



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Recurso Especial n. 1127739-71.2016.8.26.0100

A **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, nos autos do processo da ação em epígrafe, pelo Defensor Público e pela Defensora Pública infra-assinados, dispensados de apresentar instrumento de mandato nos termos da Lei Complementar n. 80/94, e valendo-se do permissivo do artigo 128, inciso I, 2ª parte, da referida Lei Complementar, vem à presença de Vossa Excelência, irresignada com a r. decisão do Excelentíssimo Senhor Doutor Desembargador Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que inadmitiu o Recurso Especial interposto na origem, e, apresentando as respectivas razões do seu inconformismo em anexo, com fundamento no artigo 1.042 e seguintes do Código de Processo Civil, interpor o presente **AGRAVO CONTRA DECISÃO DENEGATÓRIA DE RECURSO ESPECIAL** pleiteando o regular processamento deste, independentemente de preparo, com a oportuna remessa dos autos a instância recursal competente.

Mister ressaltar, desde logo, a tempestividade do presente recurso, tendo em vista as prerrogativas da intimação pessoal de todos os atos do processo e a contagem em dobro de todos os prazos, dispostas no artigo 128, inciso I da Lei Complementar 80/94, e a intimação da decisão recorrida, de fls. 1039/1040, em 30 de julho, sendo o primeiro dia de prazo 2 de agosto de 2021.

São Paulo, 30 de agosto de 2021.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

LUIZ FERNANDO BABY MIRANDA

Defensor Público

Núcleo Especializado de Defesa do
Consumidor

NATHÁLIA MARIA BOCCARDO

Estagiária de Direito

Núcleo Especializado de Defesa do
Consumidor

ESTELA WAKSBERG GUERRINI

Defensora Pública

Núcleo Especializado de Defesa do
Consumidor

**MARCOS VINÍCIUS DOS SANTOS
GONÇALVES**

Estagiário de Direito

Núcleo Especializado de Defesa do
Consumidor



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RAZÕES DE AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL

Processo de origem: 1127739-71.2016.8.26.0100 – 2ª Vara Criminal da Comarca de Barueri do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Agravante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Agravado: Arcos Dourados Comércio de Alimentos Ltda. (McDonald's)

Colendo Superior Tribunal de Justiça,

Veneranda Turma,

Eméritos Ministros,

- CAPÍTULO 1 – DA SÍNTESE DA DEMANDA

Trata-se de ação civil pública com pedido de tutela provisória de urgência movida pela Defensoria Pública do Estado em face de “ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA”, 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 agravada à obrigação de não fazer consistente em não realizar o “show do Ronald Mcdonald” em creches ou escolas do Estado.

Foi apresentada contestação pela agravada 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.

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 agravada, igualmente, interpôs recurso para que os pedidos formulados pela agravante fossem todos julgados improcedentes.

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 ambos os recursos, mantendo íntegra a sentença apelada. Contra este v. acórdão, foram



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

opostos embargos de declaração em razão de omissão no acórdão e para fins de prequestionamento, porém rejeitados pelo Tribunal.

Finalmente, foi interposto recurso especial, por parte da Defensoria Pública do Estado, ante às violações de leis federais e o não reconhecimento de danos morais coletivo e danos sociais.

Foram apresentadas contrarrazões por parte da agravada, com posterior manifestação do Instituto Alana e do Ministério Público do Estado.

Após, a Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo inadmitiu o recurso especial interposto pela Defensoria Pública do Estado, com fundamento no art. 1.030, V, do CPC.

É contra esta r. decisão que se volta o presente Recurso, posto que há violação de lei federal e os pressupostos do Recurso Especial foram atendidos de modo hígido, ensejando a admissibilidade do presente Recurso, determinando-se a remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça para conhecimento e julgamento do apelo especial interposto.

- CAPÍTULO 2 – DO CABIMENTO

O artigo 1.042, *caput*, do CPC, assim dispõe:

Art. 1.042. Cabe agravo contra decisão do presidente ou do vice-presidente do tribunal recorrido que inadmitir recurso extraordinário ou recurso especial, salvo quando fundada na aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos. (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016).



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

É de rigor, pois, a admissibilidade do presente agravo, vez que não há hipótese a justificar a exceção de inadmissibilidade, quiçá entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos.

O presente recurso é apresentado tempestivamente, pois a Defensoria Pública foi intimada da r. decisão denegatória em 30/07/2021, sendo 2/8/2021 o termo inicial da contagem do prazo.

