629

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL

"(...) III - As empresas de comunicação não respondem por publicidade de propostas abusivas ou enganosas. Tal responsabilidade toca aos fornecedores-anunciantes, que a patrocinaram (CDC, Arts. 3º e 38)." (excerto da ementa do REsp 604.172/SP, Min. Relator Humberto Gomes de Barros)

Proc. nº 0014146-33.2013.8.26.0053

TVSBT - CANAL 4 DE SÃO PAULO S/A, empresa concessionária de serviços públicos de radiodifusão sonora e imagética, inscrita no CNPJ(MF) sob o número 45.039.237/0001-14, sediada no Município de Osasco, Estado de São Paulo, na Avenida das Comunicações nº 4, Vila Jaraguá, tendo sido citada nos autos da Ação Civil Pública em epígrafe, promovida pela **FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON/SP** , vem, por seu advogado (doc.01), apresentar sua **CONTESTAÇÃO**, o que faz pelas razões de fato e de direito adiante articuladas.

1. Cuida-se de processo de conhecimento regulado pela Lei nº 7.347/85, onde o Autor pleiteia indenização em contrapartida ao dano moral coletivo, porquanto a Ré, através de sua telenovela "Carrossel", disseminou propaganda

direcionada ao público infantil de maneira abusiva e sub-reptícia, através de pubicidade da espécie *merchandising*. Pleiteia também, além da indenização sugerida em "parcos" R$ 100.000,000 (cem milhões de reais), a cessação de qualquer *merchandising* destinado ao público infantil, bem como difusão de contrapropaganda nos moldes do art. 60 do Código Consumerista.

A liminar para retirada de qualquer *merchandising* dos programas ou novelas infantis foi indeferida e tal rechaço foi confirmado pelo Tribunal. Aliás, tal pedido resta prejudicado, haja vista que o CONAR não permite mais tal espécie de publicidade (vide art. 37 do Código de auto-regulamentação publicitária).

2. A ação é improcedente, haja vista inexistir ilicitude no conteúdo do outrora merchandising veiculado. Porém, existe robusta preliminar que deverá ser analisada antes de adentrarmos ao mérito.

PRELIMINAR

I-) DA FULGURANTE ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DA RADIODIFUSORA – MERO VEÍCULO DE RADIODIFUSÃO SONORA E IMAGÉTICA – EXEGESE SISTEMÁTICA DOS ARTS. 12 E 38 DO CÓDIGO CONSUMERISTA – RESPONSABILIDADE PELA CORREÇÃO DA PROPAGANDA CABE A QUEM PATROCINA TAL VEICULAÇÃO PUBLICITÁRIA – O

AUTOR TEM A OBRIGAÇÃO LEGAL DE BUSCAR AQUILO QUE ENTENDE CORRETO PERANTE OS ANUNCIANTES – CENTENAS DE PRECEDENTES ESPALHADOS PELA PINDORAMA – PRECEDENTE DO C. STJ

3. Insta sublinhar que a Ré TVSBT é concessionária de serviços públicos de radiodifusão de sons e imagens, tendo como objeto social precípuo a exploração de publicidade comercial; ou seja: fornece espaço em sua grade de programação para o mercado publicitário que adquire tais espaços para seus clientes. E tais espaços (*rectius*: anúncios) se dividem em duas espécies; quais sejam: *breaks* (anúncio feito entre uma parte artística do programa e outra) e *merchandising* (publicidade inserida na parte artística da atração), tudo sob o talante do anunciante ou da agência que o representa, que por sua vez traça de maneira soberana os desígnios das campanhas publicitárias.

E para elucidar qualquer dúvida, o anúncio é o ato de informar ao público a mensagem publicitária, por meio dos veículos de comunicação; já o anunciante é a entidade que utiliza a propaganda, **sendo a única responsável pelo seu conteúdo e custos advindos do mesmo**. Vejamos a esclarecedora definição dada por **CARLOS ALBERTO RABAÇA** e **GUSTAVO GUIMARÃES BARBOSA** *in* "Dicionário de Comunicação" (Ed. Campus), *verbis:*

> "***Anunciante***: (pp) "Entidade, firma, sociedade ou indivíduo que utiliza a propaganda (...). Cliente de uma agência de propaganda. Pessoa ou organização que assina a mensagem publicitária, **autoriza a sua veiculação e é responsável pelo seu conteúdo e custos.**"

E mesmo que se tenha notícia de que tal propaganda tenha sido da espécie *merchandising*, não se pode esquecer que todas as diretrizes são estipuladas por quem patrocina o produto que vai ser inserido na programação.

4. As proposições retro colocadas são tão lídimas que o próprio Código Consumerista, **em seu artigo 38**, é categórico em dispor que ***"o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina"***. Não só o artigo 38 do CDC exclui a Ré de responsabilização pelo abuso ou enganosidade da propaganda como também **o artigo 12** não inclui em seu rol as empresas que veiculam a publicidade do produto ou serviço.

