregos ou romanos. Segundo Cícero, certamente conhecido pelos autores do Renascimento, **a justiça não se mede pela utilidade nem mesmo por sua “conformidade com leis escritas e costumes nacionais”, pois ninguém que pensa que eles são proveitosos poderia negligenciar as leis. No entanto, nada é mais louco do que a crença de que tudo que é justo está presente nos costumes ou leis dos povos. Seria verdade tal crença, mesmo se elas fossem criadas e postas em prática por tiranos?”**

(Razão de Estado e outros Estados da Razão. 1ª. ed. São Paulo: Perspectiva, 2014, páginas 39/40) (negritos meus)



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

A insuficiência normativa positivada acima identificada não é passível de ser suprida pelo argumento, feito por RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S/A, de que “todo conceito do termo publicidade comercial está diretamente atrelado a atividade publicitária”, “sob a guarida do CONAR – Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária”, e isso porque é simplesmente equivocada historicamente.

Desde o início da década de 50 do século passado, os programas televisivos eram patrocinados e produzidos integralmente pelos anunciantes e agências de publicidade, e até os programas televisivos eram identificados com os nomes dos seus patrocinadores.

Eugênio Bucci fala sobre essa vinculação comercial finalística dos programas de televisão, logo em seu início, comentando sobre o início da TV Globo e também da carreira de um de seus principais diretores – executivos, José Bonifácio de Oliveira Sobrinho, o “Boni”:

“Quando se mudou em definitivo para a TV Globo, o badalado Boni já era um dos profissionais que mais entendiam de televisão no país. Estava no ponto. Gostava de contar que tinha aprendido sua primeira lição sobre a natureza da “telinha” – como a TV era chamada – em 1952, aos dezessete anos. A história é boa. Escalado para escrever o projeto e os roteiros do que viria a ser o programa Família Sears, uma atração que misturava comédia com publicidade de artigos à venda nas lojas Sears, a ser exibido na TV Tupi, entendeu de uma vez por todas o mistério do veículo. Percebeu de um estalo que, **na televisão e no rádio, o entretenimento e a diversão estão sempre a serviço do comércio. Estão ali para vender alguma coisa para o telespectador e para o ouvinte.**

“É o próprio Boni quem conta:

“O Família Sears teve o mérito de me fazer despertar para uma outra visão do rádio e da televisão, pois, **apesar de saber que os patrocinadores e os anúncios eram as fontes de receita das emissoras, eu até então pensava somente em entretenimento. A partir desse programa, aprendi que rádio e televisão eram veículos de publicidade e que o entretenimento era importante apenas para conquistar maior público para ver e ouvir as mensagens publicitárias.**”

(“Roberto Marinho: um jornalista e seu boneco imaginário”. BUCCI, Eugênio. 1ª. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2021, p. 165) (negritos meus)



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

Ainda como exemplo, o “Repórter Esso”, que começou em 1952 e terminou em 31.12.1970, **“época em que os anunciantes passaram a comprar espaços entre os programas em vez de patrocinar o programa como um todo”**, conforme Sérgio Mattos:

“Também em 1952, um dos mais famosos telejornais da televisão brasileira foi ao ar pela primeira vez, com o nome de seu patrocinador, a Esso. O Repórter Esso foi adaptado pela Tupi Rio de um rádio jornal de grande sucesso transmitido pela United Press International (UPI), **sob a responsabilidade de uma agência de publicidade que entregava o programa pronto. “A TV Tupi limitava-se a coloca-lo no ar.** A agência usava muito mais material internacional, filmes importados da UPI e da CBS (agências fornecedoras de serviços de filmes), do que material nacional” (...).

“Acrescente-se que o Repórter Esso foi baseado em um programa que já era sucesso do rádio e tinha sido idealizado para a propaganda da guerra dos Aliados, no Brasil, no período da Segunda Guerra. Na televisão, o programa tinha características particulares: um apresentador exclusivo e o patrocínio de uma única empresa. **O Repórter Esso ia ao ar com informações produzidas e controladas por uma agência de publicidade, a quem competia fazer todo tipo de observação em relação ao programa.** Tido como um marco do telejornalismo brasileiro, sua experiência vitoriosa foi repetida em todas as emissoras inauguradas por Assis Chateaubriand. Vale ressaltar que o telejornalismo foi implantado na televisão brasileira dois dias após a inauguração da primeira emissora. Sobre esse primeiro telejornal, “profissionais da época dizem que o programa tinha uma particularidade: ele tinha horário para começar mais ou menos definido, mas só acabava quando não tinha mais nenhuma imagem para ser exibida”. (...)

“O Repórter Esso foi veiculado pela primeira vez no dia 1º. de abril de 1952, permanecendo no ar até o dia 31 de dezembro de 1970, **época em que os anunciantes passaram a comprar espaços entre os programas em vez de patrocinar o programa como um todo”**.(Op. cit., p. 90) (negritos meus)

E a lógica de que tudo o que é feito na televisão destina-se, no final das contas, a **conquistar mercado** e a **aumentar as receitas publicitárias**, como não podia deixar de ser, considerando-se a natureza capitalista das atividades de radiodifusão, permaneceu sendo seguida até os dias de hoje.

Assim, por exemplo, o jornalista e locutor esportivo Galvão Bueno, em entrevista ao jornal O GLOBO de 25.03.2022, caderno “Esportes”, página 31, ao falar sobre seus 48 anos de carreira:



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

“(…) O futebol tem que ser festa. **Eu sou um vendedor de emoções, mas sou um equilibrista. Eu ando há 48 anos no fio da navalha. De um lado, o que tenho que vender, do outro a realidade dos fatos que não posso esconder. Você fica se equilibrando na emoção e na verdade dos fatos.**” (negritos meus)

É difícil imaginar como um programa jornalístico identificado com o nome do seu próprio anunciante, e com ele mesmo produzindo todo o conteúdo daquilo que seria noticiado, **não seria, a um só e mesmo tempo, “jornalístico” e “propaganda comercial”,** dada a **simbiose** entre **o anunciante** e **o veículo de comunicação televisiva.**

A **vinculação finalisticamente comercial** - aparente e explícita, ou oculta e subliminar -, de **todos** os programas de televisão - **já que destinados a conquistar audiências e, portanto, mercado e verbas publicitárias** - leva à conclusão de que as classificações dos programas em educativos, de entretenimento, institucionais e de informação, no final das contas, foram feitas mais pelos aspectos **formais aparentes** deles, do que pelos **conteúdos**; em outros termos: mesmo os programas cujos conteúdos divulgados correspondiam àquelas finalidades educativas, de entretenimento, de informação e institucionais divulgados, **não tinham como não serem condicionados, por sua vez, pela finalidade primeira e última de conquista do mercado consumidor e das verbas publicitárias.**

Outra vez, Eugênio Bucci:

“A Globo que demitiu Walter Clark era melhor, mais rica, mais lucrativa e mais dominante do que a Globo que o contratara. Ele ganhou um bom dinheiro lá – e mereceu cada centavo. **Foi ele, ao lado de Boni, o grande artífice da organização da chamada “grade horizontal”, que dispôs as faixas de horário de forma regular, nos dias da semana,** e, com uma boa programação, transformou a Globo num hábito nacional. **A sacada dos dois foi “ensanduicar” o Jornal Nacional entre duas novelas, sempre na mesma hora, garantindo audiência alta em todo o horário nobre e projetando às alturas o impacto que o jornalismo da casa produzia. Graças a ele, a Globo passou a funcionar como um relógio – um relógio que, aos olhos das multidões, era imperdível.** A assinatura de Walter Clark figura na criação de programas que virariam minas de ouro, como o Fantástico e o Globo Repórter, ambos lançados em 1973. Ele é reconhecido por ter liderado o processo de profissionalização da publicidade e de modernização do modelo de negócios da TV aberta.” (op. cit., p. 161) (negritos meus)



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

O **formato** da apresentação dos programas televisivos, inclusive segundo uma **ordem cronológica** – a “**grade televisiva**” - sendo somado a um **jogo de imagens**, para que se pudesse **mudar aquela realidade então existente, sem que esta mudança - provocada pelos conteúdos recebidos passivamente pelas audiências – fosse percebida como tal pelos telespectadores.**

O resultado de um **jogo de imagens e de realidades contrastantes**, notado por Ortega y Gasset ao falar sobre o Teatro:

“Agora podemos generalizar o percebido e dizer: **há no mundo realidades que têm a condição de apresentar-nos em lugar delas mesmas outras, distintas. Realidades dessa condição são as que chamamos imagens.** Um quadro, por exemplo, é uma “realidade imagem”. Não chega a um metro de comprimento e tem ainda menos de altura. Não obstante, nele vemos uma paisagem de vários quilômetros Não é isto mágico? Aquele pedaço de terra com suas montanhas e seus rios e sua cidade está ali como que enfeitiçado – em apenas um metro deparamos vários quilômetros e em vez de uma tela com manchas de cor encontramos o Tejo e Lisboa e Monsanto. A coisa “quadro” pendurada na parede de nossa casa está constantemente transformando-se no rio Tejo, em Lisboa e em suas alturas. **O quadro é imagem porque é permanente metamorfose – e metamorfose é o Teatro, prodigiosa transfiguração.**”

(José Ortega y Gasset. A ideia do teatro. Trad. J. Guinsburgl. São Paulo: Perspectiva, 2014, 2ª. reimpr. Da 2ª. ed. de 2007, p. 39) (negritos meus)

É fundamental ir além do que as **aparências** mostram, porque foram criadas para iludir e ocultar; é preciso, então, buscar a **essência** do objeto, a **coisa em si**, todavia, sem cair no erro que seria simplesmente desconsiderar a forma, não só porque ainda que criada para iludir, ela de algum modo **ainda toca na essência da coisa em si**, como porque, além disso, a **mistura da finalidade da criação daquela forma, dos conteúdos dos programas, da estruturação do veículo para fazer a divulgação dos programas para se alcançar resultados** os mais diversos – econômicos, sem dúvida, mas também **influências as mais variadas** (política, religiosa, educacional no sentido de **formar e conformar o pensamento**, conquista do poder, e assim por diante) – tudo combinado, produz **efeitos dinâmicos e intercambiantes** no plano comunicacional.

A **essência** é definida pela **forma** através da qual se manifesta; mas, por outro lado, a **forma** pode não ser **estática** e, ao se mostrar **dinâmica**, acaba por **interferir e modificar aquela própria essência antes manifestada**, resultando em algo **distinto e diferente, senão novo.**



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

Um exemplo **prático** dessa **quase dialética** entre a **essência** e a **forma** pôde ser **visto** quando do evento denominado “High Design Home & Office Expo”, ocorrido de 21 a 23.08.2019 em São Paulo, ao se comentar uma das peças em exposição:

“Você poderá ver como as peças **estão no limiar entre a arte e o design, recuperam técnicas antigas de marcenaria e utilizam o potencial de materiais consagrados**, como a madeira. **Ao mesmo tempo, há muita inovação nas formas de produção e nos conceitos que orientam as criações.** A descoberta é que a forma pode, sim, trazer muito conteúdo.” (Luciana Andrade. “High Design Expo 2019: preview revela que forma é conteúdo”. 17.02.2020. Disponível em www.casacor.abril.com.br, acesso em 21.03.2022) (negritos meus)

Essas **misturas de formas, conteúdos, métodos de estruturação e de organização, usando-se imagens, a partir do veículo televisivo**, importando em uma **mudança da própria televisão e do seu papel social.**

Mais uma vez, Eugenio Bucci:

“Nos anos 1970, a Doutrina de Segurança Nacional ganhou corpo. Em 1976, o Plano Nacional de Cultura oficializou o vínculo direto entre a política cultural, que já estava em marcha, as cartilhas da Segurança Nacional e o mantra do desenvolvimento. A cúpula do regime viu na Globo a rede mais capacitada para prover a integração patriótica de que a ditadura tanto precisava. Ali estava a parceira ideal para ajudar a concluir o modelo de poder autoritário no Brasil.