Assim, considerando a prerrogativa de contagem em dobro dos prazos processuais conferida à Defensoria Pública por meio dos artigos 128, inciso I, da Lei Complementar Federal nº 80/94 e 186 do Código de Processo Civil vigente, este recurso é tempestivo.

- CAPÍTULO 3 – DA NECESSIDADE DE ANÁLISE EXCLUSIVA DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

De início, em atenção ao art. 1.042, do CPC e ao princípio da primazia do julgamento do mérito, pede-se que seja realizado o juízo de retração, encaminhando-se os autos ao Superior Tribunal de Justiça ante às violações de leis federais e o não reconhecimento de danos morais coletivo e danos sociais, ínsitos às peculiaridades do caso.

Subsidiariamente, mesmo não sendo atendido o pedido supra, mister se faz destacar que os pressupostos processuais recursais genéricos e específicos do Recurso Especial restam, a toda evidência, satisfeitos.

Frise-se que, tratando-se de Recurso Especial fundado em alegação de contrariedade de lei federal, ou negativa de vigência, o juízo de admissibilidade deve ser feito a partir da apreciação genérica da hipótese de cabimento, combinada com a simples imputação subjetiva da subsunção daquela à questão debatida. Portanto,



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

a demonstração do cabimento se encerra na própria alegação desta Agravante de contrariedade de lei federal, ou negativa de vigência.

Decerto, assim é conquanto, sabidamente, no Recurso Especial, a fim de se preservar a lógica jurídica recursal, a Agravante deve apenas indicar a hipótese de cabimento, no caso, o artigo 105, III, "a", da CF/88, e **o juízo a quo deve se limitar apenas à análise dos requisitos de admissibilidade, sendo-lhe defeso adentrar no mérito de violação da norma legal.**

A ausência de observância das restrições constitucionalmente impostas entre os juízos de admissibilidade e de mérito promove uma inversão de raciocínio da racionalidade recursal, em que se franqueia apenas legitimidade aos Tribunais Superiores de analisar as violações às normas legais e constitucionais, possibilitando a interposição de agravo em recurso especial. Ademais, destaca-se: o julgamento definitivo da admissibilidade dos recursos extraordinários fica a cargo do Tribunal Superior competente, seja o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça.

Sendo assim, não é franqueada a possibilidade de o juízo *a quo* fazer qualquer juízo de mérito quanto à consistência e fundamentação do recurso especial interposto.

Em outras palavras, não é imputável ao juízo de admissibilidade provisório a análise da suficiência dos argumentos que demonstrem a violação da norma legal. *In casu*, cabe, em última instância, ao Superior Tribunal de Justiça, outorgar o verdadeiro significado à legislação federal.

Ressalta-se, ainda, que o Recurso Especial interposto verticaliza as razões legais das alegações de lesão lei federal. Tratando-se de impugnação à aplicação do direito, sem revolvimento fático-probatório – superando o óbice da Súmula n. 7/STJ, usados como fundamento na r. decisão recorrida.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Portanto, a decisão que ora se impugna representa a usurpação de funções processuais, o que não é permitido em nosso ordenamento processual.

- CAPÍTULO 4 – DOS DISPOSITIVOS LEGAIS VIOLADOS E DA EXISTÊNCIA DE DANOS MORAIS E SOCIAIS EM RAZÃO DA PUBLICIDADE ABUSIVA DIRECIONADA A CONSUMIDORES HIPERVULNERÁVEIS E DA NECESSIDADE DE REPARAÇÃO - DA NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 –

Diferente do que fora argumentado na decisão do Vice- Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo não deseja a reanálise dos fatos presentes nos autos, tanto que inclusive não houve nenhuma menção a alteração ou reavaliação de provas. O objetivo do presente recurso ocorre devido à expressa violação ao artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor e dos artigos 17 e 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois ambos garantem a proteção e reparação aos consumidores, sendo que o último diploma protege as crianças e adolescentes, considerados hipervulneráveis.

Houve o pleiteio da reforma das decisões para o reconhecimento do dano moral coletivo à causa devido a clara violação aos dispositivos supracitados, uma vez que, o dano moral coletivo deve ser reconhecido de modo “in re ipsa”, bastando a afronta aos valores ético-jurídicos primordiais da sociedade, demonstrado por meio dos fatos já existentes nos autos, que inclusive resultaram no reconhecimento da ilegalidade das condutas da agravante.

