

RECURSO ESPECIAL Nº 1.728.623 - SP (2018/0005841-1)

RELATORA : MINISTRA REGINA HELENA COSTA
RECORRENTE : FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR PROCON
PROCURADOR : ADRIANO PUGLIESI LEITE - SP172844 ES

MARIA BERNADETE BOLSONI PITTON - SP106081
TATIANA DE FARIA BERNARDI - SP166623
VINICIUS JOSE ALVES AVANZA E OUTRO(S) - SP314247
RECORRIDO : ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA
ADVOGADOS : MAXIMILIAN FIERRO PASCHOAL - SP131209
PEDRO PAULO BARRADAS BARATA E OUTRO(S) - SP221727
CARLA CAVALHEIRO - SP287410

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de Recurso Especial interposto pela **FUNDAÇÃO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON/SP**, contra acórdão prolatado, por unanimidade, pela 5ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento de apelação, assim ementado (fls. 853/860e):

MULTA ADMINISTRATIVA. Sanção cominada pelo PROCON em razão de publicidade considerada abusiva. Veiculação da comercialização de lanches e brinquedos atrelados a ocasiões de convívio. Kit 'Mc Lanche Feliz'. Abusividade não configurada, não comportando interpretação literal o disposto na Resolução nº 163/2014 do CONANDA.

Responsabilidade familiar pela educação dos filhos que não pode ser absorvida pelo Estado em todas as hipóteses, em paternalismo injustificável. Precedente jurisprudencial. Apelação do PROCON não provida.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 908/913e).

Com amparo no art. 105, III, a, da Constituição da República, aponta-se ofensa aos arts. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor e 4º, 5º, 6º, 7º, 17 e 18, do Estatuto da Criança e do Adolescente,

alegando, em síntese, "à luz do artigo 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, constitui propaganda abusiva o fato de se aproveitar da deficiência de julgamento e de experiência de crianças para estimular a venda e o consumo de produtos?" (fl. 919e).

Com contrarrazões (fls. 998/1036e), o recurso foi inadmitido (fl. 1040e), tendo sido interposto Agravo (fls. 1043/1047e), posteriormente convertido em Recurso Especial (fl. 1075e).

O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC (fls. 1084/1109e), o Instituto Alana (fls. 1110/1183e), a Associação de Controle do Tabagismo, Promoção da Saúde e dos Direitos Humanos - ACT PROMOÇÃO DA SAÚDE (fls. 1186/1245e) e a Associação Nacional de Restaurantes - ANR (fls. 1248/1469e) requereram sua admissão como *amicus curiae*.

O Ministério Público Federal, no parecer de fls. 1474/1480e, opina pelo improvimento do recurso especial.

Feito breve relato, decidido.

Por primeiro, consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

Segundo o entendimento da Corte Especial, "na definição da competência das Seções deste Superior Tribunal de Justiça, prevalece a natureza da relação jurídica litigiosa. Pouco importa o instrumento processual utilizado ou a espécie da lei que fundamentou a decisão recorrida ou que foi invocada no recurso".

Nessa linha:

CONFLITO INTERNO DE COMPETÊNCIA - AGRAVO REGIMENTAL - RELAÇÃO JURÍDICA LITIGIOSA - OBRIGAÇÃO DE DIREITO PRIVADO - COMPETÊNCIA DA SEGUNDA SEÇÃO DO STJ.

1. *A competência interna no STJ é firmada em razão da natureza da relação jurídica litigiosa (res in iudicium deducta).*

2. *Recurso especial em que se discute responsabilidade civil de pessoa jurídica de Direito Privado. Competência da*

Segunda Seção desta Corte, nos termos do art. 9º, § 2º, II, do RISTJ.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no CC 109.258/ES, Rel. Ministra ELIANA CALMON, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/02/2013, DJe 28/02/2013).

CONFLITO INTERNO DE COMPETÊNCIA. RECURSO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO DECRETADA NOS AUTOS DE EXECUÇÃO FISCAL. DEPOSITÁRIO INFIEL DE BENS PENHORADOS. NATUREZA DA RELAÇÃO JURÍDICA SUBJACENTE. COMPETÊNCIA DE UMA DAS TURMAS DA PRIMEIRA SEÇÃO.