“O dono da Globo já tinha entendido tudo. O caminho estava livre para que a sua rede assumisse a liderança do mercado da comunicação social no momento certo: o período em que a televisão decolou. Em 1964, havia 1,8 milhões de aparelhos receptores. Em 1987, seriam 31 milhões e, destes, 12,5 milhões já eram em cores. **Nessas duas décadas, a Globo firmou o seu império definitivo e entregou a mercadoria mais valiosa: a integração nacional, nada menos do que isso, a uma ditadura dependente de altos índices de popularidade.**” (idem, p. 174) (negritos meus)

Mistura de papeis que pôde ser vista recentemente, feita pelo Exmo. Sr. Presidente da República Jair Messias Bolsonaro, ao **anunciar** (no sentido de “divulgar”, “tornar público”) que nomearia para o Supremo Tribunal Federal alguém **“terrivelmente evangélico”**.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

Ou quando o Exmo. Sr. Presidente da República Jair Messias Bolsonaro disse, em público, dirigindo-se a pastores evangélicos, que **dirigiria a Nação para o lado que eles desejassem, no Palácio do Planalto mesmo?**

Tais **anúncios, em si e só por si**, podem ser compreendidos como **“institucionais”?**

Mas como compreender o **“anúncio em si”** – o **significante** – sem ligá-lo a **quem o fez** – no caso, o Exmo. Sr. Presidente da República – **e, ao mesmo tempo, ao conteúdo da mensagem, ao seu significado, nos ambientes em que foi divulgado e para os fins desejados pelo emissor do anúncio ?**

Acredito que **uma** resposta pode ser encontrada no conceito de **“relação paradigmática”** criado por Roland Barthes:

“Todo signo inclui ou implica três relações. Primeiramente uma relação interior, a que une seu significante a seu significado; em seguida, duas relações exteriores: a primeira é virtual, ela une o signo a uma reserva específica de outros signos, da qual o destacamos para inseri-lo no discurso; a segunda é atual, junta o signo aos outros signos do enunciado que o precedem ou lhe sucedem. O primeiro tipo de relação aparece claramente no que se chama geralmente de símbolo: por exemplo, a cruz “simboliza” o cristianismo, o muro dos Federados “simboliza” a Comuna, o vermelho “simboliza” a proibição de passar; chamaremos pois essa primeira relação de relação simbólica, se bem que a encontremos não só nos símbolos, mas também nos signos (que são, por assim dizer, símbolos puramente convencionais). O segundo plano de relação implica a existência, para cada signo, de uma reserva ou “memória” organizada de formas das quais ele se distingue graças à menor diferença necessária e suficiente para operar uma mudança de sentido; em *lupum*, o elemento – um (que é um signo, e mais precisamente um morfema) só revela seu sentido de acusativo **na medida em que ele se opõe ao resto (virtual)** da declinação (-us, -i, o etc); o vermelho só significa interdição na medida em que se opõe sistematicamente ao verde e ao amarelo (é óbvio que, se não houvesse nenhuma outra cor além do vermelho, o vermelho **ainda se oporia à ausência de cor**); esse plano de relação é pois o do sistema, às vezes chamado de paradigma; chamaremos pois esse segundo tipo de relação de **relação paradigmática**. Segundo o terceiro plano de relação, o signo não se situa mais com relação a seus “irmãos” (virtuais), mas com relação a seus “vizinhos” (atuais); em *homo homini lupus*, *lupus* mantém certas relações com *homo* e *homini*; na vestimenta, os elementos de uma roupa são associados segundo certas regras: vestir um suéter e um paletó de couro é criar entre essas duas peças uma associação passageira mas significativa, análoga à que une as palavras de uma frase; esse plano



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

de associação é o plano do sintagma, e chamaremos a terceira relação de relação sintagmática.” (A Imaginação do signo, in Roland Barthes. Trad. Leyla Perrone – Moisés. Crítica e Verdade. São Paulo: Ed. Perspectiva, 2013, 4ª. reimp., 3ª. ed., págs. 41/42) (negritos meus)

Invoco algumas observações de Gustavo Corção:

“(…) O grande problema do mundo é o das comunicações, e foi com profunda intuição disso que Dewey declarou existir mais do que um simples nexos verbal entre as palavras “comum”, “comunicação” e “comunidade”. **Existe entre os homens, e entre tudo o que é genuinamente do homem, um traço comum, que vem da natureza, da semelhança radical que nos vincula. Mas para que esse traço comum se realize em comunidade é preciso que haja comunicação. Trata-se, pois, de fazer circular o que é do homem para que as coisas assimiláveis por natureza se tornem socialmente e atualmente assimiladas.**”(As Fronteiras da Técnica. 6ª. ed., Campinas: Vide Editorial, 2021, p. 67)

Em outra passagem, do mesmo livro:

“(…) A idéia principal de toda essa digressão, que já se alongou demais, é esta: **uma coisa é o núcleo de verdade que faz uma obra ser comum e comunicável; outra coisa é a trama cultural, a pedagogia, os caminhos que realizam efetivamente a comunicação.**” (pág. 71) (negritos meus)

Ainda com o mesmo autor, bem mais adiante:

“(…) **Os sinais, quando chegam, aderem inteligivelmente – e portanto por cima do espaço e do tempo – às coisas significadas. (...) A forma delas, das palavras, se ajusta à forma do pensamento, e é a essa possibilidade de ajustagem, a essa conformidade,** que alude o filósofo, quando diz que o sinal está na linha da causalidade formal extrínseca. **O sinal é, pois, essencialmente, um aproximador, um vencedor de séculos e quilômetros. Se está condicionado por suas espécies e pelo transporte delas, é na sua força de significação que consistem as comunicações, as verdadeiras comunicações de que o homem é tão ávido.**” (pág. 116) (negritos meus)

Enfim, e certamente, à pág. 142:

“(…) Em outros termos, a linguagem dos cães, ou a linguagem que nós usamos com eles, é monovalente, unívoca, destituída de metáforas e de analogias. Não é pois linguagem no sentido próprio do termo. **Na linguagem humana, ao contrário, as palavras têm uma infinita polivalência que varia com o contexto e**



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

servem para exprimir coisas novas, coisas para as quais não houve nenhum adestramento prévio. E é por causa dessa força espiritual, renovadora, criadora, que a palavra é ensinante e traz para uma sala todo um universo submisso, sem ser preciso (como creio que pensam alguns pedagogos) produzir reflexos condicionados nos ouvintes para cada noção nova que se deseje transmitir. (...)". (negritos meus)

O médico neurocirurgião Paulo Niemeyer Filho destaca a importância do **“pensamento simbólico”** como elemento fundamental para a própria evolução da espécie “homo sapiens”, graças a isso tendo superado a espécie “Neandertal”, elemento este que continua a nos definir e distinguir das demais espécies de seres conhecidas:

“A linguagem surgiu devido a essa evolução genética, que brindou o cérebro com a capacidade de pensamento simbólico e, conseqüentemente, a língua falada.

“A história do homem e da chamada “agência humana”, que é a sua capacidade de intervir e de se impor no mundo e na natureza, começa com o surgimento do pensamento simbólico e a capacidade dos lobos frontais de controlar seus impulsos biológicos, sua agressividade e seus desejos primitivos, permitindo um convívio social harmonioso.

“O pensamento simbólico, que é exclusivo do homem, é capaz de transformar os fatos em símbolos, criando assim um mundo hipotético e abstrato, de valores morais e éticos, e de paixões, de fé e mitos. É a origem das religiões e das representações de suas divindades, em totens e objetos sagrados, e ainda das artes, do alfabeto, da linguagem, do numeral, da matemática, das leis, do direito e da ciência – coisas que não existem na natureza, apenas no nosso imaginário. (...)

“O desenvolvimento anatômico possibilitou que as regiões pré-frontais criassem um mundo próprio em cada um de nós, pessoal e intransferível, moldado por nossos pensamentos e experiências. **O homem, portanto, não é por definição um animal racional, como sugeriu Aristóteles no século IV a. C. Ele é, sobretudo, um ser simbólico, capaz de dar valor e sentido aos fatos, como afirmou o filósofo alemão Ernst Cassirer no século XX. Segundo ele:**

“em vez de lidar com as próprias coisas, o homem está, de certo modo, conversando constantemente consigo mesmo. (...) **o homem não vive em um mundo de fatos nus e crus, ou segundo suas necessidades e desejos imediatos.**



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

Vive antes em meio a emoções imaginárias, em esperanças e temores, ilusões e desilusões, em suas fantasias e sonhos.”

“(…)

“O aparecimento do pensamento abstrato, chamado por muitos de “revolução cognitiva”, permitiu ao homem desenvolver a capacidade de dar significado e valor aos símbolos e objetos, abrindo caminho para o surgimento das palavras e a comunicação oral. (...)” (No Labirinto do Cérebro, 1ª. ed. – Rio de Janeiro: Objetiva, 2020, páginas 21, 22, 23/24 e 28) (negritos meus)

Ou seja, não basta tratar-se de uma mensagem; não é suficiente, igualmente, a sua forma (aparência externa significante); também o seu conteúdo (significado), o ambiente em que é divulgada (onde, por quem, para quem e por quanto tempo), **tudo deve ser levado em consideração para que se possa concluir qual a específica natureza daquilo que se está a divulgar** – seja por **palavras**, seja por **imagens**, seja por **sons**, pela combinação de todos esses **instrumentos**, ou **qualquer outro que venha a ser desenvolvido**, se e quando tal mostrar-se possível - **se** é uma “publicidade” (ou “propaganda”, ou “publicidade-propaganda”) “institucional”, “comercial”, “jornalística” (“informativa”) ou “entretenimento”, e **mais: admitindo-se que esses elementos possam se mesclar**. Para que o branco possa ser compreendido em oposição ao negro, inúmeras cores e variadíssimos tons, inclusive não perceptíveis aos olhos humanos, influem, confluem e refluem, consciente ou inconscientemente (**graus de sublimariedade**); e é na compreensão dessas relações em movimento que se poderá ver o objeto e o objetivo, os sujeitos ativo e passivo, o comunicador, o comunicante e o comunicado.

Para melhor explicar o que acima foi dito, seja-me permitido usar a palavra (significante) – “rosa”.

