



## DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CRIMINAL  
DO FORO DA COMARCA DE BARUERI -SP**

Processo nº 1127739-71.2016.8.26.0100

Ação Civil Pública

Defensoria Pública – prazo em dobro

**DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, por intermédio de seu órgão de execução – **Núcleo Especializado de Defesa do Consumidor**, pelos Defensores Públicos ao final assinados, no uso das atribuições legais conferidas pela Constituição Federal, artigo 134, Lei Complementar Federal n.º 80/94 (Normas Gerais da Defensoria Pública) e Lei Complementar Estadual n.º 988/06 (Lei Orgânica da DPE), nos autos do processo em epígrafe, da ação civil pública movida em face de **ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, vem respeitosamente perante Vossa Excelência, com fundamento nos artigos 1.009 e seguintes do Código de Processo Civil, interpor, tempestivamente, o presente

### **RECURSO DE APELAÇÃO**

em face da r. sentença de fls. 588/593, que deixou de acolher as alegações de dano moral coletivo e retirada da veiculação dos eventos no *site* do restaurante, arguidas na inicial (fls. 1/37).



## **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Requer, assim, seja intimada a parte contrária para, querendo, apresentar suas contrarrazões e, após, sejam os autos remetidos ao Egrégio Tribunal de Justiça para reexame da matéria.

Termos em que,  
pede deferimento.

São Paulo, 19 de dezembro de 2018

**LUIZ FERNANDO BABY MIRANDA**

**Defensor Público**

**Coordenador do Nudecon**

**ESTELA WAKSBERG GUERRINI**

**Defensora Pública**

**Coordenadora Auxiliar do Nudecon**



## DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Apelante: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**Apelado: ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**

**Origem: 1127739-71.2016.8.26.0100**

**2ª Vara Criminal do Foro da Comarca de Barueri - SP**

Egrégio Tribunal,

Colenda Câmara,

Ilustres Julgadores.

### **I - DA TEMPESTIVIDADE**

Por primeiro, Excelências, cumpre ressaltar a possibilidade de se arguir a nulidade da certidão do trânsito em julgado de fl. 603 para as partes pela ausência de intimação da Defensoria Pública, vez que se trata de nulidade absoluta, sendo, assim, matéria de ordem pública, passível de ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição.

Com efeito, Excelências, a certidão que sedimentou o trânsito em julgado não pode prosperar, por ser ele absolutamente nula, conforme exposto a seguir.

Outrossim, importante lembrar que a necessidade de intimação pessoal da Defensoria Pública vem expressa em ordens legais contidas no texto do artigo 128, inciso I, da Lei Complementar nº 80/94 (com a redação dada pela Lei Complementar nº 132/09) e do artigo 1.003, do Código de Processo Civil.



## DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Contudo, este mandamento legal não foi observado pelo juízo da 2ª vara criminal de Barueri.

A não intimação pessoal do defensor, consoante reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores, configura NULIDADE ABSOLUTA.

Diz o inciso I do artigo 128 da Lei Complementar nº 80/94 (com a redação dada pela Lei Complementar nº 132/09):

“Art. 128. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública do Estado, dentre outras que a lei local estabelecer:

I – receber, inclusive quando necessário, mediante entrega dos autos com vista, intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição ou instância administrativa, contando-se-lhes em dobro todos os prazos” (grifado).

Assim, o mesmo dispositivo legal já determina que as prerrogativas dos defensores públicos devem compreender **TODOS OS ATOS DO PROCESSO** até decisão final, **EM TODAS AS INSTÂNCIAS**.

Contudo, este mandamento legal não foi observado pelo juízo da 2ª vara criminal de Barueri.

A não intimação pessoal do defensor, consoante reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores, configura NULIDADE ABSOLUTA.

Esse ponto foi objeto do Tema 959 no sistema de Repetitivos do STJ:

“O termo inicial da contagem do prazo para impugnar decisão judicial é, para o Ministério Público, a data da entrega dos autos na repartição



## DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

administrativa do órgão, sendo irrelevante que a intimação pessoal tenha se dado em audiência, em cartório ou por mandado.”

De tal modo, evidente a tempestividade deste recurso de apelação, já que é na data do seu protocolo é que a Defensoria Pública se dá por intimada.