Na definição da competência das Seções deste Superior Tribunal de Justiça, prevalece a natureza da relação jurídica litigiosa.

Pouco importa o instrumento processual utilizado ou a espécie da lei que fundamentou a decisão recorrida ou que foi invocada no recurso.

Competência da Primeira Seção, uma vez que a prisão foi decretada em processo executivo fiscal.

(CC 29.481/SP, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 29/11/2000, DJ 28/05/2001, p. 144).

No caso, controverte-se acerca da multa aplicada pela Recorrente, no valor de R\$ 3.192.300,00 (três milhões, cento e noventa e dois mil e trezentos reais), referente à veiculação de peças publicitárias do MC Lanche Feliz com distribuição gratuita dos brinquedos, porquanto classificada como propaganda abusiva, nos termos do art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

Pretende a Recorrida a declaração de nulidade da penalidade aplicada, deduzindo os seguintes pedidos (fl. 35/36e):

138. Por força disso, o McDonald's requer a concessão da tutela antecipada a fim de suspender a exigibilidade da referida multa, com a imediata comunicação ao PROCON/SP de que o nome do McDonald's não deverá ser inscrito na dívida ativa do Estado ou, caso isso já tenha sido feito, que deverá ser retirado imediatamente.

(...)

141. O McDonald's requer, ainda, a produção de todas as provas em Direito admitidas, devendo, ao final ser a ação

julgada totalmente procedente para o fim de confirmar a tutela antecipada e declarar inexigível a multa arbitrariamente aplicada pelo PROCON/SP, condenando o Estado ao pagamento das custas e honorários de sucumbência (destaque meu).

As causas de pedir são (fls. 02/36e):

10. No entanto, não existe qualquer norma em vigor que proíba a Publicidade de Produtos Para crianças, de brinquedos ou alimentos.

11. Pelo contrário. O próprio CDC admite a existência de publicidade de produtos para crianças, apenas ressaltando que tal publicidade não deve se valer da falta de experiência e deficiência de julgamento da criança.

29. (...) o MC Donald's também adota como política a veiculação de publicidade responsável. Nesse ponto, como consta do próprio site da empresa (www.mcdonalds.com.br), o McDonald's definiu como diretrizes a serem adotadas em suas campanhas (i) não utilizar linguagem persuasiva ou urgente ou fazer propaganda de preço para crianças; (1111) evitar propaganda em programas direcionados para crianças em idade pré- escolar; (iii) respeitar horário/programação adequada à criança e família; (iv) defender e promover estilos de vida ativos e equilibrados (nutrição e estilo de vida saudável para crianças; (v) não fazer propaganda de produtos comestíveis ou bebidas em escolas elementares; (vi) não mostrar crianças comendo perto da hora de dormir; (vii) mostrar o McLanche Feliz completo, com leque de opções em porções de tamanho apropriado para crianças; (viii) mostrar os brinquedos de maneira verdadeira e funcionando da forma como possa ser realizado nas mãos das crianças; e (ix) se o brinquedo for parte da série, comunicar claramente como a série pode ser obtida.

52. Sob esse ponto de vista, a publicidade é reconhecida como valioso instrumento do mercado de consumo, sendo certo que o CDC não proíbe de qualquer forma a publicidade, mas sim estabelece os limites que, uma vez extrapolados, caracterizam a publicidade como ilícita.

53. A esse respeito, o CDC proíbe a publicidade enganosa e/ou abusiva, nos termos definidos no artigo 37. Se, por um lado, a publicidade enganosa remete a atributos objetivos do produto ou do serviço, caracterizando-se pela omissão de informação relevante ou mesmo existência de uma informação inverídica sobre as características de determinado produto ou serviço; de outro a publicidade

abusiva se relaciona a aspectos subjetivos do próprio consumidor, e não do produto ou serviço.

57. Especificamente no que se refere à publicidade de produtos para crianças, não existe qualquer dispositivo legal ou mesmo precedente jurisprudência[que classifique, de modo absoluto, que toda a forma de publicidade de produtos para crianças seria abusiva.