A proteção aos hipervulneráveis é considerada um valor ético-jurídico primordial da sociedade, sob o qual subsistem o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente, além dos mais diversos dispositivos espalhados em outros institutos.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Tal é o entendimento do julgado abaixo, que reconheceu o dano moral coletivo em um caso de publicidade enganosa:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA MOVIDA POR ASSOCIAÇÃO DE CONSUMIDORES. DIREITO A INFORMAÇÃO. PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA. VENDA A CRÉDITO DE VEÍCULOS SEM A DEVIDA PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES AOS CONSUMIDORES. ARTS. 37, 38 E 52, *CAPUT*, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. JUROS EMBUTIDOS. PUBLICIDADE ENGANOSA. OCORRÊNCIA. DANO MORAL COLETIVO DE CONSUMO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM O ENTENDIMENTO DO STJ.

1. Trata-se de Ação Civil Pública proposta pela “Associação Cidade Verde” – entidade de defesa dos consumidores e direitos humanos – contra concessionárias de veículos em Porto Velho, capital do Estado de Rondônia. A organização não governamental cita, em síntese, “a revolta e indignação de centenas de cidadãos que são ludibriados por maquiavélicas publicidades enganosas e depois não conseguem honrar aquelas compras. São iludidos com a imagem das ‘suaves’ prestações mensais”. Aponta violações ao Código de Defesa do Consumidor – CDC. Questiona, em particular, a oferta de automóveis e de crédito sem informação prévia, expressa e adequada sobre montante da entrada, número, periodicidade e valor das parcelas mensais e eventuais intermediárias, preço final do bem (com e sem financiamento), taxa de juros e custo efetivo total, eventuais acréscimos e encargos incidentes sobre o financiamento ou



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

parcelamento em si, mesmo que não haja, formalmente, cobrança de juros.

2. A ação foi julgada procedente na primeira instância e confirmada, no essencial, pelo Tribunal de Justiça de Rondônia. Segundo o acórdão recorrido, “após compulsar os autos, reiteradas vezes, constata-se que, de fato, comprovou-se que as apelantes anunciaram a venda de veículos, por meio de panfletos, jornais, televisão, rádio, cartazes, faixas, *outdoors* e *sites*, todavia, sem prestar aos consumidores as informações devidas, referentes ao valor de entrada, valor total a prazo, valor à vista e juros embutidos”.

PUBLICIDADE ENGANOSA

3. O *direito de não ser enganado* antecede o próprio nascimento do Direito do Consumidor, daí sua centralidade no microsistema do CDC. A oferta, publicitária ou não, deve conter não só informações verídicas, como também não ocultar ou embaralhar as essenciais. Sobre produto ou serviço oferecido, ao fornecedor é lícito dizer o que quiser, para quem quiser, quando e onde desejar e da forma que lhe aprouver, desde que não engane, ora afirmando, ora omitindo (= publicidade enganosa), e, em paralelo, não ataque, direta ou indiretamente, valores caros ao Estado Social de Direito, p. ex., dignidade humana, saúde e segurança, proteção especial de sujeitos e grupos vulneráveis, sustentabilidade ecológica, aparência física das pessoas, igualdade de gênero, raça, origem, crença, orientação sexual (= publicidade abusiva).

4. No mercado de consumo, *juros embutidos* ou *disfarçados* configuram uma das mais comuns, graves e nocivas modalidades de oferta



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

enganosa. Tipificam publicidade enganosa nas esferas administrativa, civil e penal expressões do tipo “sem juros” ou falta de indicação clara e precisa dos juros, taxas e encargos cobrados. Conforme o art. 52, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, a *informação prévia e adequada* – sobre, *entre outros*, preço, número e periodicidade das prestações, montante dos juros e da taxa efetiva anual e valor total a pagar, com e sem financiamento – precisa constar obrigatoriamente da oferta, publicitária ou não, que envolva parcelamento ou financiamento de produtos e serviços de consumo. Não preenche o requisito da adequação estampar a informação em pé de página, com letras diminutas, na lateral, ou por ressalvas em multiplicidade de asteriscos, ou, ainda, em mensagem oral relâmpago ininteligível.

5. Por último, ressalte-se que, nos termos do art. 38 do CDC, o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitárias cabe a quem as patrocina, ou seja, trata-se de inversão *ope legis*, da qual, de acordo com o Tribunal de origem, no caso em apreço, não se desincumbiram os fornecedores, que “deixaram de comprovar a existência da veracidade e correção da informação”.