Em Shakespeare, “Romeu e Julieta”:

“This but thy name that is my enemy;
Thou art thyself, though not a Montague.
What's Montague? it is nor hand, nor foot,
Nor arm, nor face, nor any other part
Belonging to a man. O, be some other name!
What's in a name? **that which we call a rose**
By any other name would smell as sweet;
So Romeo would, were he not Romeo call'd,
Retain that dear perfection which he owes



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

Without that title. Romeo, off thy name,
 And for that name which is no part of thee
 Take all myself.” (negritos meus)

Para Julieta, a “rosa” é “apenas um nome”, o nome da família de Romeu, inimiga figadal da dela; mas, se fosse outra família, para ela Romeu continuaria sendo Romeu; o aroma que ela aspira da “rosa” lembra-lhe Romeu, e não a “rosa” propriamente dita; o significado da “rosa” é transformado por ela, sujeito agente e cognoscente, em representação (signo - objeto) daquela pessoa que ama, e que, ao contrário da “rosa”, tem seu destino ligado ao dela para sempre; a “rosa” deixa de ser “algo”, passa a significar “alguém”; não importa que a “rosa”, a flor, pereça em breve, outra “rosa” a substituirá e continuará a lembrar-lhe aquele mesmo “alguém”, tornado imortal por causa da lembrança, da memória daquele “aroma”, sempre renovado.

No poema de Gertrude Stein (“A Rose Is A Rose Is a Rose”), entretanto, dá-se o oposto:

“Rose is a rose is a rose is a rose
 Loveliness extreme.
 Extra gaiters,
 Loveliness extreme.
 Sweetest ice-cream.
 Pages ages page ages page ages.”

Segundo a escritora teria explicado:

“When asked what she meant by the line, Stein said that in the time of Homer, or of Chaucer, **the poet could use the name of the thing and the thing was really there.** As memory took it over, the thing lost its identity, and she was trying to recover that - “I think in that line the rose is red for the first time in English poetry for a hundred years.” (negritos meus)

No poema de Gertrude Stein, dá-se o contrário: a “rosa”, independentemente de qualquer olhar externo, de qualquer agente, em qualquer ambiente, continuará sendo ela própria, e, à semelhança do que se dá com a lembrança de Romeu para Julieta, a “rosa” em Gertrude Stein assume uma pretensão de eternidade – enquanto houver a “memória” do mundo contra o qual ela possa ser comparada, ela existirá, íntegra, ativa e intensa, e quanto mais for lembrada a oposição “mundo” – “rosa”, “externo – interno”, mais ela se fortalecerá e florirá. O “significado” da “rosa” está dentro dela, não no “mundo”; a rosa continuará e continuará, e continuará..., para todo o sempre, desde que não deixe de ser “quem” é

5098336-18.2019.4.02.5101

510007761079.V2



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

– não “o que”. **O objeto tornou-se sujeito ao se descobrir (conhecer) como tal.** A “rosa” de Gertrude Stein é **autônoma do “mundo”, ainda que não chegue a ser “independente” dele; os opostos, aqui, contrapõem-se, mas também coexistem.** A “rosa” é a sua “essência”, o estar no mundo, a sua “contingência”, mas que não deixa, por sua vez, de também “ser” e de ter a “rosa” como o seu paradigma.

Em “As Rosas Não Falam”, de Cartola, o verso diz que “as rosas não falam/as rosas apenas exalam/o perfume que roubam de ti”. Novamente, temos a “memória” do sujeito transformando (representação), mediante a “sensação” do “perfume” das rosas, o momento (tempo e espaço) em que, embora sozinho, está acompanhando de “alguém” – mas esse “alguém”, percebe-se, é um ideal que o poeta mesmo sabe que não virá, seu discurso revela o desalento da vã esperança do encontro que realizaria os sonhos do poeta – “...devas vir/e olhar os meus olhos tristonhos/e quem sabe sonhar os meus sonhos/por fim...”.

É **desnecessário** examinar se **uma mensagem específica** constituir-se-ia em uma “publicidade”; “publicidade – propaganda”; como visto, **todos** os programas televisivos – logo, também as mensagens que são neles e por eles transmitidos às audiências – telespectadores meramente passivos, em se tratando de televisão – **têm, como última e essencial finalidade, a conquista do mercado, das audiências e das verbas publicitárias, ou seja, “comercial”, no sentido mais amplo que se possa dar ao termo.**

A **desnecessidade** do exame sobre se **uma mensagem específica** teria finalidade “comercial” ou não acentua-se, ainda mais, quando observado que os programas televisivos, suas formas, seus conteúdos, suas **mensagens**, os modos como são percebidos pelas audiências, são “**circunstâncias**”, **podendo – e é o que normalmente acontece – mesclarem-se, misturarem-se, quase que chegando ao ponto de fundirem-se, e por um tempo indeterminado, quando não indeterminável – já que dependente sua fixação, ou estimativa, da “memória”.**

Imagine-se um **anúncio** divulgado em um programa **jornalístico**, **pessoalmente** por dirigente de alguma Igreja, da instalação de uma nova unidade destinada a receber um público maior de fiéis.

Continuaria “**sendo**” aquele mesmo “**anúncio**”, **uma “notícia”**?

Ou “**seria**”, em verdade, “**publicidade**”?

Se, no “anúncio” – “notícia”, ainda fosse dado algum **ensinamento** sobre os princípios básicos da doutrina daquela Igreja, o “anúncio – notícia” teria passado a “**ter**” **natureza e conteúdo “institucionais” ou “educativos”**?



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

Com o **anúncio** passando a **mesma mensagem**, porque o **anunciante** **teria sido um dirigente religioso, e não um político**, a **“publicidade”** – agora dificilmente separável da noção de **“propaganda”**, já que as religiões tendem a se **expandirem**, no sentido de **se propagarem, divulgando** suas particulares visões do mundo e de como se viver nele, seus princípios éticos e morais - veja-se, como exemplo às religiões e denominações cristãs, na Bíblia Sagrada, Marcos 16:15 – “E disse-lhes: Ide por todo o mundo, pregai o evangelho a toda criatura.”), não raras vezes conflitantes umas com as outras – **não seria mais “institucional” ou “educativo” e passaria a ter a finalidade de alcançar e “conquistar”, ou “fidelizar”, o maior “mercado” possível? Com isso transformando-se, passando a “ser em si” uma “peça publicitária”?**

Sobre as tensões existentes entre as religiões nos dias de hoje, lembro as palavras do Papa Emérito da Igreja Católica Apostólica Romana, Joseph Ratzinger:

“Inicialmente é importante constatar que **já não existe uniformidade dentro dos espaços culturais, ao contrário, todos trazem a marca de tensões profundas dentro de sua própria tradição cultural**. No ocidente, essa situação salta aos olhos. Mesmo que a cultura secular de uma racionalidade rigorosa, da qual Jürgen Habermas acaba de desenhar um retrato impressionante, predomine em larga escala e se entenda como seu elo de união, a interpretação cristã da realidade continua presente como força efetiva. Os dois polos se relacionam numa tensão e proximidade variáveis, dispostos a aprender com o outro e, ao mesmo tempo, rejeitando-se com mais ou menos intensidade.

“O espaço cultural islâmico traz a marca de tensões semelhantes: um leque amplo se estende desde o absolutismo fanático de figuras como Bin Laden até as atitudes abertas a uma racionalidade tolerante. O terceiro grande espaço cultural, a cultura indiana ou, melhor dizendo, os espaços culturais do hinduísmo e do budismo, apresenta as marcas de tensões semelhantes, mesmo que estas, à primeira vista, mostrem-se menos dramáticas. Essas culturas também se veem confrontadas tanto com as pretensões do racionalismo ocidental quanto com os apelos da fé cristã, ambos presentes em seu meio. As culturas tribais da África e da América Latina, estas últimas reavivadas por certas teologias cristãs, completam o quadro. Em grande parte, essas culturas questionam não só a racionalidade ocidental, mas também a pretensa universalidade da revelação cristã.” (O que mantém o mundo unido – fundamentos morais pré-políticos de um Estado Liberal, in Habermas, Jürgen e Ratzinger, Joseph. Dialética da Secularização – sobre razão e religião. Trad. Alfred Keller. Aparecida: SP, Ideias e Letras, 2007, p. 83/84)



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

Aquela “**publicidade**”, em relação de “**simbiose**” com a “**propaganda**”, teria se transformado em simples “**notícia jornalística**”?

Inclusive se a “**influência**” – aqui compreendida como “*a ação psicológica, que pode exercer uma pessoa sobre outra, determinando seus actos, como o exercício de um poder, de um prestígio, que leve outro a agir diferentemente do que faria se não houvera tal influência*”; “*todo facto que exerce uma modificação de atitudes ou que leva a outros acontecimentos, que não se dariam se não exercesse o primeiro uma acção directa ou indirecta sobre os segundos*” (Mário Ferreira dos Santos, Dicionário de Filosofia e Ciências Culturais. São Paulo: Editora Maltese, v. III, 3ª. ed., 1965, páginas 715, “fine”/716), **do hipotético dirigente religioso sobre o político fosse o instrumento mais eficiente**, para a obtenção daquele resultado - a nomeação a um cargo ou função públicos, **a uma posição de poder estatal** -, do que qualquer outra fonte normativa **ou de inspiração moral**?

Acredito que já se pode dizer que os sentidos dos termos – “**publicidade**” e “**propaganda**” – **não só não são fixos**, mas podem ser **intercambiáveis**, e **evolutivos**, dependendo das situações de fato, as “**circunstâncias**”, e dos sujeitos emissores e receptores das mensagens divulgadas.

Isto, em um Estado Democrático de Direito, tem importância transcendental.

Como dito por José Afonso da Silva:

“É precisamente no Estado Democrático de Direito que se ressalta a relevância da lei, pois ele não pode ficar limitado a um conceito de lei, como o que imperou no Estado de Direito clássico. Pois ele tem que estar em condições de realizar, mediante lei, intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade. Significa dizer: a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, **pois precisa influir na realidade social**. E se a Constituição se abre para as transformações políticas, econômicas e sociais que a sociedade requer, a lei se elevará de importância, na medida em que se caracteriza como desdobramento necessário do conteúdo da Constituição.” (A Lei, in RDA 215, jan-março 1999, p. 17) (negritos meus)

Lembro Roberto Romano:

“A razão de Estado visa controlar a religião, usando-a como instrumento de governo, e incorpora o segredo para garantir o gabinete do rei, lugar onde não são admitidos os homens comuns. “Mesmo os ateus”, diz Jean Bodin, teórico do absolutismo, “concordam: **não existe coisa que mais conserve os**



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

Estados e Repúblicas do que a religião, principal fundamento da potência monárquica, da execução das leis, da obediência dos súditos.” (Op. cit., p. 51) (negritos meus)

RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S/A alegou que “o termo “publicidade comercial” é **autoexplicativo** e carrega na sua essência o objetivo de promover a venda de produtos e serviços ao consumidor, através de anúncios **durante** intervalo na grade de programação da emissora escolhida para a sua exibição” (EVENTO 16 – CONT 1, fls. 26, item IV.2, primeiro parágrafo)

Infelizmente, o próprio termo – “**publicidade**” – não é unívoco, muito menos, “**autoexplicativo**”, termo este que, no argumento ora examinado, apenas leva a um raciocínio circular: discute-se, exatamente, o que vem a ser “**publicidade comercial**”, mas, **sem sequer se delimitar os significados de “publicidade”, e nem se demonstrar qual a relevância distintiva do termo ao agregá-lo a outro termo – “comercial” – igualmente não explicado no contexto do que se está a discutir**, dá-se por resolvida a questão, arbitrariamente, verdadeiro truísmo – do tipo “é porque é”; as premissas – “publicidade” e “comercial” - **jamais explicadas em seus conteúdos, somadas levariam a um resultado unívoco – somente assim poderia ser “autoexplicativo”**.