58. Nesse sentido, o artigo 37, § 2º, do CDC prevê ser abusiva apenas a publicidade que "se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança" e não toda e qualquer publicidade de produtos para crianças, como equivocadamente defende o PROCON/SP.

74. Inexistindo dispositivo legal que vede a publicidade de produtos para crianças, a decisão recorrida menciona genericamente que as campanhas publicitárias divulgadas pelo McDonald's violariam o artigo 37, § 2º, do CDC.

75. No entanto, as campanhas veiculadas pelo McDonald's não eram discriminatórias de qualquer forma, não estimulando, promovendo ou incitando o público a se comportar de forma contrária a qualquer grupo de pessoas (destaques meus).

O art. 9º, § 2º, II, VIII e XIV, do Regimento Interno desta Corte dispõem ser da competência da 2ª Seção a análise de "obrigações em geral de direito privado", "comércio em geral" e "direito privado em geral".

A controvérsia envolve tema que conjuga aspectos pertencentes ao direito público, bem como outros atinentes ao direito privado, sendo necessário firmar-se a competência da 1ª ou da 2ª Seção, sob pena da indesejável situação de a mesma matéria vir a ser decidida por Turmas integrantes de uma ou outra Seção.

Cabe remarcar a distinção: quando o conflito for apenas referente à imposição da multa administrativa e seus aspectos de legalidade, proporcionalidade, razoabilidade, bem assim das garantias do processo administrativo, tais como contraditório e ampla defesa, mesmo quando a questão de fundo for relação de direito do consumidor, indubitavelmente a competência é da 1ª Seção.

No entanto, diversamente, o pleito em tela reside em apurar se houve ou não propaganda abusiva, com invocação exclusiva de violação a dispositivos do Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, para a análise da legalidade da sanção aplicada, necessariamente, deve ser examinada a ocorrência de prática de propaganda abusiva ou enganosa, a teor do disposto no art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, constituindo-se em relação de direito do consumidor atraindo, por conseguinte, a competência da 2ª Seção.

Dessa feita, apesar da existência de poucos acórdãos terem sido proferidos pelas Turmas da 1ª Seção, o exame da ocorrência ou não a propaganda abusiva ou enganosa é tema recorrente em ambas as turmas da 2ª Seção.

Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TELEFONIA. PROPAGANDA ENGANOSA. INFORMAÇÕES INSUFICIENTES ACERCA DAS RESTRIÇÕES DOS SERVIÇOS OFERECIDOS COM DESTAQUE EM CAMPANHA PUBLICITÁRIA.

1. Ação civil pública movida pelo Ministério Público de São Paulo contra a empresa Vivo Participações S/A, imputando-lhe a veiculação de mensagem publicitária capaz de induzir em erro o consumidor a respeito das características dos serviços prestados, indicando como vantagem a possibilidade, divulgada em grande destaque, de o usuário falar por até quarenta e cinco (45) minutos e pagar apenas três (3) minutos, mas informando a restrição dessa forma de uso, por meio de letras grafadas em fonte de tamanho reduzido, apenas para ligações locais realizadas para telefone fixo da própria Vivo entre as 20h e as 8h do dia seguinte de segunda a sábado e, em qualquer horário, aos domingos e feriados.

2. A empresa líder do grupo econômico (Vivo Participações S.A.) possui legitimidade passiva "ad causam" para constar do polo passivo da ação civil pública em que se discute a campanha publicitária executada por empresa por ela controlada (Vivo S.A.).

3. Reconhecimento pelo acórdão recorrido da natureza enganosa da propaganda veiculada (art. 37, § 1º, do CDC).

4. Aferir se a campanha publicitária, objeto da ação civil pública, teve aptidão para induzir o consumidor em erro exigiria desta Corte Superior a reavaliação do conjunto fático-probatório dos autos, o que lhe é vedado, nos termos da Súmula 07/STJ.

5. Doutrina e jurisprudência acerca do tema.

6. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

(REsp 1599423/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 28/11/2016 - destaque meu).

