



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR RELATOR DR. FERNANDO TORRES
GARCIA DA CÂMARA ESPECIAL DE DIREITO DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Apelação Cível nº 1127739-71.2016.8.26.0100

A DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, em cumprimento à sua missão institucional de promover os direitos humanos e defender os direitos coletivos dos necessitados (artigo 134, CF/88), e por força de suas atribuições previstas no artigo 4º, VII, X e XI da Lei Complementar nº 80 de 12 de janeiro de 2004 e no artigo 5º inciso III e VI, “g” da Lei complementar Estadual nº 988 de 9 de janeiro de 2006, por meio do seu órgão de execução, o Núcleo Especializado de Defesa do Consumidor - NUDECON, com endereço na Rua Boa Vista, 150, mezanino, São Paulo/SP, vem, com fundamento no artigo 1.022, I e II, do Código de Processo Civil, opor **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**, pelos motivos fáticos e jurídicos abaixo aduzidos.

1. HISTÓRICO DO CASO

A presente Apelação Cível foi interposta pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo e também pela ré, “ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.”, em razão de não concordância com a decisão do juízo de Barueri, que proferiu sentença de parcial procedência à Ação Civil Pública.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A Ação Civil Pública foi movida pela Defensoria Pública do Estado em face da requerida, objetivando impedir a realização do “Show do Ronald McDonald” em escolas e creches, uma vez que tal ato configuraria uma ação publicitária; proibir que a rede realizasse novas apresentações e exigir a retirada do material de divulgação dos shows de seu *site*; além de pagamento referente a danos morais e materiais por parte da empresa.

O juízo de Barueri proferiu sentença reconhecendo que a realização do “Show do Ronald McDonald” em escolas e creches configurava publicidade abusiva, obrigando restaurante a não o promover mais nestes ambientes. Contudo, não reconheceu a existência de danos morais coletivos e danos sociais, tampouco a retirada da publicidade referente aos shows do *site*.

A Defensoria Pública do Estado interpôs Recurso de Apelação em face da sentença, por entender que a decisão deveria ser reformada para reconhecer a existência de danos morais coletivos e danos sociais e para determinar a retirada da publicidade referente aos shows do *site*.

A requerida, igualmente, interpôs recurso contra a decisão em primeiro grau.

Posteriormente, as duas partes apresentaram suas respectivas contrarrazões.

Em seguida, o Ministério Público do Estado de São Paulo se manifestou pelo não provimento de ambos os recursos.

Por fim, a Turma Julgadora decidiu por negar provimento a ambas as apelações, mantendo íntegra a sentença apelada.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

2. DO CABIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

2.1. Da omissão

Conforme disposto no art. 489, 1º, IV do Código de Processo Civil, o acórdão recorrido não analisou todos os argumentos trazidos pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo e que poderiam, em tese, ter levado a um resultado diverso daquele consubstanciado no julgamento. Assim, cabíveis os embargos de declaração com base no art. 1.022, II, do CPC.

O voto do relator negando provimento ao recurso e, conseqüentemente, negando a hipótese de danos morais coletivos e sociais, se debruça, predominantemente, sobre a alegada falta de repercussão social da conduta ilícita da requerida, concluindo que os efeitos prejudiciais da ação de publicidade abusiva estariam restritos às crianças que assistiram às apresentações do “Show do Ronald McDonald” (fls. 814).

A partir de uma leitura atenta de todo o voto, é possível perceber que algumas teses exploradas na argumentação da Defensoria Pública não foram abarcadas, padecendo de omissão.

Além disso, para efeitos de pré-questionamento, é importante destacar que o Superior Tribunal de Justiça entende que há dano *in re ipsa* na publicidade abusiva destinada a crianças e adolescentes em razão de a conduta dos fornecedores violar normas de ordem pública que visam à proteção de consumidores hipervulneráveis.