O “nada”, somado ao “nada”, não pode resultar em alguma coisa, quanto mais, em “tudo” ou em “apenas um e somente um”.

Vários significados e conteúdos podem ser atribuídos às expressões “publicidade”, “propaganda” e “propaganda comercial” nas diferentes áreas do conhecimento, como a Publicidade, o “Marketing”, a Psicologia, na Linguística, e assim por diante.

Assim, por exemplo, e considerando-se o campo da **Publicidade**, no “DICIO - Dicionário Online de Português”, “**publicidade**” é definida como “difusão de um texto que, **feita por um veículo de comunicação**, como: jornal, revista, televisão ou rádio, **busca influenciar alguém a comprar um produto; propaganda**; ação de tornar algo ou alguém conhecido publicamente, buscando a aceitação do público; publicidade **política**; publicidade artística; qualidade do que é público”, sendo apresentados como “sinônimos”: “**propaganda; divulgação; notoriedade; vulgarização**”. (https://www.dicio.com.br/publicitario/_&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br, acesso em 27.10.2021) (negritos meus)



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

Só se pode compreender logicamente a equiparação da “publicidade política” com a “propaganda” que “busca influenciar alguém a **comprar um produto**” se a própria “política” tornar-se, ela mesma, um “produto” a ser oferecido ao “mercado”, tendo o potencial eleitor como um “consumidor” a ser mantido ou conquistado – e não apenas como um “mercado de ideias”, mas naquele sentido com que é entendido em um regime capitalista, não à toa, próprio do “Marketing”.

Sobre a **conformação da política ao “marketing”, e a sua consequente transmutação de “Política” em “Produto” a ser “trocado” (“vendido”)** com o potencial eleitor, valho-me de Ivana Carneiro Almeida e Ricardo Souza Sette:

“Kotler (1978) ao discutir democracia e mercado, considera que a **“troca” é o conceito central do marketing e que um profissional do marketing “é uma pessoa muito boa em compreender, planejar e controlar as trocas”**. Os processos estruturais do marketing empresarial e do político são basicamente os mesmos, ambos podendo ser compreendidos à luz da teoria da troca.

“(…)

“Na opinião de Tomazeli (1988) para conceituar marketing político é importante retornar ao princípio de troca, que é o conceito central do marketing. Quando uma pessoa vende uma ideia, propõe uma troca com um determinado público, esperando receber aceitação ou não. Esta aceitação, no caso da política partidária, se dá na forma de votos que o candidato recebe em troca de suas promessas de atuação futura como político, que objetiva o bem comum de um determinado público – alvo.

“(…)

“A **produção de ideias e produtos visa permitir a interação com o público e despertar o desejo de consumo**, existindo assim uma troca entre o bem produzido ou ideia sugerida e o desejo que irá proporcionar o consumo ou aceitação. No âmbito da política essa troca se finaliza com os votos recebidos pelo candidato mediante o desejo despertado junto ao povo pelas suas opiniões (...)

“(…)

“A relação entre marketing e política fica ainda mais evidente quando observada por Kuntz (...): **“o profissional de marketing político funciona numa campanha como um diretor de marketing dentro de uma organização**



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

empresarial. Tem de ter sempre a visão do cliente, embora conheça a visão da agência.”.

“(…)

“No Brasil, o processo eleitoral absorve, sem muitas modificações, a visão de mercado com a utilização das estratégias mercadológicas do ambiente comercial nas campanhas eleitorais e sendo essencial para o alcance da vitória nos pleitos eleitorais.

“Assim, a política passa a ser representada como um mercado capaz de ser domesticado mediante as ferramentas que o marketing fornece. Paralelamente, a metáfora de “vender candidatos como se vende um sabonete” vai adquirindo status dentro do marketing político.

“(…)

“Portanto, o compromisso deste artigo é mostrar o atual quadro de distanciamento entre a Ciência Política e o Marketing Político. Ambos parecem estar em posições opostas. De um lado, os adeptos do Marketing Político defendem que a escolha eleitoral cada vez mais se distancia do plano racional e, sendo assim, afirmam que questões acadêmicas sobre Ciência Política são pouco pragmáticas no sentido de permitir uma atuação mais direta no processo político.

“Do outro lado, os acadêmicos acusam os marqueteiros de reduzirem o fenômeno político a uma questão estética e psicológica, uma vez que suas preocupações recaem sobre a construção de uma imagem dos candidatos a cargos públicos, que desperta a sensibilidade emocional do eleitor, deixando de lado um aspecto mais importante que é o da ideologia partidária, em que se inclui a discussão de projetos mais amplos para a sociedade e a humanidade.

“(…)

“(…) O estudo do marketing político evidencia que não há fronteiras bem definidas e rígidas entre política e mercado. Não são esferas independentes. (…)”.

“(Do Marketing à Política”, texto disponível em <http://www.teoriaespesquisa.ufscar.br/index.php/tp/article/viewFile/247/186>, acesso em 28.10.2021) (negritos meus)



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

Se o elemento de definição do “marketing político” envolve a **“domesticação”** da **“Política”** (ou, pelos menos, dos políticos), por meio do uso de instrumentos de **divulgação para se despertar, manter ou reforçar o desejo de se consumir um “produto”**, típicos de organizações empresariais atuantes no **“mercado consumidor”**, e voltados à **sedução** do eleitor, a ponto de **o político** poder ser **“vendido”** como se fosse um **“sabonete”**, já que as mesmas técnicas de **“sedução”** podem ser empregadas, porque não seria lícito falar-se em **“marketing religioso”**, pelas mesmas razões, ou seja, a **desnaturação da “Religião”** enquanto **“juízo moral”, passando à condição de um “produto” a ser “consumido” pelo “mercado – alvo”, os potenciais “fiéis”?**

No âmbito do **“Marketing”**, **“propaganda”** é definida como:

“...a divulgação de produto/empresa claramente patrocinada. Atua diretamente no consumidor para induzi-lo a comprar o produto. Quadro comparativo entre publicidade, propaganda e promoção de vendas”, enquanto que **“publicidade”** é conceituada como **“toda divulgação de produto/empresa na qual não esteja caracterizado a existência de patrocínio (formato notícia)”** (www.portaldomarketing.com.br/Dicinario_de_Propaanda.htm+&cd=4&hl, acesso em 27.10.2021) (negritos meus)

O filósofo Mário Ferreira dos Santos define **“propaganda”** como **“a publicidade organizada, que tem a finalidade de influir nas atitudes, gostos, preferências das pessoas”**. (Op. cit., página 923) (negritos meus)

Tomando-se por base a própria língua portuguesa, pode-se encontrar, no Dicionário Priberam “on line”, como significados de **“publicidade”**: **“qualidade do que é público; vulgarização; divulgação; promoção de produto ou serviço através dos meios de comunicação social; mensagem que publicita esse produto ou serviço = anúncio”**.

“Propaganda”, por sua vez, podendo significar **“conjunto de atos que têm por fim propagar uma ideia, opinião ou doutrina”**; **“associação que tem por fim a propagação de uma ideia ou doutrina”**.

Não bastasse – e certamente não por coincidência – uma das “palavras relacionadas” apontadas é **“pregar”**, dentre cujos vários significados destaco: **“propagar, apregoando, evangelizando; fazer propaganda de”**. (<https://dicionario.priberam.org/>, acesso em 27.10.2021) (negritos meus)



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

Comparando-se as versões dicionarizadas acima expostas, nota-se frequente **confusão de significados** entre os termos **“publicidade”** e **“propaganda”**, chegando-se ao ponto de, no campo do “Marketing”, estabelecer-se como elemento de distinção entre ambos **a existência ou não de exteriorização da informação sobre o “patrocínio” – logo, por extensão, também quanto à identificação da pessoa do “patrocinador”**.

Além disso, se a questão semântica é resolvida sob o aspecto da **aparência** de algo que **mostra-se tal como não é** – o **“formato notícia”**, que na verdade seria uma **“publicidade - propaganda” não dada a ser percebida como tal**, para assim melhor realizar sua finalidade de **“influenciar alguém a se comportar de um determinado modo”, seja para que venha a comprar um produto** (ainda que mostrado como tal um político ou um religioso, **“marcas” diferentes de “sabonetes”**), seja para que essa influência vise a fazer o público **seguir uma determinada ideia, ou doutrina, ou linha de pensamento – político, artístico, religioso**, e assim por diante – **então, não haveria diferença na essência** das expressões **“publicidade”** e **“propaganda”**, tudo sendo resumido a **quem estaria, ostensivamente ou não**, se mostrando como **“agente” (“patrocinador”)** daquele anúncio, e completamente irrelevante tratar-se o “produto” a ser “vendido” ao “mercado consumidor – alvo” não um “sabonete” propriamente dito, mas um “político” ou um “religioso”.

A **mensagem** – a “ideia”, a “doutrina”, o “comportamento desejado” – transmitida com as técnicas de marketing **podendo ser ou não “subliminar”, independentemente de ser ou não “ostensiva”, e de seu agente – “patrocinador” ou “publicitário”, quando não ambos se confundindo** (pense-se, por exemplo, na Rede Globo de Televisão anunciando, através de uma agência de publicidade integrante do Grupo Globo, em pleno “Jornal Nacional”, como uma **“notícia”**, a aquisição de novos equipamentos tecnológicos digitais, que lhe permitiriam **maior e melhor “interação” com o espectador**, quando da exibição de programas como novelas, minisséries, e assim por diante...).

Daí porque é possível falar-se em **“graus” de “propaganda subliminar”**, os quais variarão de acordo com a própria vivência, conhecimento e capacidade de percepção do sujeito receptor daquela mensagem.

Ao menos, sob a ótica da **Psicologia aplicada à Propaganda**.

