

**Registro: 2018.0000544731**

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0014146-33.2013.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante TVSBT - CANAL 4 DE SÃO PAULO S/A, é apelado FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON/SP.

**ACORDAM**, em 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Prosseguindo o julgamento estendido, o relator votou pelo não-provimento do recurso, o 4º e o 5º juízes acompanharam o relator. Portanto, por maioria de votos, negaram provimento ao recurso, vencidos os 2º e 3º juízes que davam parcial provimento. Acórdão com a relatora sorteada. Declara voto o 2º juiz. Sustentaram oralmente os Drs. Livia Cattaruzzi, OAB/SP 359.230, Marco Antonio Sabino, OAB/SP 222.937 e Marcelo Migliori, OAB/SP 147.266.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores COSTA NETTO (Presidente sem voto), JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO, ANGELA LOPES, GALDINO TOLEDO JÚNIOR E EDSON LUIZ DE QUEIROZ.

São Paulo, 24 de julho de 2018.

**MARIELLA FERRAZ DE ARRUDA POLLICE NOGUEIRA**  
**RELATORA**  
**Assinatura Eletrônica**

**APELAÇÃO Nº 0014146-33.2013.8.26.0053**

**Relatora: Mariella Ferraz de Arruda Pollice Nogueira**

**Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado**

**APELANTE: TVSBT – CANAL 4 DE SÃO PAULO S/A**

**APELADO: FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON/SP**

**INTERESSADOS: INSTITUTO ALANA E ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMISSORAS DE RÁDIO E TELEVISÃO - ABERT**

**COMARCA: SÃO PAULO – VARA DA FAZENDA PÚBLICA**

**JUIZ PROLATOR: LUÍS FELIPE FERRARI BEDENDI**

**VOTO N.º 900**

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INDENIZAÇÃO.** Divulgação por emissora de televisão de merchandising voltado a público infantil, na exibição da novela “Carrossel”. LEGITIMIDADE PASSIVA DA EMISSORA RECONHECIDA. Violação apontada pela utilização de merchandising voltado ao público infantil na referida novela, e não no conteúdo ou veracidade da publicidade, a justificar a responsabilização do SBT, emissora responsável pelo programa e a quem coube tomada de decisões referentes a atores, cenários, diálogos e conteúdo da novela. Ademais, eventual responsabilidade direta dos anunciantes/patrocinadores não afasta sua responsabilidade enquanto integrante da cadeia produtiva em relação aos consumidores, por força da regra de solidariedade estabelecida pelo artigo 7º, parágrafo único do CDC. ABUSO CONFIGURADO. Irrelevância da proibição expressa à conduta imputada à ré apenas ter sido consagrada pelo Estatuto da Publicidade em momento subsequente. Comportamento que já era vedado pelo artigo 37, §2º do CDC, legislação vigente ao tempo dos fatos, pela utilização de publicidade subliminar dirigida a crianças, com exibição de produtos no decorrer da novela, sem que pudessem claramente identificar o conteúdo publicitário, de forma a induzi-las ao consumo, prevalecendo-se de sua hipossuficiência. Induvidosa obrigação de pagamento de indenização por danos morais. Arbitramento em R\$ 700.000,00, que se mostra adequado aos escopos da penalidade e princípios da proporcionalidade e razoabilidade. RECURSO IMPROVIDO.

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por TVSBT – CANAL 4 DE SÃO PAULO S/A à r. sentença de fls. 846/858, cujo relatório se adota, prolatada nos autos da Ação Civil Pública ajuizada por FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON SP, julgada parcialmente procedente para condenar a ré ao pagamento de indenização por dano moral coletivo pela indevida divulgação de *merchandising* em programa televisivo voltado ao público infantil, no valor de R\$ 700.000,00, com juros de mora de 1% desde o evento danoso (30/5/2012) e correção monetária a partir da publicação da sentença. Estabelecida a sucumbência recíproca, a cada parte foi imposto o ônus de responder pelas custas a que deu causa e honorários advocatícios de seus respectivos patronos.