RECURSO ESPECIAL. DIREITO MARCÁRIO, CONCORRENCIAL E DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE ABSTENÇÃO DE USO DE MARCA, REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 282/STF. PUBLICIDADE COMPARATIVA. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL. PONDERAÇÃO ENTRE OS INTERESSES DO TITULAR DA MARCA COMPARADA E OS DO PÚBLICO CONSUMIDOR. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. CONCLUSÕES DO ACÓRDÃO RECORRIDO QUE NÃO DESTOAM DAS PREMISSAS LEGAIS E TEÓRICAS ORA FIXADAS.

1- Ação ajuizada em 31/3/2010. Recurso especial interposto em 17/12/2013 e atribuído ao Gabinete em 25/8/2016.

2- O propósito recursal é definir se a estratégia de marketing utilizada pela recorrida, baseada em publicidade comparativa, violou direito marcário titulado pelas recorrentes.

3- A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede, quanto às normas por eles veiculadas, o conhecimento do recurso especial.

4- A publicidade comparativa pode ser definida como método ou técnica de confronto empregado para enaltecer as qualidades ou o preço de produtos ou serviços anunciados em relação a produtos ou serviços de um ou mais concorrentes, explícita ou implicitamente, com o objetivo de diminuir o poder de atração da concorrência frente ao público consumidor.

5- A despeito da ausência de abordagem legal específica acerca da matéria, a publicidade comparativa é aceita pelo ordenamento jurídico pátrio, desde que observadas determinadas regras e princípios concernentes ao direito do consumidor, ao direito marcário e ao direito concorrencial, sendo vedada a veiculação de propaganda comercial enganosa ou abusiva, que denigra a imagem da marca comparada, que configure concorrência desleal ou que cause confusão no consumidor. Precedentes.

6- Na hipótese dos autos, conforme as premissas fáticas assentadas pelo juízo de origem - soberano no exame do acervo probatório -, verifica-se que a publicidade comparativa veiculada pela recorrida não violou os ditames da boa-fé, foi realizada com propósito informativo e em

benefício do consumidor, não tendo sido constatada a prática de atos de concorrência desleal, tampouco de atos que tenham denegrido a marca ou a imagem dos produtos das recorrentes.

7- Recurso especial não provido.

(REsp 1668550/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 26/05/2017 - destaque meu).

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PROPAGANDA ENGANOSA. COGUMELO DO SOL. CURA DO CÂNCER. ABUSO DE DIREITO. ART. 39, INCISO IV, DO CDC. HIPERVULNERABILIDADE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO DEVIDA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL COMPROVADO.

1. Cuida-se de ação por danos morais proposta por consumidor ludibriado por propaganda enganosa, em ofensa a direito subjetivo do consumidor de obter informações claras e precisas acerca de produto medicinal vendido pela recorrida e destinado à cura de doenças malignas, dentre outras funções.

2. O Código de Defesa do Consumidor assegura que a oferta e apresentação de produtos ou serviços propiciem informações corretas, claras, precisas e ostensivas a respeito de características, qualidades, garantia, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, além de vedar a publicidade enganosa e abusiva, que dispensa a demonstração do elemento subjetivo (dolo ou culpa) para sua configuração.

3. A propaganda enganosa, como atestado pelas instâncias ordinárias, tinha aptidão a induzir em erro o consumidor fragilizado, cuja conduta subsume-se à hipótese de estado de perigo (art. 156 do Código Civil).

4. A vulnerabilidade informacional agravada ou potencializada, denominada hipervulnerabilidade do consumidor, prevista no art. 39, IV, do CDC, deriva do manifesto desequilíbrio entre as partes.

5. O dano moral prescinde de prova e a responsabilidade de seu causador opera-se in re ipsa em virtude do desconforto, da aflição e dos transtornos suportados pelo consumidor.

6. Em virtude das especificidades fáticas da demanda, afigura-se razoável a fixação da verba indenizatória por danos morais no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

7. Recurso especial provido.

(REsp 1329556/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe

09/12/2014 - destaque meu).

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA. APLICAÇÃO. "TELE SENA DIA DAS MÃES". DIREITO DE INFORMAÇÃO CLARA E OBJETIVA. REGRAS DO SORTEIO. OMISSÃO. PROPAGANDA ENGANOSA. INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR. ABUSIVIDADE. CLÁUSULA SURPRESA. DIREITO DE INFORMAÇÃO. FASE PRÉ-CONTRATUAL. INCIDÊNCIA.