DANO MORAL COLETIVO DE CONSUMO

6. O dano moral coletivo encarna lesão a bens imateriais de grupo de pessoas, determinado ou não, causada por afronta a valores ético-jurídicos primordiais da sociedade, entre os quais se incluem dignidade humana, paz e tranquilidade sociais, tratamento isonômico, respeito à diversidade, boa-fé nas relações jurídicas, proibidade administrativa e cuidado com o patrimônio público, integridade do processo eleitoral, conservação das bases ecológicas da vida, verdade na produção e veiculação de informações.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

7. Não se trata de dano hipotético ou fictício, pois reconhecido pelo ordenamento jurídico. Equivocado afastá-lo em reação à força retórica da crítica fácil à banalização e indústria do dano moral. Se trivialidade ou massificação ocorre, é no desrespeito a direitos básicos dos consumidores pelos agentes econômicos privados – sem falar do próprio Estado. Permissividade e tolerância que, historicamente, se apelidaram de ousadia empreendedora, exatamente o tipo de “normalidade” que identifica o capitalismo selvagem e predatório, sem ética nem freio – a antítese da verdadeira economia de mercado -, patologias que levaram precisamente à edição do CDC.

8. Nenhum instituto jurídico se acha imune a desvirtuamento. Eventuais excessos no uso de indenização por danos morais, coletivos ou não, e de outros remédios legais ou jurisprudenciais destinados a coibir e reparar atentados a direitos estatuídos, por um lado haverão de sofrer rígida disciplina judicial e, por outro, certamente empalidecem diante de abusos cotidianos nas práticas comerciais, que não poupam nem pobres nem vulneráveis, nem analfabetos nem enfermos.

9. Enganar o consumidor ou dele abusar vai muito além de dissabor irrelevante ou aborrecimento desprezível, de natural conduta cotidiana, aceitável na vida em sociedade. Reagir judicialmente contra o engano e o abuso na relação de consumo não revela faniquito exaltado ou *mimimi* ético, mas sim corresponde a acreditar em direitos conferidos pelo legislador – por meio de norma cogente de ordem pública e interesse social – e a judicializá-los quando desrespeitados.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

10. A intangibilidade e a impossibilidade de cálculo milimétrico ou matemático não descaracterizam a lesão moral coletiva. Entre seus atributos principais estão independência de identificação com nome e RG de vítimas individualizadas, quer de prévia reclamação por elas apresentadas perante órgãos estatais. **Dispensa tanto a demonstração de dor, repulsa e indignação coletiva, quanto a prova documental, a perícia e outros meios probatórios típicos de prejuízos materiais e individuais.** Precedentes do STJ.

11. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem, ao dirimir a controvérsia, afirmou expressamente que as empresas devem ser responsabilizadas por publicidade enganosa, porquanto anunciaram veículos sem a devida prestação de informações aos consumidores, induzindo-os a erro. Ao assim agirem, deram causa a “verdadeiro sofrimento, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem moral coletiva, sendo, portanto, cabível indenização por dano moral à coletividade”. Impossível rever essas premissas fáticas e probatórias, por impedimento da Súmula 7/STJ.

12. Assim, **o acórdão recorrido está alinhado à jurisprudência do STJ no sentido do cabimento de indenização por dano moral coletivo em Ação Civil Pública, sobretudo quando há clara violação do direito de informação previsto no CDC, diante de oferta e anúncios publicitários, não se exigindo, para tanto, dolo ou culpa na conduta, consoante a índole do microsistema.** Precedentes: AgInt no AREsp 1.074.382/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, Dje de 24.10.2018; Resp 1.487.046/MT, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Dje 16.5.2017; AgRg no AgRg no Resp



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

1.261.824/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, Dje de 9.5.2013.

13. Recursos Especiais não providos.

(sem grifos e negrito no original - STJ, Resp 1828620/RO, Segunda Turma, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, DJ 03/12/2019)

No mesmo sentido a fundamentação do Recurso Especial 1.546.170 – SP, do STJ:

Reconhecida, assim, a ocorrência da prática de publicidade enganosa, cumpre investigar se a conduta perpetrada pela recorrente está embuída de gravidade tal que imponha sua condenação ao pagamento de indenização por danos morais difusos.

O dano moral difuso, compreendido como o resultado de uma lesão a bens e valores jurídicos extrapatrimoniais inerentes a toda a coletividade, de forma indivisível, se dá quando a conduta lesiva agride, de modo injusto e intolerável, o ordenamento jurídico e os valores éticos fundamentais da sociedade em si considerada, a provocar repulsa e indignação na própria consciência coletiva.