Em suas razões recursais o SBT insiste em sua ilegitimidade passiva, afirmando que cabe às agências/anunciantes responder pelos atos de publicidade realizados, na medida em que responsável por seu conteúdo e custos. Invoca o disposto no artigo 38 do CDC, que atribui o ônus da prova quanto à veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária a quem a patrocina bem como artigo 12 do CDC, que não inclui em seu rol as empresas que veiculam a publicidade do produto ou serviço. Também invoca decisão do CONAR a respeito da prática questionada nos autos, que lhe impôs apenas a obrigação de fazer (cessar a prática), sem imposição de multa, como ocorrido em relação aos anunciantes. Quanto ao mérito, refuta a condenação ao pagamento de multa, aduzindo que à época em que aconteceram os fatos ainda não era considerada proibida a prática de propaganda voltada a crianças, com regulamentação que se deu em momento posterior. Continua que as crianças, mesmo que persuadidas pela publicidade, têm que necessariamente passar pelo crivo dos pais/responsáveis, a quem cabe decidir a respeito de escolhas de produtos adquiridos para o lar. Busca a reforma do julgado, com o afastamento da condenação, ou a redução do valor estabelecido (fls.864/879).

Recurso regularmente processado e contrariado a fls. 895/902.

Parecer da Douta Procuradoria de Justiça, às fls. 906/914, pelo desprovimento do recurso.

O Instituto Alana e a Associação Brasileira das Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT postularam seu ingresso na lide como *amicus curiae*, o que foi

deferido.

### É O RELATÓRIO.

Trata-se de ação civil pública proposta pelo PROCON contra o SBT, imputando-lhe prática abusiva em detrimento de menores realizada em diversas oportunidades da veiculação da novela Carrossel, por meio de *merchandising*, de que resultou a condenação da emissora ao pagamento de indenização pelo dano moral coletivo.

A sentença deu adequada solução à lide e deve ser integralmente mantida.

Restou incontroverso nos autos e amparado em fitas de vídeo e transcrição das veiculações, que houve propaganda (“merchandising”) realizada no decorrer da exibição da novela infantil Carrossel de produtos diversos, como sabonete, alimentos, assinatura de TV a cabo e itens de vestuário.

A legitimidade passiva da ré-recorrente foi bem assentada pelo juízo “a quo”, pois o programa onde veiculada a propaganda foi produzido pelo SBT, e portanto, a ele coube a tomada de decisões referentes a atores, cenários, diálogos e conteúdo da novela direcionada ao público infantil e como estabelecido na sentença, a abusividade não estava na veracidade ou correção da informação divulgada, mas na própria forma de divulgação, de responsabilidade da emissora.

De todo modo, por força da regra de solidariedade estabelecida pelo artigo 7º, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade direta do anunciante pela prática abusiva não seria capaz de afastar a possibilidade de responsabilização do SBT, na medida em que integrou a cadeia de consumo e por ela responde, sem prejuízo de se voltar contra o causador direto em ação regressiva.

Daí porque a invocação ao artigo 38 do Código do Consumidor e solução encontrada pelo CONAR em relação a punições pela prática que reputou abusiva em relação, justamente, às veiculações ocorridas na novela Carrossel, e o fato de o artigo 12 do mesmo Estatuto não se referir especificamente às empresas que veiculam a publicidade, não afastam a possibilidade de responsabilização direta da emissora, com sua legitimidade passiva para a ação indenizatória.

Quanto ao mérito, sem razão a recorrente ao sustentar ausência

de legislação proibitiva à época da transmissão do programa, em 2012.

Na ocasião já se encontrava em plena vigência a Lei 8.078/90, que claramente identifica e veda a publicidade abusiva, descrevendo o comportamento repreendido pela norma.

*In verbis:*

“Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

(...)

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, **se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança**, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

E justamente este o aspecto violado no caso concreto.