2.1.1. Da modalidade de dano *in re ipsa*

O voto do excelentíssimo Relator não enfrentou a tese apresentada pela Defensoria Pública a respeito do dano moral coletivo *in re ipsa*. A fundamentação do voto basicamente se atém à tese de que, para que seja exigível o dano moral coletivo, a



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

conduta ilícita deve transbordar a esfera das crianças presentes nas apresentações, caracterizando um grande abalo à comunidade. (fls. 815).

É um direito básico do consumidor a reparação por danos morais coletivos e difusos, garantido pelo artigo 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor.

Foi argumentado pela Defensoria Pública que o dano moral coletivo sofrido é aferível *in re ipsa*, ou seja, dispensa a prova do dano efetivo para existir a obrigação de reparação, sendo ele presumido a partir da ocorrência da conduta ilícita.

Essa modalidade de dano é assim definida por Carlos Alberto Bittar Filho¹:

Com supedâneo, assim, em todos os argumentos levantados, chega-se à conclusão de que o dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico; quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial. Tal como se dá na seara do dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (*damnum in re ipsa*).

¹ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 559, 17 jan. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6183/do-dano-moral-coletivo-no-atual-contexto-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 20 out. 2020



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Deve-se, ainda, ter em mente a situação do caso concreto, que trata de publicidade abusiva, já confirmada pelo juízo de Barueri e reafirmada pela Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, voltada para um público hipervulnerável, de crianças e adolescentes, em um ambiente que deve ser seguro, como creches e escolas. Por isso, a conduta ilícita e reprovável da requerida caracteriza claro dano coletivo, devendo ser reparada.

Além de a proteção ao consumidor estar prevista no art. 5º, XXXII, da Constituição Federal, há ainda o reconhecimento de ser dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à educação, à dignidade, ao respeito e à liberdade, colocando-os a salvo de toda a forma de negligência e exploração (art. 227).

O Estatuto da Criança e Adolescente (Lei nº 8.069/90) cumpre a missão constitucional de dar concretude às disposições constitucionais referentes às crianças e adolescentes.

O ECA reconhece o direito da criança e adolescente à proteção integral, garantindo-lhes todas as oportunidades e facilidade a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.069/90).

A inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral das crianças e adolescentes, assim como a sua dignidade, são reiteradas ao longo do ECA (art. 17 e 18).

Assim, a veiculação de publicidade de forma abusiva para crianças e adolescentes é fundamento suficiente para reconhecer o dever de indenizar, sob pena de afastar a proteção integral que é prevista em nosso ordenamento jurídico.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Nesse sentido, julgou o Rel. Ministro Luís Felipe Salomão a respeito da dignidade de crianças e adolescentes e da modalidade *in re ipsa* do dano coletivo:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIGNIDADE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES OFENDIDA POR QUADRO DE PROGRAMA TELEVISIVO. DANO MORAL COLETIVO. EXISTÊNCIA.

1. O dano moral coletivo é aferível in re ipsa, ou seja, sua configuração decorre da mera constatação da prática de conduta ilícita que, de maneira injusta e intolerável, viole direitos de conteúdo extrapatrimonial da coletividade, revelando-se despicienda a demonstração de prejuízos concretos ou de efetivo abalo moral.

Precedentes.

2. Na espécie, a emissora de televisão exibia programa vespertino chamado "Bronca Pesada", no qual havia um quadro que expunha a vida e a intimidade de crianças e adolescentes cuja origem biológica era objeto de investigação, tendo sido cunhada, inclusive, expressão extremamente pejorativa para designar tais hipervulneráveis.

3. A análise da configuração do dano moral coletivo, na espécie, não reside na identificação de seus telespectadores, mas sim nos prejuízos causados a toda sociedade, em virtude da vulnerabilização de crianças e adolescentes, notadamente daqueles que tiveram sua origem biológica devassada e tratada de forma jocosa, de modo a, potencialmente, torná-los alvos de humilhações e chacotas pontuais ou, ainda, da execrável violência conhecida por bullying.