Ademais, de acordo com jurisprudência tranquila do Superior Tribunal de Justiça, o prazo de 10 dias constante no ECA se aplica somente aos procedimentos especiais previstos no Estatuto.

Às demais ações – como é o caso desta ação civil pública - deve valer o prazo de 15 dias úteis presente no Código de Processo Civil.

Vejamos notícia do próprio site do STJ<sup>1</sup>:

“No STJ, entretanto, o entendimento foi de que **o prazo do ECA restringe-se aos procedimentos especiais regulados pelos artigos 152 e 197**, entre os quais não se enquadra a possibilidade ou não da adoção do sistema de ensino domiciliar como forma de concretização da garantia constitucional de educação do menor, em cujo benefício foi ajuizada a medida de proteção pelo Ministério Público.

**A Quarta Turma decidiu pela aplicação ao caso da regra geral do Código de Processo Civil (CPC) de 2015, que disciplina que, salvo nos embargos de declaração, o prazo recursal é sempre quinzenal, computando-se**

---

<sup>1</sup>[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Aplicado-prazo-processual-do-novo-CPC-em-a%C3%A7%C3%A3o-de-medida-de-prote%C3%A7%C3%A3o-de-menor-contr-homeschooling](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Aplicado-prazo-processual-do-novo-CPC-em-a%C3%A7%C3%A3o-de-medida-de-prote%C3%A7%C3%A3o-de-menor-contr-homeschooling). Acesso em 13/12/2018



## DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**somente em dias úteis (artigo 1.003 combinado com o artigo 219).**

Em seu voto, o ministro Salomão destacou que **apenas nos procedimentos reservados à apreciação da Justiça da Infância e da Juventude, previstos nos artigos 155 a 197 do ECA, deve ser observada a regra do prazo de dez dias do artigo 198.**”

A certidão de fl. 603 traz o trânsito em julgado em 22 de novembro, exatamente 10 dias após a data da publicação (conforme fl. 601).

Deduz-se, portanto, que se está erroneamente aplicando ao caso o prazo de 10 dias constante do ECA, ainda que se trate de uma ação civil pública, para a qual o prazo dos recursos em geral é de 15 dias úteis e, no caso da Defensoria Pública, de 30 dias úteis (prazo em dobro).

Pelo todo exposto, requer-se a desconsideração da certidão de trânsito em julgado e que o presente recurso seja considerado tempestivo.

### II - BREVE HISTÓRICO DO PROCESSADO

Trata-se de ação civil pública com pedido de tutela provisória de urgência movida pela Defensoria Pública do Estado em face da requerida, objetivando a vedação da realização do “Show do Ronald Mcdonald” em escolas e creches, por se tratar de uma ação de cunho publicitário, a abstenção da rede em realizar novas apresentações e a retirada do material de divulgação dos shows de seu *site*, assim como o pagamento referente a danos morais e materiais por parte da empresa.



## DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Distribuída inicialmente à 13ª Vara Cível da Capital do Estado de São Paulo, houve posterior remessa dos autos à 2ª Vara Criminal da Comarca de Barueri, entendendo-se que a competência para o julgamento da presente ação é o local da sede da empresa ré, onde a ação publicitária danosa foi elaborada.

Em decisão liminar, o juízo de Barueri deferiu parcialmente o pedido de tutela de evidência para condenar a apelada à obrigação de não fazer consistente em não realizar o show do Ronald Mcdonald em creches ou escolas do Estado.

Foi apresentada contestação pela rede de restaurante e, após, o relatório do Ministério Público.

Em seguida o juízo entendeu por bem proferir sentença de parcial procedência, obrigando o restaurante a não promover mais o Show do Ronald McDonald em escolas e creches, porém não reconheceu a existência de danos morais coletivos e danos sociais, tampouco a retirada da publicidade referente aos shows do *site*.

Com o devido respeito, tal entendimento perfilhado na r. sentença não merece prosperar, devendo a decisão ser reformada, conforme se demonstrará a seguir.

### III - DAS RAZÕES

#### a. Da exclusão de publicidade do “Show do Ronald Mcdonald” do *site* do restaurante

A sentença em questão prevê que:



## DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

“A promoção do evento nos restaurantes da requerida, aos quais as crianças se dirigem, via de regra acompanhadas por seus responsáveis, já não caracteriza uma publicidade ilícita o que leva à conclusão de que a **divulgação da programação dos "shows" no site da requerida, ainda que relacionada diretamente ao público infantil ao qual se dirige, não é ilícita e, portanto, não demanda proibição**”. (g. n.)