Como nos ensina Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamim, citando conceito de David Gurnick, “*Denomina-se merchandising em técnica publicitária (no marketing tem significado bem diferente) 'a aparição dos produtos no vídeo, no áudio ou nos artigos impressos, em sua situação normal de consumo, sem declaração ostensiva da marca. Portanto, a comunicação é subliminar' (...)*”. (“Código Brasileiro de Defesa do Consumidor”, 7ª ed. – 2001 – Ed Forense Universitária, p. 282)

Ou seja, a mensagem é camuflada, pois o expectador não está com sua atenção voltada especificamente para a veiculação do produto ou serviço, mas assimilará seu uso positivo nas circunstâncias de sua exibição, sem sequer perceber que está a fazê-lo. Exemplos amplamente identificados dessa situação são a utilização da marca Calvin Klein pelo ator no filme “De volta para o Futuro”, ou ainda da bola da marca Wilson, no filme “Náufrago”.

E embora nossa legislação não tenha estabelecido proibição a essa forma de publicidade, inequivocamente restringiu-a ao expor os conceitos de engano ou abuso referidos pelo artigo 37 da Lei 8.078/90, preocupando-se, em seu parágrafo 2º, com aquele que se encontra em posição de hipossuficiência e que terá menos condições de lidar com essa prática subreptícia, sendo, mais facilmente, induzido ao consumo, sem os filtros

próprios a pessoas menos vulneráveis, o que se dá claramente em relação a crianças.

Essa realidade foi destacada pela doutrinadora Lucia Ancona Lopes de Magalhaes Dias, ao tratar da publicidade dirigida ao público infantil:

*“As crianças possuem a condição peculiar de pessoas em desenvolvimento (art. 69, I, Lei 8.069/1990) sendo, por este motivo, mais facilmente influenciáveis pelas mensagens publicitárias.*

*Assim, o legislador consumerista, considerando a condição peculiar desse público-alvo, tipificou como abusiva a publicidade que se aproveita da deficiência de julgamento ou experiência da criança para incentivar a venda de produtos e serviços (art.37,§2, CDC). Com efeito, as crianças merecem atenção especial do legislador pois, embora não sejam parte da relação de consumo, são fortemente influenciadas pelas mensagens publicitárias que podem dar causa a essa relação por meio de seus pais ou terceiros. Trata-se, na verdade, do público-alvo mais vulnerável e suscetível aos apelos publicitários, notadamente porque, a depender de sua faixa etária, a criança sequer tem condições de distinguir o caráter publicitário da mensagem a que está submetida e entender os seus efeitos persuasivos. Daí porque o Código de Defesa do Consumidor preocupou-se, em particular, com a menção à exploração da deficiência de julgamento da criança” (“Publicidade e Direito”, Revista dos Tribunais, 2ª.ed. , p. 193)*

E no caso concreto, com destacado na sentença, o merchandising infantil foi largamente utilizado pela novela Carrossel e em diversas oportunidades. Destaco:

*“Os exemplos são diversos, em muitos episódios, em relação aos anunciantes Unilever Brasil, Sky, Malharia Brandili Ltda, Néslé Brasil Ltda, Carrefour e Giraffa’s.*

Além da constante focalização do produto em diversas cenas, chegou-se ao ponto de montarem uma sala de aula com cartazes do sabonete apostos nas paredes, e com um exemplar, a personagem da professora faz deliberadamente propaganda enquanto ensina aos alunos a importância de lavarem bem as mãos, chegando a dizer que: *“Lifebuoy tem a fórmula active 5, que protege contra até 10 doenças, por isso é o mais vendido do mundo”.*

Ora, somente neste trecho já é possível a verificação da infringência de todos os requisitos do *merchandising* infantil: deliberadamente foi destinado ao público jovem, com o artifício de veiculação em uma novela infantil e ainda fora dos intervalos e espaços comerciais.

E essa prática continuou por muitos episódios e ainda com a utilização de diversos anunciantes, conforme todas as gravações contidas no Anexo XII da inicial (fls. 528/535), mesmo após a aplicação de sanção pelo Departamento de Proteção e defesa do Consumidor em relação aos programas “Carrossel Animado”, “Bom Dia e Cia” e “Sábado Animado” (fls. 852/853).