Assim, Vanda Cunha Albieri Nery e Natassia Catita Silva, em **“Propaganda Subliminar: Um Estudo Sobre A Sua Interpretação”**:



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

“(…) São muitos os recursos empregados na propaganda para tornar o produto parte do cotidiano do seu público-alvo: cores, formas, imagens, sons, palavras etc. **É preciso entrar na mente do consumidor, literalmente.** Para isso, os publicitários, de modo geral, recorrem às ciências humanas, entre elas a psicologia, tentando, assim, saber o que se passa na mente do consumidor, **uma vez que é para ele que toda mensagem é dirigida.** E é exatamente aí que entra a propaganda subliminar que, segundo alguns estudiosos, está presente nos mais diversos canais de comunicação, como TV, rádio, revistas, jornais, cinema, teatro, música, flipperamas, videogames, outdoors, anúncios publicitários, embalagens de produtos, vitrines e outra infinidade de produtos da **comunicação de massa.** Mas será que tudo o que se diz e se escreve sobre o assunto trata-se de mensagem realmente subliminar? Que tipos de mensagem podem satisfazer as condições necessárias para serem chamadas de subliminares? O que podemos dizer de uma mensagem subliminar genuína? Por definição, mensagem subliminar é aquela que não pode ser captada diretamente pelos sentidos humanos. Ela trabalha com o nosso subconsciente, uma vez que é transmitida em um baixo nível de percepção, tanto visual quanto auditiva. O que dizem os especialistas é que mensagens desse tipo nos são enviadas de forma oculta, abaixo dos limites da nossa percepção consciente, e que vão influenciar nossas atitudes, escolhas e motivar a tomada de decisões posteriores. **“Sublimares são mensagens que entram na nossa mente de contrabando, como um vírus de computador que fica inerte, latente, e só é ativado na hora certa”**, conforme nos diz Calazans (1992, p. 25). **Isso significa que, embora não possamos identificar a absorção da informação, o nosso subconsciente capta-a e ela é assimilada sem nenhuma barreira consciente.** Doron e Parot (1998, p. 729), no Dicionário de Psicologia, chamam de subliminar todo “estímulo que se situa abaixo do limiar absoluto, ou, a propósito do desvio entre dois estímulos, de uma diferença que não atinge o limiar diferencial”, **ou seja, para a psicologia, subliminar é tudo aquilo que está abaixo do limiar da consciência, ou, se quisermos, do limiar da percepção, e que produz efeitos na atividade psíquica ou mental.** Essa definição, usada desde o final do século XIX pelos primeiros estudiosos do tema e que, à primeira vista, parece bem simples, nos traz, na verdade, um problema básico: **o que exatamente define esse “limiar da percepção”?** De modo simplificado, podemos dizer que a percepção de um estímulo (isto é, ver algo e saber que viu) depende de um conjunto de fatores não somente fisiológicos, mas também psicológicos e sociais. “Perceber um estímulo não é apenas o ato do nosso corpo ter a capacidade de detectar algo. É o ato de ter uma resposta ativa a esse algo. Só podemos dizer que percebemos o estímulo quando essa ação é forte o suficiente para causar uma resposta consciente a ela” (GOMES, 2007). Existem muitos estímulos que estão além da capacidade de percepção de nossos sentidos como, por exemplo, um som em uma frequência mais alta do que os nossos ouvidos possam escutar ou sons baixos demais para serem claramente



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

identificados, ou uma imagem que tem um tempo de exposição pequeno demais, passando tão rápida que nossos olhos não possam captar. Também há de se considerar que alguém pode ver alguma coisa e simplesmente não se sentir confiante o bastante de ter visto. **Assim, em vez de uma linha separando o que está abaixo do limiar da percepção do que está acima, os psicólogos falam em uma faixa de percepção que, segundo eles, é aquela área em que existem, dentre todos os estímulos possíveis, aqueles que podem ser percebidos pelo homem, de forma consciente ou não.** Nessa faixa existem tanto os estímulos que não despertam a nossa atenção (seja porque são fracos demais, seja porque são ignorados por nós) como também todos os estímulos que recebemos a todo o momento de forma consciente. O limiar da percepção consciente é uma subdivisão da faixa de percepção. Acima do limite superior, chamado de limiar subjetivo, estão os estímulos que nós somos capazes de perceber conscientemente. Abaixo do limite inferior, chamado de limiar objetivo, estão os estímulos que não podemos perceber de maneira nenhuma. Não há nesse limiar nenhum traço de percepção. Na faixa que se situa entre o limiar subjetivo e o limiar objetivo, podemos perceber os estímulos, mas pensamos que não os percebemos, ou seja, não temos consciência deles. Com isso, um estímulo subliminar passa a ser considerado um estímulo percebido, mas não reportado. Isso significa que esses estímulos são capazes de provocar um grau mínimo de resposta em nossos sentidos, ainda que a reação provocada seja tão pequena que nossa mente não seja capaz de analisar essa informação de uma forma consciente. **Portanto, o limiar de percepção é a divisão que separa a intensidade dos estímulos, sendo os mais fracos aqueles que provocam reações mínimas, chamados de subliminares (GOMES, 2007).** Descobrir os limites objetivo e subjetivo de cada pessoa e enquadrar o estímulo nesta estreita faixa para todas as pessoas representa uma enorme dificuldade em qualquer pesquisa que se faça sobre o tema. É exatamente isso o que afirma Vinícius Gomes, autor do livro *O invisível atua no visível da propaganda: um dos principais problemas na análise e na definição do que seria esse limiar da percepção consciente é que os fatores apresentam-se de uma forma exageradamente circunstancial e pessoal. Um mesmo estímulo pode apresentar-se como subliminar ou não-subliminar. Isso vai depender da pessoa que recebe o estímulo e do contexto em que ele é apresentado.* Para Gomes ([s/d]), existe uma grande variação na capacidade de percepção de cada ser humano, seja o potencial “bruto” de cada um de seus sentidos, seja o tipo de informação que é percebido pelo cérebro – **que possui uma larga variação dependendo da personalidade e da vivência de cada pessoa. O limiar da percepção seria um limiar único e momentâneo, diferente para cada pessoa e em cada momento em que é analisado.**”(https://revistas.ufg.br/Opsis/article/view/9412/6488, acesso em 27.10.2021) (negritos meus)



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

Quanto à **linguagem**, seus símbolos e os usos que deles são feitos para fins de **propaganda** ou **publicidade**, veja-se Carl Gustav Jung:

“O homem utiliza a palavra escrita ou falada para expressar o que deseja comunicar. Sua linguagem é cheia de símbolos, mas ele também, muitas vezes, faz uso de sinais ou imagens não estritamente descritivos. (...)”

“O que chamamos símbolo é um termo, um nome ou mesmo uma imagem que nos pode ser familiar na vida cotidiana, embora possua conotações especiais além do seu significado evidente e convencional. Implica alguma coisa vaga, desconhecida ou oculta para nós. (...)”

“Assim, uma palavra ou uma imagem é simbólica quando implica alguma coisa além do seu significado manifesto e imediato. Esta palavra ou esta imagem tem um aspecto “inconsciente” mais amplo, que nunca é precisamente definido ou inteiramente explicado. E nem podemos ter esperanças de defini-lo ou explicá-lo. Quando a mente explora um símbolo, é conduzida a ideias que estão fora do alcance da nossa razão. (...)”

“Por existirem inúmeras coisas fora do alcance da compreensão humana é que frequentemente utilizamos termos simbólicos como representação de conceitos que não podemos definir ou compreender integralmente. Esta é uma das razões por que todas as religiões empregam uma linguagem simbólica e se exprimem através de imagens. (...)”

“(...) Não importa que instrumentos ele empregue; em um determinado momento há de chegar a um limite de evidência e de convicções que o conhecimento consciente não pode transpor. Além disso, há aspectos inconscientes na nossa percepção da realidade. O primeiro deles é o fato de que, mesmo quando os nossos sentidos reagem a fenômenos reais e a sensações visuais e auditivas, tudo isso, de certo modo, é transposto da esfera da realidade para a da mente. Dentro da mente esses fenômenos tornam-se acontecimentos psíquicos cuja natureza radical nos é desconhecida (pois a psique não pode conhecer sua própria substância). Assim, toda experiência contém um número indefinido de fatores desconhecidos, sem considerar o fato de que toda realidade concreta sempre tem alguns aspectos que ignoramos, uma vez que não conhecemos a natureza radical da matéria em si.

“Há, ainda, certos acontecimentos de que não tomamos consciência. Permanecem, por assim dizer, embaixo do seu limiar. Aconteceram, mas foram absorvidos subliminarmente, sem nosso conhecimento consciente. Só podemos percebê-los em algum momento de



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

intuição ou por um processo de intensa reflexão que nos leve à subseqüente compreensão de que devem ter acontecido. E apesar de termos ignorado originalmente a sua importância emocional e vital, estas mais tarde brotam do inconsciente como uma espécie de segundo pensamento. (...)

(Carl Gustav Jung *et alii*. O Homem E Seus Símbolos. Trad. Maria Lúcia Pinho. Rio de Janeiro: Harper Collins, 3ª. ed. especial brasileira, 2016, páginas 18, 19 e 21, “fine”/22).

O mesmo autor, em outra passagem:

“(...) Cada palavra tem um sentido ligeiramente diferente para cada pessoa, mesmo para os de um mesmo nível cultural. O motivo dessas variações é que uma noção geral é recebida num contexto individual, particular e, portanto, também compreendida e aplicada de um modo individual, particular. As diferenças de sentido são naturalmente maiores quando as pessoas têm experiências sociais, políticas, religiosas ou psicológicas de níveis diferentes.

“Sempre que os conceitos são idênticos às palavras, a variação é quase imperceptível e não tem qualquer função prática. Mas quando se faz necessária uma definição exata ou uma explicação mais cuidadosa, podemos descobrir as variações mais extraordinárias no seu tom emocional e na sua aplicação. Essas variações são sempre subliminares e, portanto, as pessoas não as percebem.

“Podemos rejeitar tais diferenças considerando-as supérfluas ou simples nuances dispensáveis por serem de pouca aplicação às nossas necessidades cotidianas. Mas o fato de existirem mostra que até os conteúdos mais banais da consciência têm à sua volta uma orla de penumbra e de incertezas. Mesmo o conceito filosófico ou matemático mais rigorosamente definido, que sabemos só conter aquilo que nele colocamos, ainda é mais do que pressupomos. É um acontecimento psíquico e, como tal, parcialmente desconhecido. Os próprios algarismos usados para contar são mais do que julgamos ser: são, ao mesmo tempo, elementos mitológicos – para os adeptos de Pitágoras chegavam a ser divinos -, mas certamente não tomamos conhecimento disso quando empregamos os números com objetivos práticos.

“Em suma, todo conceito da nossa consciência tem suas associações psíquicas próprias. Quando tais associações variam de intensidade (segundo a importância relativa desse conceito em relação à nossa personalidade total, ou segundo a natureza de outras ideias e mesmo complexos com os quais esteja associado no nosso inconsciente), elas são capazes de mudar



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

o caráter “normal” daquele conceito. O conceito pode mesmo tornar-se uma coisa totalmente diferente à medida que é impulsionado abaixo do nível da consciência.” (Op. cit., página 47/48)

Neste mesmo livro, Joseph L. Henderson, “Os Mitos Antigos e o Homem Moderno”:

“Tentativas de influenciar a opinião pública por meio de jornais, rádio, televisão e anúncios estão baseadas em dois fatores. De um lado, fundamentam-se em técnicas de sondagem que revelam a inclinação da “opinião” ou das “necessidades” – isto é, das atividades coletivas. De outro lado, exprimem os preconceitos, as projeções e os complexos inconscientes (sobretudo os jogos de poder) daqueles que manipulam a opinião pública. Mas as estatísticas não fazem justiça ao indivíduo. Mesmo que o tamanho médio das pedras de uma pilha seja de cinco centímetros, vamos encontrar nela pouquíssimas pedras de exatamente cinco centímetros.” (páginas 299/300) (negritos meus)

Interessantíssimas as observações de M. F. Von Franz, ainda naquela obra coletiva:

“A microfísica moderna descobriu que só se pode descrever a luz por meio de dois conceitos complementares, mas logicamente contraditórios: a onda e a partícula. Em termos absolutamente simples, pode-se dizer que sob certas condições de experiência a luz se manifesta como se composta por partículas, e em outras como se fosse uma onda. Observou-se também que se pode observar detalhadamente a posição ou a velocidade de uma partícula subatômica – mas não ambas ao mesmo tempo. O observador deve escolher o seu plano experimental, mas ao fazê-lo exclui (ou, antes, “sacrifica”) outros possíveis planos e resultados. Além disso, o mecanismo de avaliação deve ser incluído na descrição dos acontecimentos porque exerce influência decisiva, mas incontrolável, nas condições da experiência.