Com toda *vênia*, a ausência de proibição da publicidade das apresentações no sítio eletrônico do restaurante não deve prosperar, vejamos:

No sítio eletrônico do restaurante, ao acessar a aba “em família”, há a aba referente ao “Show do Ronald Mcdonald”, que em si já configura a publicidade das apresentações voltadas ao público infantil, ademais dispõe de um calendário a fim de marcar eventuais apresentações<sup>2</sup>, assim como a descrição:

“Os Shows do Ronald McDonald oferecem diversão, brincadeiras e aproveitam esse momento lúdico para passar conceitos educativos, como respeito ao meio ambiente, valorização da amizade e da vida ativa e dicas de bons hábitos.”

Não apenas, a aba referente aos eventos possui outro *link* para esclarecer supostas questões acerca de publicidade responsável<sup>3</sup>.

A sentença, então, argumenta que a presença dos “shows” dentro dos restaurantes não configuraria uma publicidade abusiva em função da presença dos

<sup>2</sup> <http://www.mcdonalds.com.br/familia/show-de-ronald>

<sup>3</sup> <http://www.mcdonalds.com.br/familia/publicidade-responsavel>





## DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

responsáveis, que poderiam prontamente orientar a criança. Aplicando o mesmo entendimento de não abusividade, entendeu-se a desnecessidade da proibição da divulgação no *site*.

Porém, é importante ressaltar que, via de regra a criança está acompanhada pelos responsáveis ao ir fisicamente aos restaurantes, mas quanto ao sítio eletrônico, isso não ocorre. Em grande parte do tempo em que a criança está conectada à internet, o monitoramento dos pais muitas vezes não é suficiente para que a criança consiga filtrar os conteúdos acessados.

Logo, entende-se como abusiva a publicidade presente no sítio eletrônico do restaurante, por ainda ser voltada para crianças, mesmo que o campo tenha modificado a denominação de “crianças” para “em família”, pois apenas mudou-se o rótulo, não o conteúdo.

Lembrando que, ao voltar-se ao público infantil, a publicidade mostra sua face abusiva, como disposto pelo Código de Defesa do Consumidor:

“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”. (g. n.)



## DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Logo ao dirigir-se ao público infantil (mesmo que a denominação tenha mudado de “crianças” para “em família”), a presença dos shows se mostra frontalmente abusiva.

### **b. Do cabimento do dano moral coletivo e social**

Antes de explorar o instituto do dano moral coletivo e social e o seu inexorável cabimento no presente caso, algumas premissas são pontuadas, para bem esclarecer o motivo pelo qual este Tribunal deve prover o presente recurso e determinar a indenização por parte da apelada.

De início, o próprio Magistrado reconheceu que a conduta discutida nos autos constitui publicidade abusiva voltada para crianças e adolescentes, grupo composto por seres em formação e portanto hipervulneráveis. Necessário apontar que essa prática foi revestida de campanha educativa como forma inclusive de afastar a análise crítica dos alunos que assistiam a essas exposições.

Que houve a realização de ações da campanha publicitária em escolas também é ponto incontroverso. Na própria petição inicial e nos documentos que a instruíram há indicação dos estabelecimentos que tiveram seus alunos expostos à prática, sendo que as vítimas são passíveis de identificação.

Nesse sentido, a própria Requerida não impugnou de forma específica a realização da campanha publicitária, restringindo-se a afirmar que seria uma campanha educativa.

Dessa feita, verifica-se que restou efetivamente demonstrada a existência de fatos ilícitos envolvendo crianças e adolescentes, o que deve ser considerado como



## DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

atentatório aos valores sociais, merecendo a reparação através da responsabilização pecuniária da empresa Arcos Dourados.

O instituto do dano moral visa justamente a resguardar a esfera de direitos não patrimoniais e, portanto, os direitos mais valiosos de um indivíduo: os denominados direitos de personalidade.

Historicamente, houve na doutrina uma discussão acerca da reparabilidade do dano moral, mas hoje ela está definitivamente encerrada.

Em resposta às violações de coletivos que se intensificaram com o surgimento das sociedades de massa, passou-se a reconhecer o dano moral pertencente a uma coletividade.