Portanto, não é possível refutar o comportamento abusivo pelo fato de que a proibição explícita à prática pelo Código de Auto Regulamentação Publicitária foi editada em momento posterior, deixando expresso o comando que já emanava do Código do Consumidor (e com isso eliminando eventual questionamento quanto a seu alcance). Lembre-se que em nosso sistema coexistem o controle administrativo, como é aquele realizado pelo CONAR, e o controle judicial, e o uso de mecanismo que nitidamente se valeu da condição hipossuficiente das crianças para induzi-las (por seus pais) a consumo, é mecanismo abusivo e que deve ser coibido.

Por outro lado, a afirmação de que a palavra final do consumo é dos pais, a quem cabe decidir sobre a aquisição de produtos para seus filhos, é despida de mínima seriedade, pois em uma sociedade de consumo como a que vivemos, claramente as crianças são impulsionadas por movimentos de produtos segundo personagens e programas que estão sendo veiculados por qualquer meio de comunicação, de forma a que aquele bem se torna uma verdadeira febre nos meios em que convivem, escolas, clubes, de modo que os que não os possuem muitas vezes são colocados em situação de inferioridade e desprestígio, e seus detentores, em contrapartida, em posição de vantagem e superioridade. E essa “necessidade” acaba por se transformar em incentivo a que as crianças pressionem outras pessoas a adquirirem os bens a seu favor, especialmente seus familiares.

Diante dessa realidade, o encorajamento ao uso de produtos em personagens que assumem notoriedade entre as crianças, como era o caso, justamente, de alunos, professores e outras figuras apontadas como exemplo dentro da novela Carrossel, sem que pudessem identificar claramente que se tratava de publicidade, mas gerando uma expectativa de mais valia caso também tivessem esses produtos, valorizados dentro do

programa, resulta em prática desleal e abusiva pela exploração de sua hipossuficiência, valendo-se, justamente, de sua ingenuidade, credulidade e inexperiência.

Assim, não merece reparo o reconhecimento do abuso na prática publicitária desenvolvida pela ré junto ao programa “Carrossel”, de que resulta o dever de indenizar os danos morais causados à coletividade.

Também a indenização foi fixada em atenção aos princípios de proporcionalidade e razoabilidade, especialmente pela consideração do bem violado, aqui ponderada a intensidade e repercussão da ofensa, e o indispensável caráter pedagógico da punição, de forma a incutir no ofensor temor que resulte em impedimento/obstáculo a novas violações.

Embora não se negue o caráter lucrativo da ré, considerando a relevância de sua posição ao atuar no mercado televisivo, em atividade que exerce por concessão do Estado, não se pode ignorar o comportamento questionável adotado ao longo de toda a discussão a envolver a novela “Carrossel”, eximindo-se claramente de responsabilidade e persistindo na conduta que vinha sendo questionada por vários meios, o que embora legítimo sob o aspecto jurídico, não a desobrigava a um dever geral de cuidado e proteção ao bem estar de seus clientes e da sociedade de um modo geral, decorrente da própria expressão de sua atividade de comunicação e de sua relevância dentro do cenário do país.

Nitidamente o aspecto financeiro da relação se sobrepôs a esse ônus natural decorrente da atividade desempenhada e de sua contribuição para a melhoria do meio social, já que a cessação do comportamento apenas adveio da imposição pelo CONAR, evidenciando a aposta econômica nos riscos advindos desse comportamento, caso reconhecido como ilícito ao final da demanda, o que sobreleva a necessidade de utilização da indenização como fator de desestímulo a práticas lesivas.

Frente a esse quadro, e considerando os atos benefícios econômicos advindos do merchandising infantil utilizado ao longo de extensa veiculação da novela, adequada a fixação da indenização em R\$ 700.000,00, montante compatível com o propósito destacado e as condições socioeconômicas da ré, de forma a não se constituir valor irrelevante ao fim pretendido.

Assim, mantem-se integralmente a sentença.





**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

fls. 14

Interposto o recurso na vigência do CPC/1973, não são devidos honorários recursais.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO.**

**MARIELLA FERRAZ DE ARRUDA POLLICE NOGUEIRA**  
RELATORA