Rua Boa Vista, 150, mezanino, centro, São Paulo – SP
nudecon@defensoria.sp.def.br



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

4. Como de sabença, o artigo 227 da Constituição da República de 1988 impõe a todos (família, sociedade e Estado) o dever de assegurar às crianças e aos adolescentes, com absoluta prioridade, o direito à dignidade e ao respeito e de lhes colocar a salvo de toda forma de discriminação, violência, crueldade ou opressão.

5. No mesmo sentido, os artigos 17 e 18 do ECA consagram a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral das crianças e dos adolescentes, inibindo qualquer tratamento vexatório ou constrangedor, entre outros.

6. Nessa perspectiva, a conduta da emissora de televisão - ao exibir quadro que, potencialmente, poderia criar situações discriminatórias, vexatórias, humilhantes às crianças e aos adolescentes - traduz flagrante dissonância com a proteção universalmente conferida às pessoas em franco desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, donde se extrai a evidente intolerabilidade da lesão ao direito transindividual da coletividade, configurando-se, portanto, hipótese de dano moral coletivo indenizável, razão pela qual não merece reforma o acórdão recorrido.

7. Quantum indenizatório arbitrado em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Razoabilidade e proporcionalidade reconhecidas.

8. Recurso especial não provido.

(REsp 1517973/PE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/11/2017, DJe 01/02/2018)
(grifos nossos).

Ainda, sobre a inexigência de provas do dano coletivo:

Rua Boa Vista, 150, mezanino, centro, São Paulo – SP
nudecon@defensoria.sp.def.br



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADMINISTRATIVO - TRANSPORTE - PASSE LIVRE - IDOSOS - DANO MORAL COLETIVO - DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA DOR E DE SOFRIMENTO - APLICAÇÃO EXCLUSIVA AO DANO MORAL INDIVIDUAL - CADASTRAMENTO DE IDOSOS PARA USUFRUTO DE DIREITO - ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA PELA EMPRESA DE TRANSPORTE - ART. 39, § 1º DO ESTATUTO DO IDOSO - LEI 10741/2003 VIAÇÃO NÃO PREQUESTIONADO.

1. O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base.

2. O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos.

3. Na espécie, o dano coletivo apontado foi a submissão dos idosos a procedimento de cadastramento para o gozo do benefício do passe livre, cujo deslocamento foi custeado pelos interessados, quando o Estatuto do Idoso, art. 39, § 1º exige apenas a apresentação de documento de identidade.

4. Conduta da empresa de viação injurídica se considerado o sistema normativo.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

5. Afastada a sanção pecuniária pelo Tribunal que considerou as circunstâncias fáticas e probatória e restando sem prequestionamento o Estatuto do Idoso, mantém-se a decisão.

5. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1057274/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 26/02/2010) (grifos nossos)

Assim, é necessário que seja feita a análise desses argumentos apresentados, pois a consideração deles no acórdão poderia ter gerado resultados diferentes.

2.1.2. Do dano social

Além do exposto acima, os votos deixaram de discutir a existência de dano social.

O dano social é muito próximo do dano coletivo, uma vez que ambos têm uma repercussão social e coletiva, contudo, enquanto o primeiro tem caráter extrapatrimonial, o segundo pode gerar prejuízos de ordem patrimonial ou imaterial². Portanto, sendo o dano social identificado pelo seu caráter difuso, sua reparação também é um direito básico do consumidor, como já exposto anteriormente.

No caso em tela, a prática ilícita da requerida, de publicidade abusiva, aconteceu por meio de apresentações do “Show do Ronald McDonald”, em que existia associação do restaurante fast food, seguindo uma lógica mercadológica, com a imagem do palhaço, atividades lúdicas e chamativas para o público infante-juvenil. Ou seja, tal conduta atinge diretamente a dignidade humana, garantida no art. 1º, inciso III, da CF/88 e principalmente, a dignidade das crianças, enquanto sujeitos de proteção especial que, de

² Flávio Tartuce. Reflexões sobre o dano social. 30 nov 2008. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/reflexoes-sobre-o-dano-social/#_ftn22> Acessado em 20.10.2020



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

acordo com o art. 227, da CF/88, devem ser protegidas pela família, Estado e também sociedade, de toda forma de “negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Portanto, ao ferir tais direitos fundamentais, a requerida causou claro dano de repercussão social e coletiva.