Nesse mesmo cenário, tivemos a proteção dos direitos sociais pela Constituição de 1988, que são caracterizados pela titularidade subjetiva de transindivisibilidade dos direitos.

O Código de Defesa do Consumidor traz em seu inciso VI do artigo 6º, a proteção da ***efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.***

Ora, essa previsão legal não deixa qualquer dúvida quanto à possibilidade de reparação dos danos morais de forma coletiva.

Diferentemente do que alega o apelado, o dano moral coletivo afasta-se da identificação da dor psíquica, pois esta somente poderia ser identificada na concepção individual e não da coletividade. Não se nega que a dor espiritual pode ser apenas afeta ao indivíduo.



## DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

No entanto, jamais se pode desconsiderar o patrimônio moral de um ente coletivo ou mesmo de toda a sociedade. Ainda que não se possa aferir a dor psicológica de uma coletividade, é possível, por outro lado, identificar *um sentimento de desapareço e de perda de valores essenciais que afetam negativamente toda uma coletividade*<sup>4</sup>.

No escólio de Carlos Alberto Bittar Filho, *assim como cada indivíduo tem sua carga de valores, também a comunidade, por ser um conjunto de indivíduos, tem uma dimensão ética*<sup>5</sup>. Não se trata da soma dos valores individuais, mas de valores que caracterizam a coletividade como um todo, que não se confunde com cada célula que a integra<sup>6</sup>.

Nesta linha, a jurisprudência também vislumbra a necessidade de soltar-se das amarras do conceito individual dos direitos de primeira geração e de proteger direitos transindividuais, principalmente quando os direitos de personalidade são afrontados.

É o que se pode verificar dos entendimentos abaixo colhidos, com destaque para os julgados do Superior Tribunal de Justiça:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Comercialização de combustível adulterado - **Violação ao dever de informação e à boa-fé dos consumidores - Dano moral coletivo configurado** - Dano "in abstracto" - Pedido de desconsideração da personalidade jurídica do Auto Posto acolhido - Medida necessária - Ilícito configurado - Capital social da pessoa jurídica é inferior ao valor da condenação imposta - Honorária fixada em favor do "Parquet", ante a procedência da demanda - Incidência do art. 20 do Código de Processo Civil - Sentença parcialmente reformada - RECURSO PROVIDO. (TJ/SP Apelação n2 0247524-88.2004.8.26.0577) (grifo nosso).

<sup>4</sup> André de Carvalho Ramos, A Ação Civil Pública e o Dano Moral Coletivo, p. 3.

<sup>5</sup> Do Dano Moral Coletivo no atual Contexto Jurídico Brasileiro, p. 6.

<sup>6</sup> Idem.



## DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**INDENIZAÇÃO POR DANO IMATERIAL COLETIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL - EVOLUÇÃO JURÍDICA - DESENVOLVIMENTO DE CATEGORIAS APTAS A LIDAR COM VIOLAÇÕES DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS - REPARAÇÃO DE LESÃO OFENSIVA AOS VALORES FUNDANTES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 - NÃO PREENCHIMENTO DAS VAGAS RESERVADAS PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA - ART. 93 DA LEI Nº 8.213/91 - OFENSA A DIREITO DIFUSO - DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE MATERIAL - EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. A evolução das concepções jurídicas acerca da responsabilidade civil, que caminha desde o reconhecimento restrito do dano material, passando pela admissibilidade do dano moral individual, até o reconhecimento, à luz dos marcos da Constituição Federal de 1988, da necessidade de reparação da coletividade, quando atingidos, por meio de conduta ilícita, valores assentados na Carta de 1988 e que detém titularidade transindividual, torna imperativa a afirmação do direito à reparação por dano imaterial coletivo, que, de forma tecnicamente inadequada vem sendo denominado dano moral coletivo.** É importante que se ressalte que, assim como a denominação, que se refere aos direitos de natureza individual, os pressupostos para o reconhecimento da responsabilidade em razão dessa espécie de dano são diversos, revelando a insuficiência dos paradigmas do direito liberal clássico para lidar com as novas categorias jurídicas transindividuais. Nesse contexto, resulta incabível perquirir, na conduta da ré no caso concreto, a existência de incômodo moral com gravidade suficiente a atingir não apenas o patrimônio jurídico dos trabalhadores envolvidos, mas o patrimônio de toda a coletividade. O que releva investigar, no caso em tela, é a gravidade da violação infligida pela ré à ordem jurídica. A coletividade é tida por ofendida, imaterialmente, a partir do fato objetivo da violação da ordem jurídica. Assim, verificado nos autos que a ré, não obstante instada pelo Ministério Público do Trabalho a firmar termo de ajuste de conduta, resistiu por quatro anos em não cumprir a cota de portadores de deficiência prevista no art. 93 da Lei nº 8.213/91, descumprindo, injustificadamente, norma garantidora do princípio da igualdade material e da não discriminação das pessoas portadoras de



## DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

necessidades especiais e, por conseguinte, furtando-se à concretização de sua função social, é devida a reparação da coletividade pela ofensa aos valores constitucionais fundamentais. Recurso de revista não conhecido. (TST Processo: **RR - 65600-21.2005.5.01.0072**, Data de Julgamento: **06/06/2012**, Relator Ministro: **Luiz Philippe Vieira de Mello Filho**, **4ª Turma**, Data de Publicação: **DEJT 22/06/2012**) (grifo nosso)

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL COLETIVA. INTERRUÇÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NEXO DE CAUSALIDADE. SÚMULA 7/STJ. DANO MORAL COLETIVO. DEVER DE INDENIZAR. 1. Cuida-se de Recursos Especiais que debatem, no essencial, a legitimação para agir do Ministério Público na hipótese de interesse individual homogêneo e a caracterização de danos patrimoniais e morais coletivos, decorrentes de frequentes interrupções no fornecimento de energia no Município de Senador Firmino, culminando com a falta de eletricidade nos dias 31 de maio, 1º e 2 de junho de 2002. Esse evento causou, entre outros prejuízos materiais e morais, perecimento de gêneros alimentícios nos estabelecimentos comerciais e nas residências; danificação de equipamentos elétricos; suspensão do atendimento no hospital municipal; cancelamento de festa junina; risco de fuga dos presos da cadeia local; e sentimento de impotência diante de fornecedor que presta com exclusividade serviço considerado essencial. 2. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 3. O Ministério Público tem legitimidade ativa para atuar em defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores. Precedentes do STJ. 4. A apuração da responsabilidade da empresa foi definida com base na prova dos autos. Incide, in casu, o óbice da Súmula 7/STJ. 5. O dano moral coletivo atinge interesse não patrimonial de classe específica ou não de pessoas, uma afronta ao sentimento geral dos titulares da relação jurídica-base. 6. O acórdão estabeleceu, à luz da prova dos autos, que a interrupção no fornecimento de energia elétrica, em virtude da precária qualidade da prestação do serviço, tem o condão de afetar o patrimônio moral da comunidade. Fixado o cabimento do dano moral coletivo, a revisão da prova da sua

Rua Boa Vista, 103, 6º andar, centro, São Paulo - SP



## DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

efetivação no caso concreto e da quantificação esbarra na Súmula 7/STJ. (STJ), REsp 1197654 / MG) (grifo nosso).

AMBIENTAL. DESMATAMENTO. CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER (REPARAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA) E DE PAGAR QUANTIA CERTA (INDENIZAÇÃO). POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DA NORMA AMBIENTAL. 1. Cuidam os autos de Ação Civil Pública proposta com o fito de obter responsabilização por danos ambientais causados pelo desmatamento de área de mata nativa. A instância ordinária considerou provado o dano ambiental e condenou o degradador a repará-lo; porém, julgou improcedente o pedido indenizatório. 2. A jurisprudência do STJ está firmada no sentido de que a necessidade de reparação integral da lesão causada ao meio ambiente permite a cumulação de obrigações de fazer e indenizar. Precedentes da Primeira e Segunda Turmas do STJ. 3. A restauração in natura nem sempre é suficiente para reverter ou recompor integralmente, no terreno da responsabilidade civil, o dano ambiental causado, daí não exaurir o universo dos deveres associados aos princípios do poluidor-pagador e da reparação in integrum. 4. **A reparação ambiental deve ser feita da forma mais completa possível**, de modo que a condenação a recuperar a área lesionada não exclui o dever de indenizar, sobretudo pelo **dano que permanece entre a sua ocorrência e o pleno restabelecimento do meio ambiente afetado (= dano interino ou intermediário)**, bem como pelo **dano moral coletivo e pelo dano residual (= degradação ambiental que subsiste, não obstante todos os esforços de restauração)**. (REsp 1180078 / MG) (grifo nosso)