“(…)

“Em outras palavras, na microfísica o observador interfere na experiência de um modo que não pode ser exatamente calculado e que, portanto, não se pode também eliminar. Nenhuma lei natural deve ser formulada dizendo-se “tal coisa acontecerá em tal circunstância”. Tudo o que o microfísico pode afirmar é que “de acordo com as probabilidades estatísticas, tal fenômeno deve acontecer”. Isso, naturalmente, representa um problema considerável para o pensamento da física clássica. Exige que, na experiência



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

científica, se leve em conta a perspectiva mental do observador-participante. **Verifica-se, então, que os cientistas já não podem pretender descrever quaisquer aspectos dos objetos exteriores de modo totalmente “objetivo”.**

“A maioria dos físicos modernos aceitou o fato de que o papel representado pelas ideias conscientes de um observador em todas as experiências microfísicas não pode ser eliminado. **Mas esses cientistas não se preocuparam com a possibilidade de que as condições psicológicas totais do observador (tanto as conscientes quanto as inconscientes) também estivessem envolvidas na experiência.** Como observa Pauli, não existem razões *a priori* para rejeitar essa possibilidade, mas precisamos considerá-la como um problema ainda inexplorado e não solucionado.

“A ideia de Bohr a respeito da complementaridade é especialmente interessante para os psicólogos junguianos, pois Jung percebeu que o relacionamento entre o consciente e o inconsciente forma também um par complementar de contrários. **Cada novo conteúdo que vem do inconsciente é alterado na sua básica ao ser parcialmente integrado na mente consciente do observador.** (...) O que existe realmente no inconsciente “em si” não saberemos jamais, assim como jamais descobriremos o que há na matéria “em si””. (páginas 424/425) (negritos meus)

Ainda discutindo a definição de “propaganda comercial” apresentada por RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S/A, é importante observar que a inserção de anúncios **“durante intervalo na grade de programação da emissora”** foi uma **etapa da evolução da televisão, logo, um fenômeno histórico, um movimento** que, exatamente por se traduzir em uma **mudança externa ao objeto, logo, já que externa, que não se confunde com o próprio objeto que a sofre – a “propaganda comercial” feita na televisão.**

Se as **formas dos programas, os seus conteúdos, a ordem cronológica** segundo a qual serão exibidos ao público, a própria **estruturação do veículo comunicador** – no caso, a televisão – e os vários **resultados** (econômicos, políticos, formadores e conformadores do pensamento, e assim por diante) **colimados** podem – e, na prática, **são – misturados, combinados,** resultando na possibilidade da **criação de uma outra coisa em si e em outros resultados, inclusive não planejados, mas que sejam favoráveis ao veículo emissor das mensagens,** então pode-se dizer, a esta altura, e de acordo com todas as premissas até aqui desenvolvidas, que o Ministério Público Federal não deixa de ter razão quando diz que:



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

“...o concessionário ou permissionário de radiodifusão *comercializa tempo de programação; para ele, a operação sempre tem caráter comercial – sempre é publicidade comercial – pois, com ela, auferir renda, e isso ocorre independentemente da destinação comercial ou não que o terceiro dará à programação contratada – se irá anunciar a venda de carros, veicular publicidade governamental ou transmitir programação religiosa”, em todos esses casos “a emissora de rádio ou TV assume a mesma obrigação, qual seja, a de veicular o conteúdo determinado pelo terceiro com quem contrata em troca do recebimento de um certo valor, o caráter jurídico e econômico dessas operações são idênticos, logo, sob a perspectiva do concessionário ou permissionário de radiodifusão, todas essas operações caracterizam-se como *publicidade comercial*”.*

 (negritos meus)

A União Federal, e com base no Ofício no. 1018/2004/SE-MC expedido pelo Ministério das Comunicações, alegou que “**a legislação não prevê nenhuma proibição quanto à cessão de espaço**”, e que Ofício do Ministério das Comunicações de 20.09.2004 afirmou que “a Lei no. 4.117, de 27 de agosto de 1962, que instituiu (o) Código Brasileiro de Telecomunicação e o Decreto no. 52.795, de 31 de outubro de 1963, que aprovou o Regulamento dos Serviços de Radiodifusão, **não proíbem expressamente a cessão de parte do horário destinado à transmissão de programas das emissoras**”. (negritos meus)

Uma vez estabelecidas as premissas de que as **estruturas** dos veículos de radiodifusão podem ser **organizadas** de modo a alcançar os **resultados desejados**, interagindo com as **formas** e os **conteúdos** dos programas exibidos, inclusive podendo provocar **outros resultados originariamente não planejados, mas benéficos de todo modo à finalidade maior de conquista do mercado e das verbas** dos que com eles contratam, segue-se que, de modo semelhante ao que se passou a ocorrer na esfera pública em alguma medida, a **possível terceirização** das tarefas de produção de programas audiovisuais a terceiros, **se permitida na norma legal, não afastaria a obrigação de o veículo de radiodifusão observar o limite máximo de 25% de programas com conteúdo religioso, pois isso seria privilegiar a forma em detrimento do seu conteúdo, sem que o próprio conteúdo houvesse deixado de ser o que era.**

Na medida em que **o ambiente comunicativo via radiodifusão** se constitui, **também – ou seja, ainda que em parte - em um espaço de interesse público**, dadas as profundas influências que seus **atores ativos** – redes de televisão, agências de publicidade, “marketing” e propaganda, empresários, políticos, religiosos, enfim, divulgadores os mais variados de suas ideias, imagens e símbolos, **como se diante de milhares de vitrines que são as casas, residências e inúmeros estabelecimentos comerciais, veem-se como representativos daquilo que seriam**



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

ou devem se tornar os costumes, hábitos, ideias e opiniões dos espectadores – e assim, como princípio inescapável, a de “condutores do rebanho”, a ausência de limites estatais, em benefício da “liberdade de exercício de atividade econômica”, ou da “democracia – liberdade de mercado” plena, pode resultar simplesmente no esvaziamento do ambiente público mais típico como arena do debate e da formação da opinião pública, e assim, na fragilização da própria liberdade de expressão, um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Que “Política” e “Religião” tendem a se encontrarem e se confundirem, mesmo quando o Estado se postula “secular”, é comentado por Massimo Cacciari:

“Nossa atenção se concentrará em um aspecto que se tornou central no debate contemporâneo, sobretudo graças a Carl Schmitt, **da relação entre teologia e política na cristandade ocidental.** (...) A relação entre teologia e política se apresenta, como é óbvio, em termos historicamente determinados, mas suscita, ao mesmo tempo, questões de ordem teoria em geral. Trata-se apenas de analisar as transformações de uma perspectiva imanentista de ideias “religiosas”? As diversas investigações sobre o processo, ou destino, de secularização seguem esse esquema. **Mas a própria ideia de secularização pressupõe que princípios essenciais da Revelação ou do Anúncio, antes de serem “capturados” e pensados em dogmas, possuem uma propriedade tal que os tornam transponíveis ou traduzíveis em fatores constitutivos do agir político. A expressão “teologia política” não pode limitar-se a significar a influência das ideias teológicas sobre as formas de soberania mundana, pressupondo uma separação originária entre as duas dimensões, deve na verdade captar a orientação ou a destinação política imanentes à vida religiosa, que está na base da própria elaboração teleológica. Relação, como se observará, de nenhum modo linear e, no entanto, de modo algum completamente resolvível: relação que é perene con-flitar, na qual não se da outra paz além daquela da mediação e do compromisso.** (...) Por sua vez, tampouco a soberania poderá “reger”, se destituída de um efetivo reenvio ao princípio de autoridade. Como poderia o soberano se reduzir a mero “representante”, legitimado essencialmente pela eficácia da mediação que opera entre os interesses que agitam e dividem a multidão? **Já a simples representação pressupõe uma interpretação. Representar não pode reduzir-se a executar – e interpretar implica o fato de indicar um sentido, abrir uma perspectiva e o desejo de conduzir por esse caminho.**(...)” (O Poder Que Freia. Trad. Pedro Moura Fonseca. Belo Horizonte: Ed. Âyiné. 2016, páginas 13, 14, 15 e 23) (negritos meus)



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

Daí porque a premissa que se há de seguir é a de que **tudo aquilo que puder influenciar o espectador em seu íntimo (não só considerando-se os “conteúdos” dos programas, mas também as formas, “estruturas organizacionais”, métodos de divulgação visando à conquista da “audiência” - eis que, como visto, “forma”, “conteúdo”, “método” e “estrutura” acabam por fundirem-se e tendem a tornarem-se outro objeto, mas ainda com aquela mesma finalidade original, processo que usa a aparência de aqueles elementos diferirem entre si de acordo com uma linguagem que seria própria a cada esfera de conhecimento a partir da qual vistos, mas que não passam de caminhos para que se chegue a um mesmo desejado fim – a conquista dos corações, mentes, hábitos e opiniões dos espectadores, da “audiência”, do “mercado” - necessariamente terá que encontrar limites estatais, a começar, em nosso ordenamento jurídico – e tendo em vista a fragilidade e a escassez da normatização legal e administrativa existente em nosso País sobre a matéria – pelos limites constitucionais e convencionais (Convenção Interamericana de Direitos Humanos e Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos, mais diretamente) em razão das consequências negativas que a “liberdade de mercado” no setor da comunicação via radiodifusão – em nosso País, extremamente concentrado (e não seria exagerado cogitar-se talvez da existência de verdadeiras oligarquias midiáticas radiodifusoras) - aquela irrefreada “liberdade de mercado”, como dito, poderá provocar a erosão ou a contaminação da base do Estado Democrático de Direito – a “formação”, ou “orientação”, ou “dominação” – no caso, “espiritual”, mas igualmente “ideológica”, “dogmática”, “radical”, “polarizada” e “polarizadora”, e “comercial”, porque, independentemente do conteúdo religioso ou não, o objetivo é a conquista da “audiência”, que no final é o “mercado” -, sob pena de, não sendo assim, o próprio Estado Democrático de Direito e a liberdade de expressão acabarem por serem esvaziados, e até de não mais existirem, já que a lógica acima exposta, da propagação e da conquista do público, seus corações e mentes, o que também significa conquista do “mercado” que é o daquele ambiente comunicativo via radiodifusão, é de que essas “orientação”, “propagação”, “doutrinação”, “conversão”, frequentemente “manipulação” da audiência, apresentadas como “entretenimento”, “informação” ou “exercício da liberdade de religião”, cresça e se fortaleça em escala cada vez maior e mais rápida, até a completa erosão da Democracia, substituída por aquele poder comunicativo não visível, subliminar, irresistível em sua velocidade pandêmica sobre indivíduos, grupos e coletividades em geral, pois quanto mais velozmente se apresenta menos se mostra, menos permite que sobre o que é visto e ouvido como “espetáculo” se possa refletir, conversar, discutir, debater, formarem-se os círculos de trocas de pensamentos que são o coração da Democracia desde a Antiguidade.**