Ora, quando se trata de ação mercadológica travestida de “ação educacional”, realizada em ambiente escolar, há dano que afeta valores básicos da sociedade. O espaço da escola merece elevada proteção, pois se trata de espaço de troca de ideias, assim como de maior abertura das crianças e adolescentes aos conteúdos que são ministrados.

Aproveitar-se desse ambiente para a realização de ações publicitárias abusivas, isto é, voltada para crianças e adolescentes e disfarçadas de ação educativa, acaba por potencializar o desvalor da ação e do resultado. É buscar esse ambiente de ensino e troca de saberes para veicular publicidade disfarçada para as crianças e adolescentes.

Negar que haja dano moral coletivo e dano social em situações como a retratada nos autos é negar validade aos dispositivos legais que obrigam o Estado a dar proteção especial às crianças e adolescentes, tornando economicamente vantajoso para os agentes econômicos descumprirem a legislação. Com efeito, haverá mera determinação de cessação da conduta, mas respeitando o benefício ilegal pretérito obtido pelo descumprimento da lei.

No mesmo sentido, o TJSP reconhece esta modalidade de dano no seguinte julgado:

PLANO DE SAÚDE. Pedido de cobertura para internação. Sentença que julgou procedente pedido feito pelo segurado, determinado que, por se tratar de situação de emergência,



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

fosse dada a devida cobertura, ainda que dentro do prazo de carência, mantida. DANO MORAL. Caracterização em razão da peculiaridade de se cuidar de paciente acometido por infarto, com a recusa de atendimento e, conseqüentemente, procura de outro hospital em situação nitidamente aflitiva. DANO SOCIAL. Caracterização. Necessidade de se coibir prática de reiteradas recusas a cumprimento de contratos de seguro saúde, a propósito de hipóteses reiteradamente analisadas e decididas. Indenização com caráter expressamente punitivo, no valor de um milhão de reais que não se confunde com a destinada ao segurado, revertida ao Hospital das Clínicas de São Paulo. LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ. Configuração pelo caráter protelatório do recurso. Aplicação de multa. Recurso da seguradora desprovido e do segurado provido em parte.” (Relator(a): Teixeira Leite; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 18/07/2013; Data de registro: 19/07/2013)

Diante de todo o exposto, fundamental que essas omissões sejam sanadas e esclarecidos os argumentos que levaram à conclusão a que se chegou, até mesmo para fins de prequestionamento da aplicação do dispositivo de reparação por danos morais coletivos *in re ipsa* e sociais, com base no artigo 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor, assim como os artigos 227 da Constituição Federal, artigos 3º, 17 e 18 da Lei nº 8.069/90, pelos motivos anteriormente indicados.

3. DO PEDIDO



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ante o exposto, requer-se que sejam analisados os argumentos apresentados no recurso de apelação interposto pela Defensoria Pública do Estado, os quais, em tese, poderiam levar a um julgamento diverso daquele consubstanciado no acórdão embargado.

Sem prejuízo, requer-se, para fins de prequestionamento, caso seja mantido o entendimento do acórdão recorrido, que seja enfrentado em que medida ele não contraria os direitos fundamentais do consumidor e da criança³, contrariando, pois, os seguintes dispositivos legais e constitucionais, pelos motivos já apresentados: a) artigo 227 da Constituição Federal; b) artigo 6º, inciso VI, da Lei nº 8.078/90; c) artigos 3º, 17 e 18 da Lei nº 8.069/90

Nestes termos, pede deferimento.

São Paulo, 4 de novembro de 2020.

Luiz Fernando Baby Miranda
Defensor Público
Núcleo Especializado de Defesa do
Consumidor

Estela Waksberg Guerrini
Defensora Pública
Núcleo Especializado de Defesa do
Consumidor

³ Art. 1, inciso III e art. 227 da CF/88