Ainda sobre o dano moral coletivo, vale transcrever o entendimento da Ministra Eliana Calmon, em voto proferido no Recurso Especial 1.057.274-RS:

**O dano moral extrapatrimonial atinge direitos de personalidade do grupo ou coletividade enquanto realidade massificada**, que a cada dia mais reclama soluções jurídicas para sua proteção. É evidente que uma coletividade de índios pode sofrer ofensa à honra, à sua dignidade, à sua boa reputação, à sua história, costumes e tradições. Isso não importa





## DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

exigir que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação tal qual fosse um indivíduo isolado. Estas decorrem do sentimento coletivo de participar de determinado grupo ou coletividade, relacionando a própria individualidade à idéia do coletivo. **Assim sendo, considero que a existência de dano extrapatrimonial coletivo pode ser examinado e mensurado, tendo-se em consideração os requisitos de configuração do dano moral individual.** (ST), nº RESP 1.057.274-RS, Rei. Min. Eliana Calmon, julgado em 1712/2009). (grifo nosso)

A revisitação do instituto do dano moral individual ao coletivo acaba por desvelar a sobreposição da função preventiva, punitiva e pedagógica sobre a função compensatória. A despeito de todas as funções respaldarem o dano moral coletivo, as três primeiras ganham um destaque diferenciado no dano moral coletivo.

A doutrina do *punitive damages* iniciou-se nos países do *common law* e espalhou-se para os demais países do *civil law*. Em síntese, esta doutrina engloba três funções: preventiva, punitiva e educativa.

A função preventiva tem como principal ideia o desestímulo da prática de novos ilícitos e, em contraposição, direciona-se a estimular o respeito à lei. A indenização compensatória visa a atingir as exigências sociais quanto à prevenção por meio da incidência onerosa no patrimônio do ofensor.

A função punitiva cumpre o desiderato de punir o violador pelos danos causados. Esta função tem o escopo de sancionar os responsáveis pelos ilícitos civis mais reprováveis, marcados pelo flagrante desrespeito aos direitos alheios.

Por fim, a função educativa incide no ato de reprovabilidade social pela conduta do ofensor reconhecida judicialmente, inculcando, tanto no ofensor, como a toda a sociedade, a imprescindibilidade de respeito aos direitos de personalidade.





## DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Assim, os danos morais exercem esta função pedagógica de educar a sociedade demonstrando o alto grau de reprovabilidade de uma conduta violadora de direitos fundamentais, sancionando-os de forma rígida.

O dano moral coletivo persegue estas três funções e, diante de sua importância, é erigido a um dos institutos essenciais para a preservação da paz social que visa a ordem jurídica.

A jurisprudência também se inclina à compreensão do caráter sancionador e educativo do dano moral coletivo:

Ação Civil Pública. Propaganda enganosa. Conduta declarada ilícita pela sentença. Pedido de indenização negado. Apelo do Ministério Público. Propaganda enganosa capaz de causar danos que ultrapassam a esfera individual. Desrespeito às normas consumeristas, em especial aos artigos 31, 37 e 39 do Código de Defesa do Consumidor. **Dano moral devido. Caráter sancionador e educativo. 'Quantum' fixado de acordo com o desvalor da conduta, bem jurídico tutelado e possibilidade econômica da vítima. Montante que deve ser revertido ao Fundo próprio.** Recurso provido. (TJ/SP; Apelação nº 0003989-52.2010.8.26.0361) (grifo nosso)

E, justamente por ser pautado nestas funções que transcendem a função meramente compensatória, é que se deve insistir no **caráter *in re ipsa* do dano moral coletivo**, o que significa dizer que, para a sua configuração, prescinde da demonstração de prova sobre o abalo da moral coletiva, bastando, no caso em concreto, **a comprovação do desvalor da ação perpetrada pela apelada ao realizar shows em escolas utilizando-se do palhaço Ronald e com alusões implícitas ou não à rede de lanchonetes McDonald's, valendo-se da hipervulnerabilidade das crianças expostas a essa prática abusiva.**



## DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Este entendimento também é perflhado pela jurisprudência:

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. 5. Afastada a sanção pecuniária pelo Tribunal que considerou as circunstâncias fáticas e probatórias e restando sem prequestionamento o Estatuto do Idoso, mantém-se a decisão. 5. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1057274/RS) (grifo nosso)

Ainda sobre o dano *in re ipsa*, o entendimento a seguir colhido:

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 de dano moral individual, aqui também não há que



## DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

se cogitar de prova de culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (damnum in re ipsa)<sup>7</sup>.