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

A esta altura, pode-se afirmar que, tendo em vista as **misturas inerentes** entre “essência”, “aparência” e “contingência”; “oculto” e “visível”; “perceptível” e “subliminar”, ambos em “graus variáveis”; “estrutura” e “forma”; “organização” e “finalidade”; “comunicante”, “significante” e “significado”; e até entre “marketing”, “propaganda” e “publicidade”, “produção própria de conteúdo” ou “terceirização” desse serviço, dentre outras noções que foram aqui abordadas, pode-se dizer que o Ministério Público Federal **não incidiu em equívoco quando relacionou “conteúdo” dos programas transmitidos por RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S/A com sua “grade de programação”, para daí afirmar que o limite máximo de 25% (vinte e cinco por cento) “do tempo destinado à publicidade”,** e tão pouco quando disse que, para “concessionário ou permissionário de radiodifusão”, **“a operação sempre tem caráter comercial – sempre é *publicidade comercial* – pois, com ela, auferre renda”.** (EVENTO 1 – INIC 1, pág. 18)

E aqui é importante deixar claro que, exatamente como resultado das **misturas** acima apontadas, e ao contrário do que dito na Nota Técnica de no. 18.499/2017/SEI-MCTIC, a conclusão à que se chega é que se houver *“diferenças entre a venda de espaços da grade de programação a terceiros, de um lado, e a prática de arrendamento de horário da programação”,* no sentido de que, *“no arrendamento de horário a definição do conteúdo da programação fica ao encargo e livre alvedrio de terceiro, no caso, o arrendatário...”*, na linha de raciocínio que até aqui veio sendo desenvolvido, tais “diferenças” serão **completamente irrelevantes, já que, de todo modo, o resultado final será aquele desejado pela concessionária do serviço de radiodifusão – a conquista do mercado, dos consumidores e das verbas publicitárias.**

O problema, então, não é a **“prática de arrendamento de horário de programação”**, em contrário ao que argumentado pelo Ministério Público Federal em sua inicial (EVENTO 1 – INIC 1, pág. 06), ou seja, **quem, na aparência (= forma) estaria a exhibir, mas sim o que, quando, como (=com que conteúdo) e por quanto tempo um programa estaria sendo exibido.**

Somente tendo como premissa essa **irrelevância** da pessoa – terceiro produtor e a concessionária do serviço de radiodifusão exibidora – é que pode fazer sentido o argumento feito na Nota Técnica no. 18.499/2017/SEI-MCTIC, no sentido de que, **por não existir “qualquer comando normativo ou condição preestabelecida às detentoras de outorga de serviço de radiodifusão que proíba a veiculação de programas produzidos por terceiros, ainda que mediante pagamento”,** não seria possível **“se falar na hipótese de transferência da concessão”, “mesmo havendo cessão de parte da programação diária para a**



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

veiculação de conteúdo produzido por terceiro”, já que o elemento realmente diferenciador seria a **organização e a estrutura da concessionária do serviço de radiodifusão** – ainda na referida Nota Técnica no. 18.499/2017/SEI-MCTIC, “...a **construção e a organização da programação se encontram ainda a cargo da titular da outorga**, isso porque a exploração do serviço de radiodifusão compreende muito mais que a simples produção de conteúdo, abrangendo, além disso, a **disponibilidade dos equipamentos, a autonomia para a organização da programação, a transmissão dos programas, dentre outras atividades**”. (EVENTO 1 – INIC 1, pág. 07) (negritos meus)

Esta **irrelevância da pessoa** poderia ser, ela mesma, paradoxal, na medida em que se está falando de um **contrato de concessão de serviço de interesse público**.

Mas, como dito, o próprio ambiente normativo da prestação de serviços de radiodifusão é incrivelmente lacunoso, sendo impossível compreendê-lo, interpretá-lo, regulá-lo e julgá-lo senão considerando-se a **realidade histórica** dos serviços de radiodifusão no Brasil, e certamente o contrato de concessão tomou-a como um **pressuposto de fato** da sua própria formação, logo, também quando da sua celebração com a ré.

E jamais se pode esquecer que o **princípio da legalidade**, para a Administração Pública, tem conteúdo **negativo**, ou seja, ela só pode fazer aquilo para o que tiver sido autorizada pela norma legal, e nos limites dessa autorização, ao contrário do que se dá com o particular, que pode fazer tudo aquilo que a norma legal não proibir, ou seja, para ele, o princípio da legalidade tem um conteúdo **positivo**.

Baseando o raciocínio na **irrelevância da pessoa**, não há como se concordar com o argumento de que “o **estímulo à produção independente constitui forma de distribuição e não de obtenção de renda pelo radiodifusor**”. (EVENTO 1 – INIC 1) (negritos meus)

Independentemente do **rótulo**, do “**nomen juris**”, “estímulo” ou “renda”, ou do elemento subjetivo, a vontade de praticar ou não um ato ou fato econômico que corresponda, ou não, a uma determinada hipótese de incidência normativa a ser evitada, o **fenômeno econômico** será sempre o mesmo e terá, no caso ora sob exame, sempre a mesma **natureza jurídica** (arts. 109 e 118 do CTN, aqui empregados por analogia – admitindo a interpretação econômica no Direito Tributário, e.g., veja-se Tema 296 STF e RE 784439, STF, Pleno, Rel. Min. Rosa Weber, DJE 15.09.2020:



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

“(…) 6. Os precedentes judiciais formados por este Supremo Tribunal definiram interpretação jurídica no sentido do caráter taxativo das listas de serviços. Nesse sentido: RE 361.829, Rel. Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ de 24.2.2006; RE 464.844 AgR, Rel. Ministro Eros Grau, Segunda Turma, DJe de 09.5.2008; RE 450.342 AgR, Rel. Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 03.8.2007. 7. As listas de serviços preveem ser irrelevante a nomenclatura dada ao serviço e trazem expressões para permitir a interpretação extensiva de alguns de seus itens, notadamente se socorrendo da fórmula “e congêneres”. Não existe obstáculo constitucional contra esta sistemática legislativa. Excessos interpretativos que venham a ocorrer serão dirimíveis pelo Poder Judiciário. 8. Embora a lei complementar não tenha plena liberdade de qualificar como serviços tudo aquilo que queira, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não exige que ela inclua apenas aquelas atividades que o Direito Privado qualificaria como tais. Precedentes nesse sentido julgados em regime de repercussão geral, a saber: RE 592.905, Rel. Ministro Eros Grau, e RE 651.703, Rel. Ministro Luiz Fux, em que examinadas as incidências do ISS, respectivamente, sobre as operações de arrendamento mercantil e sobre aquelas das empresas de planos privados de assistência à saúde. (...)11. Tese de repercussão geral: “É taxativa a lista de serviços sujeitos ao ISS a que se refere o art. 156, III, da Constituição Federal, **admitindo-se, contudo, a incidência do tributo sobre as atividades inerentes aos serviços elencados em lei em razão da interpretação extensiva.**”) (negritos meus)

Tanto fazendo, pois, que o fenômeno se dê a pretexto de “estímulo” ou de “renda”, com a participação de terceiros – os “produtores independentes” – ou com a “comercialização” dos “horários de sua programação” pelas prestadoras de serviços de radiodifusão, como a RÁDIO E TELEVISÃO RECORD.

Ainda com base na **irrelevância da pessoa**, com o reforço do **princípio da legalidade em seu sentido negativo**, rejeito a alegação da União Federal de “ausência de proibição de veiculação de conteúdo de terceiro”.

E até a “independência” dos “produtores” poderia ser objeto de investigação, caso a caso, **já que a “aparência” é um dos alicerces do ambiente mercadológico dos serviços de radiodifusão...**

Segundo o Ministério Público Federal, RÁDIO E TELEVISÃO RECORD:

“...diariamente, à exceção das segundas – feiras, comercializa mais tempo de radiodifusão do que a lei lhe autoriza, alcançando percentual máximo de 38,43% aos domingos, quando dedica 3 horas e 11 minutos a mais em sua



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

programação, para veiculação de conteúdos comercializados, totalizando 9 horas e 11 minutos.” (EVENTO 1 – INIC 1, pág. 09)

Isto, sem incluir “*a prática publicitária conhecida como **merchandising**, realizada durante a programação produzida pela própria emissora*”. (EVENTO 1 – INIC 1, pág. 09) (negrito meu)

Ainda de acordo com o Ministério Público Federal, quanto ao limite máximo de 25% (vinte e cinco por cento) do “tempo de programação” para que a concessionária, ou permissionária de radiodifusão, atenda “ao seu intuito lucrativo”:

“Não houvesse essa regra, o montante de programação produzida e transmitida pelos concessionários e permissionários tenderia a diminuir. Os intervalos comerciais tenderiam a aumentar de quinze minutos por hora (25%) para, v.g., trinta ou quarenta e cinco minutos por hora. Ou os programas comuns tenderiam a ser substituídos por programas vendidos, voltados à transmissão de anúncios publicitários ou de conteúdo religioso, como de fato vem ocorrendo.” (EVENTO 1 – INCI 1)

Já foi visto que o Ministério Público Federal argumentou, também, que:

“...no sistema brasileiro de radiodifusão tem sido frequente a comercialização de tempo de programação superior ao limite de 25%, alguns casos chegando a envolver a negociação de toda a grade da emissora. (...)” (EVENTO 1 – INIC 1, pág. 14)

Com base nesses argumentos, em síntese, o Ministério Público Federal pediu a condenação da União Federal “*a fiscalizar o cumprimento, por parte da emissora demandada, do limite máximo de 25% do tempo diário de programação como passível de ser objeto de comercialização, incluído neste percentual o tempo comercializado a entidades religiosas e outras, ainda que sem finalidade lucrativa*”, e a condenação de RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S/A “*a ajustar sua programação*”, “*reduzindo, conseqüentemente, o período total comercializado (inclusive comercializado a entidades religiosas ou outros entes sem fins lucrativos) para 25% do tempo diário*”.

Como exposto, na linha do que até agora vem sendo argumentado, não há qualquer relevância em os programas serem produzidos por terceiros, ou pela própria prestadora de serviços de radiodifusão; é igualmente irrelevante a tentativa de diferenciação, com base na disposição, pela prestadora de serviços de



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

radiodifusão, de “equipamentos para a transmissão dos sinais, a organização da programação, dentre outras atividades”; limite máximo de 25% do tempo de programação diária foi estabelecido em norma legal e há que ser respeitado.