5. Portanto, a TVSBT não pode ser responsabilizada por atos praticados por anunciantes. Do contrário, a atividade da Ré estaria seriamente abalada, eis que, seria obrigada a investigar todos os anunciantes antes de fechar um negócio. Neste sentido já se pronunciou **E. Superior Tribunal de Justiça** (Recurso Especial n. 604.172, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 27.03.2007 – doc. 02):

RECURSO ESPECIAL - PREQUESTIONAMENTO - INOCORRÊNCIA - SÚMULA 282/STF- FALTA DE COMBATE AOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO - APLICAÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA 182 - PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE RECURSAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONSUMIDOR - VEÍCULOS DE COMUNICAÇÃO - EVENTUAL PROPAGANDA OU ANÚNCIO ENGANOSO OU ABUSIVO - AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE - CDC, ART. 38 - FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS.

I - Falta prequestionamento quando o dispositivo legal supostamente violado não foi discutido na formação do acórdão recorrido.

II - É inviável o recurso especial que não ataca os fundamentos do acórdão recorrido. Inteligência da Súmula 182.

III - As empresas de comunicação não respondem por publicidade de propostas abusivas ou enganosas. Tal responsabilidade toca aos fornecedores-anunciantes, que a patrocinaram (CDC, Arts. 3º e 38).

IV - O CDC, quando trata de publicidade, impõe deveres ao anunciante - não às empresas de comunicação (Art. 3º, CDC).

V - Fundamentação apoiada em dispositivo ou princípio constitucional é imune a recurso especial."

RECURSO ESPECIAL - PREQUESTIONAMENTO - INOCORRÊNCIA - SÚMULA 282/STF- FALTA DE COMBATE AOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO - APLICAÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA 182 - PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE RECURSAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONSUMIDOR - VEÍCULOS DE COMUNICAÇÃO - EVENTUAL PROPAGANDA OU ANÚNCIO ENGANOSO OU ABUSIVO - AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE - CDC, ART. 38 - FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS.

I - Falta prequestionamento quando o dispositivo legal supostamente violado não foi discutido na formação do acórdão recorrido.

II - É inviável o recurso especial que não ataca os fundamentos do acórdão recorrido. Inteligência da Súmula 182.

III - As empresas de comunicação não respondem por publicidade de propostas abusivas ou enganosas. Tal responsabilidade toca aos fornecedores-anunciantes, que a patrocinaram (CDC, Arts. 3º e 38).

IV - O CDC, quando trata de publicidade, impõe deveres ao anunciante - não às empresas de comunicação (Art. 3º, CDC).

V - Fundamentação apoiada em dispositivo ou princípio constitucional é imune a recurso especial."

6. E não para por aí, pois o mesmo entendimento disseminou-se por todos os rincões desta pindorama, como podemos verificar no que foi decidido recentemente, em caso análogo, pelo MM. Juízo do Juizado Especial Cível de Bento Gonçalves – RS, processo n.º: 005/3110000436-0 – Autor: Cleber Dalla Colletta X LTVM BRASIL e TVSBT- Canal 4 de São Paulo S/A. Vejamos:

JUIZADO ESPECIAL CÍVEL
COMARCA DE BENTO GONÇALVES /RS
PROCESSO N.º 005/3110000436-0
AUTOR: CLEBER DALLA COLLETTA
RÉS: LTVM BRASIL – TELEVENDAS E MARKETING LTDA E TVSBT CANAL 4 DE SÃO PAULO S/A
DATA: 19.08.11
JUÍZA LEIGA: LEILA GIACOMELLO

CLEBER DALLA COLLETTA ajuíza AÇÃO ANULATÓRIA DE NEGÓCIO JURÍDICO C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS contra LTVM BRASIL – TELEVENDAS E MARKETING LTDA E TVSBT CANAL 4 DE SÃO PAULO S/A. *Assevera que em 24.10.10 ao assistir um programa televisivo exibido pela Segunda Demandada constatou a oferta de um produto denominado SMART PEN. Em 31.10.10 efetuou a compra do produto através do site da primeira demandada pelo valor de R$ 199,00 acrescido de R$ 24,99 de frete.(...)*

(...) A segunda requerida apresenta defesa alegando em preliminar a ilegitimidade passiva uma vez que somente veiculou a propaganda da vendedora do produto

635

SMART PEN. Refere que não é responsável pela comercialização do produto e que a primeira requerida não faz parte do grupo. No mérito reitera as alegações de ausência de responsabilidade e que não impulsionou o suposto infortúnio sofrido pelo autor. Pugna pela extinção do feito sem resolução do mérito ou pela improcedência da demanda.(...)

PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA:

A participação da segunda requerida pelo que se depreende da instrução do feito se deveu pela veiculação da propaganda da mercadoria. Não foi produzida prova da participação da mesma na venda mediante culpa ou dolo .