1. Cuida-se de ação de cobrança proposta por consumidora contra empresa sob alegação de ter sido vítima de propaganda enganosa em relação a sorteio de título de capitalização denominado "Tele Sena Dia das Mães 1999".

2. Enganosa é a mensagem falsa ou que tenha aptidão a induzir a erro o consumidor, que não conseguiria distinguir natureza, características, quantidade, qualidade, preço, origem e dados do produto ou serviço contratado.

3. No caso concreto, extrai-se dos autos que dados essenciais do produto ou serviço adquirido foram omitidos, gerando confusão para qualquer consumidor médio, facilmente induzido a erro.

4. As regras contratuais devem ser postas de modo a evitar falsas expectativas, tais como aquelas dissociadas da realidade, em especial quanto ao consumidor desprovido de conhecimentos técnicos.

5. O CDC, norma principiológica por natureza, proíbe e limita os contratos impressos com letras minúsculas que dificultem, desestimulem ou impeçam a leitura e compreensão pelo consumidor, visando permitir o controle de cláusulas contratuais gerais e a realização da liberdade contratual.

6. À luz do princípio da vulnerabilidade (art. 4º, I, do CDC), princípio norteador das relações de consumo, as cláusulas contratuais são interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor (art. 47 do CDC).

7. A transparência e a boa-fé permeiam a contratação na fase pré-contratual.

8. É vedada a cláusula surpresa como garantia do equilíbrio contratual e do direito de informação ao consumidor.

9. Recurso especial não provido.

(REsp 1344967/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 15/09/2014 - destaque meu).

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO (ART. 1.042 DO

CPC/15) - AÇÃO CONDENATÓRIA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO - INSURGÊNCIA DA DEMANDADA.

1. A Corte local, com base nos elementos fático-probatórios dos autos, entendeu pela presença dos requisitos ensejadores da responsabilidade civil e pela configuração dos danos morais no caso em exame, em decorrência da prática indevida de propaganda enganosa pela demandada.

1.1. No particular, o acolhimento da pretensão recursal demandaria a alteração das premissas fático probatórias estabelecidas pelo acórdão recorrido, com o revolvimento das provas carreadas aos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, a teor da Súmula 7 do STJ.

1.2. A incidência do referido óbice impede a análise do alegado dissídio jurisprudencial.

2. A falta de indicação pela recorrente de qual dispositivo legal teria sido violado e objeto de interpretação divergente implica deficiência na fundamentação do recurso especial, fazendo incidir o teor da Súmula 284/STF.

3. Na hipótese, não restou demonstrada a divergência jurisprudencial na forma prevista nos artigos 1.029, CPC/2015 e 255 do RISTJ.

Ademais, a mera transcrição de ementas não satisfaz as exigências para a demonstração do dissídio jurisprudencial.

4. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp 1039767/RO, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 14/05/2018 - destaque meu).

AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. GRADUAÇÃO EM CURSO SUPERIOR. CURSO ANUNCIADO. PROPAGANDA ENGANOSA. REEXAME DE PROVA.

1. Não se admite o recurso especial quando sua análise depende de reexame de matéria de prova (Súmula 7 do STJ).

2. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 1096256/GO, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 22/03/2018, DJe 04/04/2018).

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DANO MORAL COLETIVO - DIVULGAÇÃO DE PUBLICIDADE ILÍCITA - INDENIZAÇÃO - SENTENÇA QUE ACOLHEU O PEDIDO INICIAL DO MPDFT FIXANDO A REPARAÇÃO EM R\$ 14.000.000,00 (QUATORZE MILHÕES DE REAIS) E DETERMINOU A ELABORAÇÃO DE

CONTRAPROPAGANDA, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA - INCONFORMISMOS DAS RÉS - APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA PARA REDUZIR O QUANTUM INDENIZATÓRIO E EXCLUIR DA CONDENAÇÃO OBRIGAÇÃO DE FAZER CONTRAPROPAGANDA, BEM COMO A MULTA MONITÓRIA PARA A HIPÓTESE DE DESCUMPRIMENTO. IRRESIGNAÇÃO DAS RÉS - OGILVY BRASIL COMUNICAÇÃO LTDA. E DA SOUZA CRUZ S/A - E DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS.