Vale ainda dizer que no que pertine ao elemento objetivo do dano moral coletivo, este se caracteriza por ser indivisível. A indivisibilidade é a qualidade do dano moral coletivo, seja coletivo *stricto sensu* ou direitos difusos. O fim deste instituto é a indenização pelos transtornos, pela intranquilidade e pelo sentimento de despreço cometido contra a moral coletiva a que pertence àquela entidade coletiva<sup>8</sup>. Nas palavras de André de Carvalho Ramos, *ou será que alguém duvida que o cidadão brasileiro, a cada notícia de lesão a seus direitos, não se vê desprestigiado e ofendido no seu sentimento de pertencer a uma comunidade séria, onde as leis são cumpridas?*<sup>9</sup>.

Deve-se ainda enfatizar que a característica da indivisibilidade é ínsita a qualquer violação da figura do ente coletivo. Pelos ensinamentos de José Carlos Barbosa Moreira, a melhor forma de compreender a característica de indivisibilidade é a comunhão de destinos: *(...) a satisfação de um só implica, por força, a satisfação de todos, assim como a lesão de um só constitui, ipso facto, lesão da inteira coletividade*<sup>10</sup>.

O conceito de danos sociais surge na contemporaneidade e entende-se que estes são causados por comportamentos exemplares negativos ou condutas socialmente reprováveis. Segundo explica Flávio Tartuce, os danos sociais são difusos e a sua indenização deve ser destinada não para a vítima, mas sim para um

---

<sup>7</sup> Carlos Alberto Bittar, *Dano Moral Coletivo no Atual Contexto Brasileiro*, p. 55.

<sup>8</sup> “Tal intranquilidade e sentimento de despreço gerado pelos danos coletivos, justamente por serem indivisíveis, acarreta lesão moral que também deve ser reparada coletivamente”. (André de Carvalho Ramos, *A Ação Civil Pública e o Dano Moral Coletivo*, p. 3-4)

<sup>9</sup> Op. cit., p. 4.

<sup>10</sup> *A Legitimidade para a defesa dos interesses coletivos e difusos no direito brasileiro*, p. 1.



## DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

fundo de proteção ao consumidor, ao meio ambiente etc., ou mesmo para uma instituição de caridade, a critério do juízo<sup>11</sup>.

Envolvem interesses difusos e as vítimas são indeterminadas ou indetermináveis (correspondem ao artigo 81, parágrafo único, inciso I, do CDC).

A verba compensatória derivada do dano social deve ser destinada a um fundo de proteção consumerista (artigo 100 do CDC), ambiental ou trabalhista, por exemplo, ou até mesmo instituição de caridade, a critério do juiz (artigo 883, parágrafo único do Código Civil). Enfim, é a aplicação da função social da responsabilidade civil (é cláusula geral; norma de ordem pública).

O caso mais emblemático em que houve reconhecimento da existência de danos sociais é o da fraude em sistema de loteria, chamado de “Caso Totobola”, conforme ementa a seguir:

Toto bola. Sistema de loterias de chances múltiplas. Fraude que retirava ao consumidor a chance de vencer. Ação de reparação de danos materiais e morais. Danos materiais limitados ao valor das cartelas comprovadamente adquiridas. Danos morais puros não caracterizados. Possibilidade, porém, de excepcional aplicação da função punitiva da responsabilidade civil. Na presença de danos mais propriamente sociais do que individuais, recomenda-se o recolhimento dos valores da condenação ao fundo de defesa de interesses difusos. Recurso parcialmente provido.

1. Não há que se falar em perda de uma chance, diante da remota possibilidade de ganho em um sistema de loterias. Danos materiais consistentes apenas no valor das cartelas comprovadamente adquiridas, sem reais chances de êxito.
2. Ausência de danos morais puros, que se caracterizam pela presença da dor física ou sofrimento moral, situações de angústia, forte estresse,

<sup>11</sup> Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: Método, 2013, p. 58.



## DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

grave desconforto, exposição à situação de vexame, vulnerabilidade ou outra ofensa a direitos da personalidade.

3. Presença de fraude, porém, que não pode passar em branco. Além de possíveis respostas na esfera do direito penal e administrativo, o direito civil também pode contribuir para orientar os atores sociais no sentido de evitar determinadas condutas, mediante a punição econômica de quem age em desacordo com padrões mínimos exigidos pela ética das relações sociais e econômicas. Trata-se da função punitiva e dissuasória que a responsabilidade civil pode, excepcionalmente, assumir, ao lado de sua clássica função reparatória/compensatória. “O Direito deve ser mais esperto do que o torto”, frustrando as indevidas expectativas de lucro ilícito, à custa dos consumidores de boa-fé.

4. Considerando, porém, que os danos verificados são mais sociais do que propriamente individuais, não é razoável que haja uma apropriação particular de tais valores, evitando-se a disfunção alhures denominada de over compensation. Nesse caso, cabível a destinação do numerário para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado pela Lei 7.347/85, e aplicável também aos danos coletivos de consumo, nos termos do art. 100, parágrafo único, do CDC. Tratando-se de dano social ocorrido no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, a condenação deverá reverter para o fundo gaúcho de defesa do consumidor.

Recurso parcialmente provido (TJRS, Recurso Cível 71001281054, DJ 18/07/2007).

Outro caso paradigmático em que houve reconhecimento desta categoria de danos foi julgado pelo TJSP:

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, 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**



## DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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)

Cumpra, ainda, mencionar que na V Jornada de Direito Civil do CJF/STJ foi aprovado um enunciado reconhecendo a existência dos danos sociais:

**Enunciado 455: A expressão “dano” no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas.**

Conforme explica TARTUCE, *os danos sociais são difusos, envolvendo direitos dessa natureza, em que as vítimas são indeterminadas ou indetermináveis (...) se os prejuízos atingiram toda a coletividade, em um sentido difuso, os valores de reparação devem também ser revertidos para os prejudicados, mesmo que de forma indireta*<sup>12</sup>.

No presente caso, **o dano social também foi experimentado na medida em que toda a coletividade se sentiu de alguma forma atingida pela prática abusiva perpetrada pela apelada, ao realizar uma publicidade velada em escolas e creches, local onde se entende que as crianças e adolescentes estão seguros e protegidos.**

<sup>12</sup> *Manual de direito civil*, 4 ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, p. 506.





## DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A ação de publicidade sub-reptícia voltada ao público infantil por parte da rede de restaurantes, além de abusiva por definição, faz com que um incontável número de crianças seja induzidas a erro, frisando sempre que se trata de um grupo social hipossuficiente e vulnerável, que deve ser então especialmente protegido, de modo que o dano a tal grupo é presumido pelo ordenamento jurídico.

Inclusive decisão recente do TJSP reconhece a existência de danos morais referentes à propaganda abusiva voltada ao público infantil:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INDENIZAÇÃO. Divulgação por emissora de televisão de merchandising voltado a publico 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”. (g.n.)



## **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

(Apelação nº 0014146-33.2013.8.26.0053, Nona Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de SP, Relatora: Mariella cFerraz de Arruda Pollice Nogueira, Julgado em 24/07/2018).

Não obstante, seria de muito mau tom a ausência de reparação do dano, tendo em vista o grave retrocesso que a ausência da justa reparação causaria à coletividade.

### **III - DO PEDIDO**

Ante o exposto, requer o conhecimento da presente apelação, com o seu regular processamento, e ao final seja dado integral provimento, a fim de reformar a r. sentença apelada, julgando-se a ação procedente nos exatos termos da inicial para determinar a retirada de publicidade referente ao Show do Ronald McDonald do site da empresa e reconhecer a existência de dano moral coletivo e dano social em função da publicidade abusiva, condenando a empresa a indenizar nos termos da exordial.

Termos em que,

Pede deferimento.

São Paulo, 19 de dezembro de 2018.

**LUIZ FERNANDO BABY MIRANDA**

**ESTELA WAKSBERG GUERRINI**

**Defensor Público**

**Defensora Pública**

**Coordenador do Nudecon**

**Coordenadora Auxiliar do Nudecon**