Daí porque não há como se aceitar a defesa da União Federal, no sentido de que “a fiscalização do conteúdo” “ocorre a partir da análise do que é apresentado durante todo o horário da programação, **e não a partir de contratos celebrados com terceiros não previstos em lei**”. (EVENTO 14 – CONT 1, pág. 13) (negritos meus)

Muito ao contrário, a fiscalização do conteúdo e do respectivo tempo de exibição do programa tem, sim, que levar em conta os contratos celebrados com terceiros – os “produtores independentes”, independentemente de que tenham estes objetivado ou não, como resultado final, o lucro.

Novamente com base na premissa estabelecida na longa exposição até aqui feita – a **irrelevância da pessoa** e que **o fenômeno econômico – jurídico é o mesmo, seja a título de “estímulo”, seja de “renda”, seja com a participação de “terceiros”, os “produtores independentes”, tenham estes finalidade lucrativa ou não; seja, enfim, por atividade da própria prestadora de serviços de radiodifusão – há que se admitir à RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S/A “a possibilidade de gerar lucro” e de “comercializar, além de publicidade comercial, espaço para inserção de programação independente”** (EVENTO 16 – CONT 1, pág. 25, “fine”/26) (negritos meus).

Também não há problema algum em RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S/A contratar a divulgação de conteúdos audiovisuais produzidos pela Igreja Universal do Reino de Deus, ou por quem mais quiser.

O problema de fundo não é este.

É apenas se, afinal de contas, o Ministério Público Federal provou que a soma da “publicidade comercial” e da “programação independente” inserida na “programação diária” (a “grade de horários”), ultrapassou o limite de 25% de tempo máximo diário de “comercialização” – esta, com o sentido dado acima, ou seja, englobando toda a programação de RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S/A.

Seguindo-se a interpretação do fenômeno econômico – jurídico aqui empregada, vê-se que RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S/A, ao reportar-se à “Tabela 9: Record – Programação por Categoria e Gênero (2015)”, informou ter usado 21,75% (vinte e um inteiros e setenta e cinco centésimos) de sua programação com finalidade “religiosa”; 5,12% (cinco inteiros e doze centésimos) com “novela”;

5098336-18.2019.4.02.5101

510007761079.V2



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

5,97% (cinco inteiros e noventa e sete por cento) com “série”; e apenas 0,10% (dez centésimos por cento) com “publicidade”, ao longo de todo um ano. (EVENTO 16 – CONT 1, pág. 29)

Não é crível que, com apenas 0,10% (dez centésimos por cento) de “publicidade”, RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S/A tenha conseguido gerar o “lucro” a que tem direito de buscar conseguir, no ambiente do mercado de prestação de serviços de radiodifusão.

Aliás, não há nem menção a que, pelo menos, as “receitas” e as “despesas” – ambas no seu sentido mais amplo – tenham sequer se compensado, com resultado “zero”, ou que, ainda que RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S/A tenha gerado prejuízo naquele ano, este teria sido compensado no exercício seguinte, ou algo assim.

O instrumento contratual juntado às fls. 80/84, por sua vez, **oculta o valor pago mensalmente pela IURD à RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S/A** (item 2.2) – vale observar que o sigilo empresarial não poderia ter servido de obstáculo ao conhecimento daquele valor pelo Ministério Público Federal, e muito menos continuar a não ter sido informado pela ré, nesta ação (art. 6º. do CPC).

Na verdade, se o Ministério Público Federal tivesse recebido a informação, estaria obrigado a mantê-la em segredo, caso a tivesse havido por idônea, ou, em contrário, somente poderia transmitir a informação por meio de ação judicial – que veio a ser esta – e o sigilo passaria a ser objeto de decisão judicial, quanto à sua manutenção ou ao seu levantamento.

O mesmo instrumento contratual estipula que a exibição de “programas de cunho religioso – cultural de autoria e produção da IURD” (item 1.1 – fls. 81) “será exibido no território nacional de **segunda a sexta – feira da 01h00m às 06h00min da manhã, aos sábados da 01h00min às 08h30min e aos domingos da 01h00min às 08h00min, bem como aos sábados das 12h00min às 12h59min e pílulas diárias entre segunda – feira e sexta – feira de 60 segundos de duração, iniciando às 12h e de 120 segundos entre segunda – feira e sexta-feira, iniciando após as 13:30 h. Podendo oscilar os horários conforme a grade de programação da RECORDTV.**” (negritos meus)

De modo que, valendo-me do método da interpretação econômica do fato jurídico, acima referido sucintamente, a única conclusão possível de ser chegar é à de que a “comercialização” da programação de RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S/A não está contida apenas na rubrica “publicidade”, mas se espalha, **oculta, nas demais rubricas**, tais como “novela”, “série” e programas “religiosos”;

5098336-18.2019.4.02.5101

510007761079.V2



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

só esses, somados, ultrapassam em muito o limite máximo de 25% de programação diária. (Novela: 5,12% + Série: 5,97% + Religioso: 21,75% = 32,84% - para ficarmos apenas com essas três rubricas como exemplo).

Na medida em que a “publicidade” se encontra “oculta”, “não revelada”, e admitida **fictamente (“rótulo”)** senão no ínfimo percentual oficial de 0,10% (dez centésimos por cento), **não há qualquer motivo para deixar de se concluir que a “comercialização” está a ser feita, na realidade, em algumas ou todas as demais rubricas.**

Volto a chamar a atenção para o aspecto da “conquista de mercado”, para o que é irrelevante que o conteúdo do programa tenha sido produzido com ou sem motivo de “lucro”, ou a título de “estímulo”, por “produtores independentes” ou não.

RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S/A alegou que “há que se prestigiar a decisão técnica das agências reguladoras/fiscalizadoras, pois falta ao Ministério Público capacidade técnica para definir as prioridades no campo da radiodifusão”. (EVENTO 16 – CONT 1, pág. 31, penúltimo parágrafo)

A respeito da “capacidade técnica” e da “deferência” que se deve dar ao Administrador Público, valho-me das seguintes observações de Paulo André Espírito Santo Bonfadini:

“A deferência judicial é outro instituto que pode contribuir para a maior controlabilidade dos atos das agências. Ao contrário do que possa parecer, deferência judicial não significa o Judiciário referendar tudo que vem da Administração.

“A doutrina da deferência judicial, desenvolvida nos EUA, e os casos concretos analisados pela Suprema Corte norte – americana reforçaram o seu conteúdo dogmático, trazendo para a Administração uma série de requisitos a serem cumpridos. Para que haja deferência judicial sobre uma escolha administrativa tomada – escolha essa que pode ser uma norma editada -, é necessário que a Administração observe critérios atinentes a planejamento, contraditório, devido processo legal, participação popular, consideração de motivos das partes (ainda que para rejeitá-los em sua decisão), razoabilidade, respeito a princípios constitucionais, dentre outros.

“Apesar do nome “deferência judicial” parecer um “não controle”, na verdade é um reforço ao controle judicial.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

“Apesar de a deferência olhar muito para a atividade do Judiciário (o *judicial review*), na verdade olha também para a Administração Pública.

“Para que haja deferência judicial, a Administração deve demonstrar que observou o devido processo legal nos seus procedimentos (notadamente os que confeccionam normas), que ouviu os interessados, que discutiu os termos dos seus atos (normativos ou não), que considerou as sugestões desses interessados (ainda que para rejeitá-las) nas suas decisões fundamentadas.

“A Administração deve demonstrar ao Judiciário que tem capacidade institucional para tomar a medida mais razoável (ainda que para criar uma norma autônoma em razão da amplitude da lei). Deve demonstrar que tomou a medida mais razoável com relação ao Direito (juridicidade) e que observou direitos fundamentais e princípios atinentes à boa atuação administrativa, como é o caso da eficiência, por exemplo.

“Enfim, a deferência somente é implementada pelo Judiciário quando a Administração demonstra ter observado diversos critérios processuais (procedimento) e substanciais (conteúdo do ato).”

“E, em havendo tudo isso, o controle judicial se torna mais facilitado, pois o Juiz realizará a sua atividade judicante a partir de condutas concretas tomadas no âmbito da Administração. Provavelmente, diminuirá também o elevado número de ações no Judiciário, que muito se deve ao fato de não haver, no âmbito das agências, um foro adequado para resolução de conflitos (justiça administrativa), além de transparência e dialeticidade nas escolhas tomadas.”

“(…)

“Nesse caminho, utilizando as palavras de Gustavo Binbenbujm (...), o Direito se distancia da idealidade e se aproxima mais da realidade.”

(O Poder Normativo Autônomo das Agências Reguladoras – critérios e controles. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, páginas 417 e 418) (negritos meus)

A fundamentação desta sentença examinou as Notas Técnicas emitidas pelo MCTIC e creio que demonstrou o porquê de não merecerem a “deferência técnica” invocada por RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S/A.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

Não há lugar para o argumento de que *“a tentativa de reduzir, especificamente, o contrato existente entre a ré e a IURD demonstra uma censura velada não apenas ao conteúdo religioso veiculado, mas também aos contratos celebrados pela emissora...”*. (EVENTO 16 – CONT 1, pág. 44). (negritos meus)

Todas as prestadoras de serviços de radiodifusão estão sujeitas ao mesmo limite de tempo máximo de 25% (vinte e cinco por cento) de “comercialização”, como RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S/A está, independentemente de qualquer ligação com entidades ou ideologias religiosas, ou de fazerem questão de não ter ligação com entidades ou religiosas quaisquer.

Isto posto, julgo a ação procedente, condenando a União Federal “a fiscalizar o cumprimento, por parte de RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S/A, do limite máximo de 25% do tempo diário de programação como passível de ser objeto de comercialização, incluído neste percentual o tempo comercializado a entidades religiosas e outras, ainda que sem finalidade lucrativa” e condeno RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S/A a “ajustar sua programação”, “reduzindo, conseqüentemente, o período total comercializado (inclusive comercializado a entidades religiosas ou outros entes sem fins lucrativos) para 25% do tempo diário”, ou seja, “o equivalente a seis horas da sua programação”.

Não creio haver risco ao resultado útil do processo, em não se deferindo o pedido de antecipação da tutela feito pelo Ministério Público Federal, já que a própria ação só foi proposta em 2019, não obstante o Inquérito Civil Público tenha sido aberto em 2016.

O próprio Ministério Público Federal, assim, acabou por favorecer o advento do resultado que agora aponta como danoso e ilegal.

Indefiro, assim, o pedido de antecipação da tutela.

Sem custas e nem honorários advocatícios de sucumbência.

Decorrido o prazo legal sem interposição de recurso voluntário, remetam-se os autos ao Eg. TRF-2ª. Região, para reexame necessário.

Documento eletrônico assinado por **ALBERTO NOGUEIRA JUNIOR, Juiz Federal**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 2ª Região nº 17, de 26 de março de 2018. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc.jfrj.jus.br>, mediante o preenchimento do código verificador **510007761079v2** e do código CRC **b9fc4f09**.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): ALBERTO NOGUEIRA JUNIOR

Data e Hora: 17/5/2022, às 23:15:39

5098336-18.2019.4.02.5101

510007761079 .V2