1. DO RECURSO ESPECIAL DA OGILVY BRASIL COMUNICAÇÃO LTDA.

1.1. Violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil.

Inocorrência. Acórdão de origem clara e suficientemente fundamentado, tendo a Corte local analisado todas as questões essenciais ao deslinde da controvérsia, ainda que de forma contrária aos interesses das partes.

1.2. Julgamento antecipado da lide. Possibilidade. Inexistência de cerceamento do direito de defesa. Produção de prova documental suficiente. Impossibilidade de revisão. Incidência da Súmula 7/STJ.

Livre convencimento motivado na apreciação das provas. Regra basilar do processo civil brasileiro. Precedentes do STJ.

1.3. Irrefutável a legitimidade do Ministério Público para promover a presente demanda. A veiculação, em caráter nacional, de propaganda/publicidade atinge número infindável de pessoas, de forma indistinta, nos mais diversos pontos deste país de projeção continental, sobretudo quando divulgada por meio da televisão - dos mais populares meios de comunicação de massa - gera, portanto, indiscutivelmente, interesse de natureza difusa, e não individual e disponível. Precedentes do STJ: AgRg no AREsp 681111/MS, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Dje de 13/08/2013; AgRg no REsp 1038389/MS, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira.

1.4. Os fatos que ensejaram a presente demanda ocorreram anteriormente à edição e vigência da Lei n° 10.167/2000 que proibiu, de forma definitiva, propaganda de cigarro por rádio e televisão.

Com efeito, quando da veiculação da propaganda vigorava a Lei n° 9.294/96, cuja redação original restringia entre 21h00 e 06h00 a publicidade do produto. O texto legal prescrevia, ainda, que a publicidade deveria ser ajustada a princípios básicos, não podendo, portanto, ser dirigida a crianças ou adolescentes nem conter a informação ou sugestão de que o

produto pudesse trazer bem-estar ou benefício à saúde dos seus consumidores. Isso consta dos incisos II e VI do § 1º, art. 3º da referida lei.

1.5. O direito de informação está fundamentado em outros dois direitos, um de natureza fundamental, qual seja, a dignidade da pessoa humana, e outro, de cunho consumerista, que é o direito de escolha consciente. Dessa forma, a teor dos artigos 9º e 31 do CDC, todo consumidor deve ser informado de forma "ostensiva e adequadamente a respeito da nocividade ou periculosidade do produto".

1.5.1. A teor dos artigos 36 e 37, do CDC, nítida a ilicitude da propaganda veiculada. A uma, porque feriu o princípio da identificação da publicidade. A duas, porque revelou-se enganosa, induzindo o consumidor a erro porquanto se adotasse a conduta indicada pela publicidade, independente das conseqüências, teria condições de obter sucesso em sua vida.

1.5.2. Além disso, a modificação do entendimento lançado no v.

acórdão recorrido, o qual concluiu, após realização de contundente laudo pericial, pela caracterização de publicidade enganosa e, por conseguinte, identificou a responsabilidade da ora recorrente pelos danos suportados pela coletividade, sem dúvida demandaria a exegese do acervo fático-probatório dos autos, o que é vedado pelas Súmulas 5 e 7 do STJ.

1.5.3. Em razão da inexistência de uma mensagem clara, direta que pudesse conferir ao consumidor a sua identificação imediata (no momento da exposição) e fácil (sem esforço ou capacitação técnica), reputa-se que a publicidade ora em debate, de fato, malferiu a redação do art 36, do CDC e, portanto, cabível e devida a reparação dos danos morais coletivos.

1.6. Quanto ao montante da indenização arbitrada pelas instâncias ordinárias a título de dano moral, não obstante o grau de subjetivismo que envolve o tema, uma vez que não existem critérios predeterminados para a quantificação do dano moral, firmou-se jurisprudência na Corte no sentido de que a intervenção deste STJ ficaria limitada aos casos em que o valor da indenização fosse arbitrado em patamar irrisório ou excessivo. Precedentes do STJ.