Nesse sentido:

"Ação de indenização por danos morais e materiais. anúncio veiculado em programa de televisão. publicidade enganosa. responsabilidade SUBJETIVA.A responsabilidade da empresa recorrente pelo ressarcimento pleiteado na inicial somente se configura pela existência de dolo ou culpa do veículo, diferentemente do que ocorre com a empresa anunciante, que possui responsabilidade objetiva. Não restando configurada tal situação, cumpre ao julgador optar pela procedência da insurgência recursal."RECURSO PROVIDO. (RI 71000629980)

"REPARAÇÃO DE DANOS. AQUISIÇÃO DE PRODUTO ATRAVÉS DE PROPAGANDA VEICULADA PELA RECORRENTE. "SORVETERIA YUKI". MERCADORIA DEFEITUOSA. REVELIA DA EMISSORA DE TELEVISÃO. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE QUANTO À MATÉRIA FÁTICA, QUE NÃO AFETA AS CONDIÇÕES DA AÇÃO. AUSENTE PROVA DE QUE A RECORRENTE FEZ MAIS

*DO QUE VEICULAR A MERCADORIA DA SEGUNDA RÉ, INEXISTE DEVER DE INDENIZAR, **A responsabilidade da emissora de televisão é subjetiva, e depende de culpa ou dolo para ensejar dever de indenizar. Não havendo prova de que se envolveu em suposta propaganda enganosa produzida pela fabricante, a quem incumbe a responsabilidade pela mercadoria vendida, há que se reconhecer sua ilegitimidade para responder por reparação civil.** Precedentes da Terceira Turma Recursal. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA RECORRENTE. PRELIMINAR ACOLHIDA. EXTINÇÃO DO FEITO." (Recurso Cível N.º 71002395739, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Jerson Moacir Gubert, Julgado em 29/04/2010*

Reconhecer a legitimidade da emissora estar-se-ia admitindo a responsabilidade ampla e geral sobre mercadorias e produtos anunciados por fabricantes e distribuidores.

Sendo assim, opino pelo acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva da segunda requerida para o fim de excluí-la da lide a teor do artigo 267, inciso VI do CPC .

***ISTO POSTO, OPINO** pelo acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva da segunda requerida a fim de excluí-la da lide a teor do artigo 267, inciso VI do CPC. Com relação a primeira demandada e a teor do artigo 333 , I do CPC, **OPINO pela PARCIAL PROCEDÊNCIA** do pedido inicial para o fim de DECLARAR rescindido o contrato de compra e venda de fls. 16 firmado entre as partes ; CONDENAR a requerida a ressarcir ao autor as parcelas pagas e debitadas na fatura do cartão de crédito do autor devidamente corrigidas pelo IGPM desde o desembolso das parcelas e juros de mora de 1% a.m cotados da citação e aainda fixar danos morais no montante de R$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais)*

corrigido monetariamente pelo IGPM desde a data da publicação do parecer e juros de mora de 1/% a.m também contados da citação.

Saliente-se que tal entendimento é pacificado, atravessando décadas com decisões idênticas. Vejamos:

- *TJSP - Apelação nº: 40.868-4-8 – Relator: Souza Lima – José Geraldo X O Estado de São Paulo (1998);*
- *JEC/MG Comarca de Barbacena – Processo nº:0056.05.10.8258-6 – José Mauro da Silva X TVSBT – Canal 4 de São Paulo (2007);*
- *JEC/MG Comarca de Itabira – Processo nº: 0317-03-019634-7 – Andréia de Oliveira Duarte X TVSBT – Canal 4 de São Paulo S/A. (2003);*
- *TJTO – Comarca de Araguaína – Processo nº:7.643-03 – Ana Maria Sena X TVSBT – Canal 4 de São Paulo S/A. (2003);*
- *JEC/RS Comarca de Caxias do Sul – Processo nº:01.002.313.062 – Zulmira Esteves da Rosa X TVSBT-Canal 4 de São Paulo S/A. (2004);*
- *TJSP – Agravo de Instrumento nº: 219.827-4/0 – Relator: Laerte Nordi - TVSBT – Canal 4 de São Paulo S/A. X Nutrilatina Laboratórios LTDA. (2001);*

7. E não é só, pois, antes mesmo que alguém possa tentar pensar em contra atacar a pujança da ilegitimidade aqui discutida, necessária se torna a leitura do

brilhante Acórdão prolatado pelo eminente Ministro Aldir Passarinho Júnior, nos autos do Recurso Especial nº1.157.228 – RS. Vejamos (doc.03):

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.157.228 - RS (2009/0188460-8)