1.6.1. Atentando-se para as peculiaridades do caso concreto, deve-se tanto quanto possível, procurar recompor o dano efetivo provocado pela ação ilícita, sem desprezar a capacidade econômica do pagador e as necessidades do seu destinatário, que, no caso, é toda sociedade, faz-se mister, portanto, a redução da indenização por danos morais

coletivos ao valor de R\$ 1.000.000,00 (hum milhão de reais), devidamente corrigidos.

2. DO RECURSO ESPECIAL DA SOUZA CRUZ S/A: 2.1. O conteúdo normativo dos dispositivos legais tidos por violados - artigos 282, 283, 284, "caput", 295, I, 400 e 515, do CPC, 8º da Lei de Ação Civil Pública - não foram objeto de exame pelo v.

acórdão recorrido, a despeito da oposição dos embargos de declaração, razão pela qual incide, no ponto específico, o enunciado da Súmula 211 desta Corte, de seguinte teor: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo".

2.1.2. Do dano moral coletivo. Cabimento. Jurisprudência do STJ.

Inegável a incidência da tese concernente à possibilidade de condenação por dano moral coletivo, mormente tratando-se, como se trata, de ação civil pública. Precedentes: EDcl no AgRg no REsp 1526946/RN, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 13/11/2015; Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 16/03/2015; REsp 1291213/SC, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe de 25/09/2012; REsp 1221756/RJ, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 10/02/2012.

2.1.3. Ação Civil Pública. Inquérito civil. Peça facultativa.

Precedentes do STJ. O inquérito civil, promovido para apurar indícios que passam dar sustentação a uma eventual ação civil pública, funciona como espécie de produção antecipada de prova, a fim de que não ingresse o autor da ação civil em demanda por denúncia infundada, o que levaria ao manejo de lides com caráter temerário. Assim tem ele por escopo viabilizar o ajuizamento da ação civil pública. Escólio jurisprudencial: REsp 448023/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 09/06/2003; REsp 644994/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 21/03/2005.

3. DO RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS: 3.1. A contrapropaganda constitui-se sanção prevista nos arts. 56, inciso XII e 60 do CDC e aplicável quando caracterizada a prática de publicidade enganosa ou abusiva, e o seu objetivo é desfazer os malefícios sociais por ela causados ao mercado consumidor.

3.1.2. A razão hermenêutica dessa penalidade decorre, sem dúvida, para conferir proteção aos consumidores, tendo em conta que o substrato motivador do CDC, inegavelmente, é dar ampla tutela para a garantia de seus direitos, porquanto o art. 83, por exemplo, determina: "(...) Para a defesa dos

direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela." 3.1.3. A divulgação da contrapropaganda se tornaria ilógica em razão do advento da Lei 10.167/00, a qual proibiu propaganda sobre o produto em questão. Sendo assim, é importante destacar que a suspensão da contrapropaganda - confirmando-se a compreensão do v.

acórdão recorrido - decorre das circunstâncias do caso concreto, em virtude do decurso do tempo e da mudança do marco legal a incidir sobre a matéria, revelando-se inoportuna a veiculação da contrapropaganda nesse momento processual.

4. Recurso especial da OGILVY Brasil Comunicação Ltda e da Souza Cruz S/A parcialmente providos e desprovido o recurso especial do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

(REsp 1101949/DF, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 30/05/2016).

Isto posto, **DECLINO DA COMPETÊNCIA** para a apreciação do presente recurso e **DETERMINO** a devolução dos autos à Secretaria Judiciária, para a redistribuição do feito a uma das Turmas que compõem a 2ª Seção, nos termos do art. 9º, § 2º, II, VIII e XIV, do Regimento Interno desta Corte.

Prejudicada a análise dos pedidos de intervenção como *amicus curiae* (fls. 1084/1109e, 1110/1183e, 1186/1245e e fls. 1248/1469e).

Publique-se. Cumpra-se.

Brasília (DF), 25 de maio de 2018.

MINISTRA REGINA HELENA COSTA

Relatora