RELATOR	:	**MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR**
RECORRENTE	:	RÁDIO E TELEVISÃO BANDEIRANTES LTDA
ADVOGADO	:	FRANCISCO MARTINS CODORNIZ NETO E OUTRO(S)
RECORRIDO	:	PAULO ROBERTO MERG JARDIM
ADVOGADO	:	DANIEL FERNANDO NARDÃO E OUTRO(S)
INTERES.	:	MEGAINVEST EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE COBRANÇA, CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONTRATAÇÃO DE EMPRÉSTIMO JUNTO A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DEPÓSITO DE IMPORTÂNCIA A TÍTULO DE PRIMEIRA PRESTAÇÃO. CRÉDITO MUTUADO NÃO CONCEDIDO. ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL AO PRESTADOR DO SERVIÇO E À REDE DE TELEVISÃO QUE, EM PROGRAMA SEU, APRESENTARA PROPAGANDA DO PRODUTO E SERVIÇO. "PUBLICIDADE DE PALCO". CARACTERÍSTICAS. FINALIDADE. AUSÊNCIA DE GARANTIA, PELA EMISSORA, DA QUALIDADE DO BEM OU SERVIÇO ANUNCIADO. MERA VEICULAÇÃO PUBLICITÁRIA. EXCLUSÃO DA LIDE. MULTA PROCRASTINATÓRIA APLICADA PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. PROPÓSITO DE PREQUESTIONAMENTO. EXCLUSÃO. SÚMULA N. 98-STJ. CDC, ARTS. 3º, 12, 14, 18, 20, 36, PARÁGRAFO ÚNICO, E 38; CPC, ART. 267, VI.

I. A responsabilidade pela qualidade do produto ou serviço anunciado ao consumidor é do fornecedor respectivo, assim conceituado nos termos do art. 3º da Lei n. 8.078/1990, não se estendendo à empresa de comunicação que veicula a propaganda por meio de apresentador durante programa de televisão, denominada "publicidade de palco".

II. Destarte, é de se excluir da lide, por ilegitimidade passiva **ad causam**, a emissora de televisão, por não se lhe poder atribuir co-responsabilidade por apresentar publicidade de empresa financeira, também ré na ação, que teria deixado de fornecer o empréstimo ao telespectador nas condições prometidas no anúncio.

III. "Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não tem caráter protelatório" (Súmula n. 98/STJ).

IV. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Maria Isabel Gallotti e Raul Araújo votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Vamos passear pelos rincões deste Brasil em forma de Aquarela:

Data de Disponibilização: **22/03/2013**
Jornal: DJ São Paulo
Tribunal: DJSP - CADERNO 3 JUDICIAL 1ª INSTÂNCIA CAPITAL. VII - ITAQUERA E GUAIANAZES
Vara: Vara do Juizado Especial Cível

EXPEDIENTE:
EDITAL DE INTIMACAO DE ADVOGADOS RELACAO N 0089/2013 Processo 0006623-11.2013.8.26.0007 - Procedimento do Juizado Especial Cível - Obrigacoes - Solange Adelia Alves Diorato - NEON ELETRO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ELETRONICOS LTDA e outros - Vistos. 1. A empresa TV SBT CANAL 4 - SISTEMA BRASILEIRO DE TELEVISAO S/A e mero veiculo para anuncio dos mais variados produtos e servicos e, por isso, nao se vincula a relacao de consumo que se estabelece quando tais produtos ou servicos sao adquiridos por consumidores, pois a responsabilidade e dos anunciantes. Em razao do exposto, JULGO O PROCESSO EXTINTO, sem apreciacao do merito, por carencia de acao decorrente de ilegitimidade de parte passiva, com fundamento no art. 267, inciso VI, do CPC, em relacao a empresa TV SBT CANAL 4 - SISTEMA BRASILEIRO DE TELEVISAO S/A. P.R.I.C. e anote-se no SAJ e na autuacao. 2. Defiro em parte a liminar, para determinar a re NEON ELETRO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ELETRONICOS LTDA que, no prazo de cinco dias a contar da intimacao desta decisao, entregue a autora o produto mencionado na inicial ou outro semelhante ou superior, sob pena de multa diaria de R$ 200,00 (duzentos reais), ate o limite de 60 dias. Depreque-se a citacao e intimacao, para cumprimento urgente. 3. A autora devera informar o juizo sobre o cumprimento, ou nao, da liminar, observando-se a contagem do prazo a partir da intimacao da re. 4. Indefiro o pedido de suspensao liminar das atividades da re, porque a primeira vista nao pode a autora defender direito coletivo, difuso, ou individual de outras pessoas, em seu proprio nome. Int. - ADV: WILSON DIORATO DE SOUTO (OAB 311544/SP)

Veja ainda:

Data de Disponibilização: **22/03/2013**
Jornal: DJ São Paulo
Tribunal: DJSP - CADERNO 4 JUDICIAL 1ª INSTÂNCIA INTERIOR.
Cidade/Vara: SÃO BERNARDO DO CAMPO / Juizado Especial Cível
Título: JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. Fórum de São Bernardo do Campo – Comarca de São Bernardo do Campo

EXPEDIENTE:
0011808-08.2013.8.26.0564 Nº Ordem: 000488/2013 - Procedimento do Juizado Especial Cível - Compromisso - CESAR AUGUSTO TOGNETTI X NEON ELETRO - Vistos. 1 - Excluo o SBT do polo passivo, eis que apenas veiculou propagandas dos produtos vendidos pela NEON, mas nao celebrou o contrato de compra e venda com o autor. Deste modo, falece-lhe legitimidade para ocupar o polo passivo. Anote-se na autuacao e na PRODESP (CPC< artigo 267, VI). 2 - Defiro a tutela antecipada contra a NEON, porque decorreu prazo mais do que suficiente para que cumprisse o contrato. O consumidor aguarda, ha mais de sessenta dias, a entrega da coisa. A fornecedora deve cumprir a oferta e o contrato, sendo cabivel a sua execucao especifica. Neste cenario, cite-se e intime-se a requerida por precatoria a entregar o produto comprado pelo autor em 5 dias a contar da citacao e intimacao, sob pena de multa diaria de R$500,00, ate o limite de R$5000,00. Da precatoria devera constar que a re tera 15 dias para contestar o feito, sob pena de revelia. Consigne-se que o prazo para defesa fluira da efetiva citacao, e nao da juntada da precatoria aos autos. - ADV MANUEL DAS NEVES RODRIGUES OAB/SP 62577

No mesmo sentido, por óbvio:

640

Data de Disponibilização: **07/05/2013**
Jornal: DJ São Paulo
Tribunal: DJSP - CADERNO 4 JUDICIAL 1ª INSTÂNCIA INTERIOR.
Cidade/Vara: LIMEIRA / Juizado Especial Cível. JUÍZO DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL E CRIMINAL

EXPEDIENTE:
EDITAL DE INTIMACAO DE ADVOGADOS RELACAO N 0040/2013 Processo 3003816-95.2013.8.26.0320 - Procedimento do Juizado Especial Civel - Indenizacao por Dano Material - Claudia Maria Machion - Neon Distribuidora de Eletronicos LTDA - - Sistema Brasileiro de Televisao - SBT - Iniciaimente, emende o autor a peticao inicial para excluir do polo passivo Sistema Brasileiro de Televisao por ilegitimidade passiva. Prazo: Dez (10) dias, sob pena de indeferimento da inicial. - ADV: FABIANO MORAIS (OAB 262051/SP)

8. **Litígios em praticamente todos os Estados da Federação, em processos idênticos aos autos, pois todos são afetos a merchadising, já se resolveram em favor da TVSBT, como foi o caso do MM. Juízo do 1º Juizado Especial Cível de Salvador (processo nº 0023397-22.2013.8.05.0001). Vejamos o trecho pinchado da r. sentença:**

> *Vistos, etc.*
> *LORENA ARAUJO BOMFIM apresentou queixa neste Juizado Especial Cível de Defesa do Consumidor contra AKATUS MEIOS DE PAGAMENTO S/A, NEON DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ELETRONICOS LTDA e TVSBT CANAL 4 DE SAO PAULO S.A. - SBT.*
>
> *"Pretende a autora, com base no Código de Defesa do Consumidor, a procedência desta ação para condenar as empresas acionadas a lhe devolverem o valor pago pelo produto, bem como a indenizá-la ao pagamento de um valor, a ser arbitrado por este M.M juízo, pelos danos morais sofridos.*
> *Para tanto, declara a acionante que, ao assistir a propaganda da empresa SBT de televisão, adquiriu dois televisores da segunda empresa acionada.*

Alega mais que os produtos não foram entregues, o que lhe causou prejuízos, motivo pelo qual compareceu ao judiciário.
Antes de entrarmos no mérito da questão, necessária se torna a análise e decisão da preliminar suscitada pela 2ª contestante.
Em preliminar, suscita a segunda empresa acionada a sua ilegitimidade passiva. Nesse particular entendo que não assiste razão a empresa acionada como a seguir demonstraremos.
Em suas contestações, as empresas acionadas suscitaram em preliminar a ilegitimidade passiva. De início, entendem a primeira e segunda contestantes ser partes ilegítimas para figurar no pólo passivo da relação processual, devendo contra as mesmas ser extinto o processo, sem julgamento do mérito.
Neste particular, entendo que assiste razão à primeira e segunda empresas acionadas, como a seguir demonstraremos. Com efeito, a primeira empresa funcionou apenas como meio de pagamento que a autora utilizou para efetuar o pagamento de suas compras.
Em relação à segunda, a mesma funcionou apenas como veículo de propaganda do negócio realizado.
Sendo assim, a falta de legitimidade da 1ª e 3ª acionadas para a causa é manifesta, uma vez que no plano de direito material, não lhes corresponde a relação jurídica, objeto do processo.
Em relação à segunda acionada, diferentemente do quanto aduzido em sua peça de defesa, os documentos acostados com a inicial, em cotejo com o próprio contrato social anexado pela empresa no evento nº 26, demonstra que a mesma deve continuar no polo passivo da demanda, ficando, de logo, rechaçada a preliminar de ilegitimidade por esta suscitada.
Assim, ante o exposto e tudo mais que dos autos consta, acolho a preliminar de ilegitimidade passiva da 1ª (AKATUS MEIOS DE PAGAMENTO S A) e 3ª acionada (TVSBT CANAL 4 DE SAO PAULO S.A. - SBT) ,

642

para extinguir o processo sem julgamento do mérito, com fundamento no art. 267, inciso VI, do Estatuto Processual Civil.
Salvador, 2 de Maio de 2013"

9. Por todos os lados que se veja, é de impérvia contestação que a responsabilidade aqui discutida recai sobre os anunciantes, o que leva-nos a concluir que a Ré **TVSBT – CANAL 4 DE SÃO PAULO S/A** é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da demanda, o que implica na extinção do presente feito sem julgamento de mérito, nos exatos termos do artigo 267, inciso VI do CPC.

E ninguém menos do que o CONAR concorda com a proposição aqui desenvolvida, pois, na própria inaugural, em seu item 5 (fls. 30/31) a Autora relata que tal entidade entendeu como indevido o merchandising. **Porém**, os ANUNCIANTES também constavam como averiguados, *v.g.*, "Giraffas", "Cacau Show", "Chamyto/Danone, justamente pelo singelo motivo de que os **anunciantes são os responsáveis pelo merchandising** e a radiodifusora pela retirada da propaganda.

II-) IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE PEDIDOS – PECÚNIA OU COMINAÇÃO DE CUMPRIMENTO DE PRECEITO? - LEI EXTRAVAGANTE REGENTE – INTELIGÊNCIA DO ART. 3º DA LEI Nº 7.347/85

10. Como podemos inferir do resumo da prefacial alinhavado momentos acima, o Autor requer ao Estado-

Juiz a cominação de uma pena pecuniária, a condenação em obrigação de não-fazer e, por último, uma obrigação de fazer; tudo, por óbvio, sob pena de multa. Porém, a própria Lei extravagante que rege a ação civil pública restringe tal campo de atuação do *Parquet*.

11. O artigo 3° da Lei da Ação Civil Pública nos dá a seguinte idéia informativa, *verbis*:

> "**Art. 3°** A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro **ou** o cumprimento de obrigação de fazer **ou** não fazer." (grifos nossos)

Ora, o dispositivo legal supra transcrito deve ser compreendido como sendo pedidos mutuamente excludentes, ou se opta pela obrigação de fazer ou não fazer ou pela condenação em dinheiro. Impossível é a cumulação como ocorre no caso em presente.

12. O fundamento desta interpretação encontra amparo não só na lei, como também na jurisprudência. Isto porque a obrigação de fazer ou não fazer está ligado ao princípio da prevenção. Ou seja, se optar-se pela mandamento obrigacional positivo ou negativo (obrigação de fazer e não fazer), é porque possível o retorno ao *status quo ante*. Do contrário, parte-se para a indenização.

644

13. No caso *sub judice* houve a cumulação dos pedidos, o que é vedado. Neste sentido, se posicionou o **C. STJ**. Leia-se alguns dos inúmeros acórdãos nesse sentido (Resp 205.153-GORel. Min. Francisco Falcão, j. 20/06/2000, *in* RSTJ 139/55):

> "Ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente – Lei n. 7347/1985 – Violação ao art. 11 – Cessação de atividade – Cominação de multa – Imposição legal.
> A determinação legal contida no artigo 11 da Lei n. 7347/1985, tem o objetivo imanente de fazer valer a obrigação, uma vez que retirada da mensagem legal a imposição de pena, é consectário lógico a mitigação da ordem, à míngua de punição ante seu descumprimento.
> Conforme o artigo 3º da Lei n. 7347/1985, não pode a ação civil pública ter por objeto a condenação cumulativa de cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer em dinheiro.
> Recurso parcialmente provido."

Do corpo do aresto destaca-se:

> "Não obstante, em relação à condenação em dinheiro, verifico não ter razão o Recorrente, uma vez que a própria legislação citada, através do seu artigo 3º, veda a cumulação das penalidades, ou seja, condenação em dinheiro e cessação das atividades.

645

Neste contexto transcrevo o dispositivo citado:
'Art. 3º A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer."
Com o mesmo entendimento, destaco ementa do seguinte julgado, ad litteram:
'Processual Civil e Administrativo. Ação civil pública. Objeto. Alternativa. Fornecimento de água potável. Obrigação. Titular.
Conforme o artigo 3º da Lei n. 7347/1985, não pode a ação civil pública ter por objeto a condenação cumulativa de cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer em dinheiro. Nos loteamentos regulares, o fornecimento de água potável é obrigação dos proprietários. Recurso provido' (Resp 247.162-SP, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU de 8.5.2000)"

No mesmo sentido: RSTJ 121/89.

14. Assim sendo, nos termos do artigo 295 do CPC, inepta é a inicial que *"III - o pedido for juridicamente impossível; IV - contiver pedidos incompatíveis entre si."* No entanto, caso entenda V. Exa. não se tratar de hipótese de inépcia, deverá o pleito de condenação de pagamento de multa ser indeferido por não ser possível a cumulação nos termos do art. 3º da Lei da Ação Civil Pública.

626

III-) A SANÇÃO ADMINISTRATIVA APLICADA PELO DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA GUARDA SEVEROS TEMPERAMENTOS – BRUTAL CERCEAMENTO DE DEFESA – TODAS AS DILIGÊNCIAS REQUERIDAS PELA RÉ FORAM INDEFERIDAS SUMARIAMENTE E SEM QUALQUER FUNDAMENTAÇÃO – DECISÃO ARBITRÁRIA SENÃO SOLIPSISTA – TAL SANÇÃO SERÁ SOLENEMENTE CONTESTADA PERANTE O PODER JUDICIÁRIO

15. A noticia cravada à fl 15 do processo, onde relatou-se a lavratura de multa pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, não deverá influir na convicção de V Exa. Explico: Tal sanção ainda será contestada perante o Poder Judiciário, porquanto eivada de vícios terríveis, *v.g.*, cerceamento de defesa e absolutamente carente de fundamentação. Portanto, o famigerado monitoramento feito pelo orgão ligado ao Ministério da Justiça acusou situações como sendo merchandising, porém, a bem da verdade, nunca o foram. Enfim, a sanção foi fundada, *data venia*, no humor do agente público que a aplicou.

MÉRITO

IV-) A RÉ NEGA QUE TAIS AÇÕES DE MERCHANDISING FORAM ABUSIVAS – A ANÁLISE DEVERÁ SER METICULOSA – AÇÃO POR AÇÃO – NA ÉPOCA DA

627

TRANSMISSÃO NÃO EXISTIA REGRAMENTO ESPECÍFICO PARA A MATÉRIA – DIRETO LEGISLADO – RESTOU IMPROVADO A SUBSUNÇÃO DOS ARTS. 36 E 37 DO CÓDIGO CONSUMERISTA

16. A questão aqui posta demanda pouca reflexão, porquanto desafia simplesmente a aplicação incontinente de um princípio; qual seja: *tempus regit actum*.

Explico novamente: quando da transmissão da telenovela, sequer o CONAR produzira legislação específica para as ações de merchandising, quando mais o glorioso Congresso Nacional de Pindorama. Ora bem, não existia legislação proibindo publicidade da espécie merchadising. E acomo todos nós sabemos nosso direito é legislado, não é consuetudinário, tampouco judiciário. Portanto, não é pelo motivo do PROCON entender que os merchandisings são abusivos que tais práticas realmente o são!!! Nessa tocada é que a Ré **NEGA que as ações de merchandisng são abusivas**. E quem nega não tem o ônus de provar sua negativa. Vejamos a magistral aula sobre processo inserta no corpo do v. acordão da lavra do eminente Ministro Luiz Fux, no REsp nº 529176/PR, *verbis*:

> *Ab initio*, ressalte-se que, afirmando o empregador a inexistência de horas extraordinárias de trabalho, não há como lhe exigir a comprovação dos documentos inerentes aos seu pagamento.
> Isto porque, não cabe ao demandado a comprovação de fato negativo, como, *in casu*, a não realização de horas extraordinárias, consoante tivemos a oportunidade de

ressaltar in "Curso de Direito Processual Civil, Forense, 2001:

"O autor deve provar o fato constitutivo de seu direito na forma da lei. Assim, se o fato, para a sua comprovação, depende de instrumento público como da essência do ato probando – forma ad solemnitatem –, somente por esse meio considerar-se-á cumprido o ônus imposto, haja vista que a própria lei não considera provado o fato, ainda que omisso o réu, se a alegação de sua existência não estiver acompanhada do instrumento considerado de sua substância (art. 302, parágrafo único, inciso II, do CPC)Vide nota 15. ***Destarte, como compete ao réu oferecer defesas diretas e indiretas, cabe-lhe, também, o ônus de comprovar aquilo que alega com a seguinte diferença: quanto às defesas diretas, basta alegá-las, uma vez que elas são a negação daquilo que afirma o autor, que, por sua vez, tem o dever de demonstrar o fato que ampara a sua pretensão. A sustentação pelo réu de que o fato não existe – característica da defesa direta – deve encontrar resposta imediata nas provas levadas aos autos pelo autor, que tem a primazia da ação e o dever pioneiro de provar. "Não pode, o demandado, ser instado a comprovar fatos negativos"."***

(grifamos)

17. Nem se alegue que a inversão do ônus da prova deverá acontecer neste contexto, vez que tal instituto processual é *ope judicis*, ou seja, a critério de V Exa, o que não vincula o Magistrado, necessariamente, a tal preceito, ainda mais se levarmos em consideração que a Fundação PROCON não é hipossuficiente técnica, tampouco financeira (não é nada mais do que o Estado litigando) .

V-) DO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO – DA MEGALOMANÍACA SUGESTÃO DE ARBITRAR-SE R$ 100.000.000,00 A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO – A REPORTAGEM QUE EMBASA A SUGESTÃO DA AUTORA

FOI DISTORCIDA - NÃO EXISTE NA LEI NENHUMA QUE PREVEJA QUE TAL INDENIZAÇÃO TENHA CUNHO SANCIONATÓRIO OU QUE POSSA ATINGIR TAL MARAVILHOSA CIFRA – A DOUTRINA ESPECULATIVA É QUE CRIOU O CARÁTER PUNITIVO ÀS INDENIZAÇÕES ADVINDAS DE DANO EXTRAPATRIMONIAL – *PUNITIVE DAMAGES* – INSTITUTO DIFUNDIDO PELO SISTEMA CONSUETUDINÁRIO ESTADUNIDENSE – NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO PRIMA PELO DIREITO LEGISLADO – INFELIZMENTE NOSSO DIREITO ESTÁ EM PROCESSO DE "COMMONLIZAÇÃO" – LADEIA-SE A LEI E APLICA-SE A OPINIÃO DO QUE É MORALMENTE CORRETO

18. Cotejando a proposição abaixo com o regramento jurídico-legal, não existe na lei de regência o parâmetro de arbitramento propalado pela Autora; leiamos para crer:

> "(...) Tal metodologia, como sói acontecer em matéria de danos extrapatrimoniais, é indicativa, mas constitui **norte válido para inibir e punir a conduta lesiva**.
> Em face das ocisderações apresentadas, impõe-se a condenação do réu, a título de dano moral coletivo, de indenização correspondente ao faturamento auferido com a divulgação das merchandisings abusivas, que se sugere seja de, no mínimo R$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais) – (anexo XVII) – deixando-se, porém, a arbirtamento do montante à justa aquilataçao do Sr. Magistrado." (negritamos)

650

19. Além disso, após a leitura do trecho retro transcrito, de fácil abstração que a Autora concorda que através do vil metal o Estado-Juiz conseguirá coibir a intervenção perniciosa da radiodifusora ré contra futuros abespinhamentos que possa perpetrar contra terceiros. Ora bem, apesar do pesado estereótipo que contamina as razões da Autora, decerto que o cunho punitivo tão propalado é instituto criado exclusivamente pela doutrina.

E a doutrina - repita-se - é pura especulação, sendo certo que a fonte primária do nosso direito, por excelência, é a LEI. E essa LEI não preve tal caráter coibitivo/punitivo na composição do arbitramento da indenização extrapatrimonial, ainda que coletiva. Aliás, pelo que consta da lei substantiva, não existe tal parâmetro, e sim a extensão do dano como regra de arbitramento (*rectius*: art. 944 do CC). O caráter punitivo/pedagógico (*rectius: punitives damages)*, retirado a fórceps do *common law* estadunidense é figura alienígena ao nosso ordenamento jurídico, que prima – repita-se – pelo direito legislado. E não existindo lei, a Ré não estaria obrigada a suportar tal viés condenatório *ex vi* do princípio constitucional da legalidade. Portanto, caso a indenização por dano moral seja chacelada por V Exa, o que se admite simplesmente à guisa de argumento, o caráter punitivo deve ser expungido da composição do arbitramento do montante indenizatório.

651

20. Mister também se faz rebater a tentativa da Autora em impingir a falsa impressão de que somente com as ações de merchandising a Ré teria faturado R$ 100.000.000,00. Tal declaração, se realmente bate com a realidade, o que guarda severos temperamentos, deve se referir à totalidade de faturamento, o qual engloba outras fontes de receita. Portanto, essa, *data venia*, "mania" de instruir ações judiciais com reportagens jornalísticas é um "modismo processual" que deve ser estancado por V Exa , vez que perturba o andamento processual e embaralhada o juízo do Magistrado, que por sua vez, muitas vezes, assimila tais estereótipos, entendendo que empresas como a Ré são bilionárias. Não bastando, não confundir FATURAMENTO com LUCRO. Existe um oceano entre tais institutos.

VI-) DO PEDIDO

21. Ante o exposto, requer seja acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva. Caso não entenda dessa maneira, que a preliminar atinente à impossibilidade de cumulação dos pedidos seja abraçada. Na suposta, por improvável superação das preliminares, o que se admite simplesmente à guisa de argumetno, requer seja a presente ação julgada totalmente improdecente, condenando a Autora nas custas e despesas processuais, bem como nos honorários advocatícios.

652

22. Protesta provar o alegado por *todos* os meios de prova admitidos em direito, notadamente prova pericial e juntada de documentos.

Termos em que, respeitosamente,
P. Deferimento.
São Paulo, 11 de novembro de 2013.

p.p. Marcelo Migliori
OAB/SP 147.266