No Direito brasileiro, tal espécie de dano, que agride os interesses e direitos de natureza transindividual, encontra respaldo nos arts. 1º da Lei nº 7.347/1985 e 6º, VI, do CDC, bem como no art. 944 do CC.

Assim, para haver a condenação à reparação por dano moral coletivo, é essencial que o ato antijurídico praticado atinja alto grau de



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

reprovabilidade e transborde os lindes do individualismo, afetando, por sua gravidade e repercussão, o círculo primordial de valores sociais. Logo, não basta a mera infringência à lei ou ao contrato para a sua caracterização.

(...)

Desse modo, é certo que a obrigação do agressor de compensar danos morais coletivos resultantes de sua conduta possui importantes funções – dissuasória (prevenção de condutas antissociais), sancionatório-pedagógica (punição do ato ilícito) e compensatória (reversão da indenização em prol da própria comunidade direta ou indiretamente) -, essenciais para a preservação do sentimento coletivo de dignidade e de solidariedade humanas.

A hipótese em apreço revela nível de reprovabilidade que justifica a imposição da condenação tal e qual já determinada pelas instâncias de origem. Além disso, a revisão das conclusões do acórdão ora hostilizado encontra, também nesse ponto específico, intransponível óbice na inteligência da Súmula nº 7/STJ.

(STJ, Resp 1546170/SP, Terceira Turma, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJ 18/02/2020)

É necessário o reconhecimento das três funções do dano moral coletivo: pedagógica, punitiva e preventiva.

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.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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.

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.

Dessa forma, não se mostra razoável ou respaldado em nosso ordenamento jurídico condicionar a condenação de danos morais a eventual reiteração do comportamento ocorrida após a sentença judicial.

Seria como reconhecer que eventual indenização por dano moral em lesão ao meio ambiente só ocorreria se a empresa poluidora viesse a repetir a conduta APÓS a decisão judicial.

A vingar esse entendimento, teríamos uma sinalização extremamente deletéria para a proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Com efeito, haveria um salvo-conduto até que o Poder Judiciário viesse a se manifestar sobre a prática. Seria um desestímulo para a adequação voluntária do comportamento ao prescrito pela lei e pela Constituição Federal, visto que o ilícito compensaria até que o Poder Judiciário se manifestasse.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Por sinal, reforçaria a necessidade de se buscar o Poder Judiciário para que os direitos básicos e mais valiosos da comunidade viessem a ser observados voluntariamente, na contramão do esforço de desjudicialização dos conflitos que está sendo buscada nos dias atuais.

Além disso, recompensaria a má-fé em detrimento da boa-fé e colocaria em desvantagem competitiva as empresas que incorporassem voluntariamente em sua conduta todos os preceitos básicos de nossa sociedade.

De acordo com o Ministro Herman Benjamin, em julgado já citado neste recurso (Resp 1828620/RO), a ocorrência de publicidade abusiva afronta valores ético-jurídicos primordiais da sociedade que, portanto, ocasiona o dano moral. Diferentemente do entendimento perfilhado no acórdão recorrido, o Ministro ainda ressalta que:

Enganar o consumidor ou dele abusar vai muito além de dissabor irrelevante ou aborrecimento desprezível, de natural conduta cotidiana, aceitável na vida em sociedade. Reagir judicialmente contra o engano e o abuso na relação de consumo não revela faniquito exaltado ou mimimi ético, mas sim corresponde a acreditar em direitos conferidos pelo legislador – por meio de norma cogente de ordem pública e interesse social – e a judicializá-los quando desrespeitados.

O acórdão recorrido a faz referência a este Superior Tribunal de Justiça para negar o pedido de dano moral, argumentando que “conforme já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça, o dano moral coletivo exige uma conduta



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

que agrida, de forma totalmente injusta e intolerável, o ordenamento jurídico”, complementando que “é preciso se observar que a conduta ilícita tenha atingido a esfera moral da comunidade, ou seja, que **a violação diga respeito a valores coletivos de forma suficientemente grave** para justificar a indenização sem um prejudicado identificado”. (fls. 814/815, grifos nossos).

Está correto o Tribunal paulista ao entender, assim como faz este Tribunal, que para a ocorrência do dano moral coletivo é necessária a violação a valores coletivos de forma suficientemente grave. Mas equivocou-se ao não reconhecer a gravidade da violação no presente caso.

O Ministério Público do Estado de São Paulo, em parecer, considerou que:

Na mesma linha, anota a doutrinadora e consumerista que a publicidade abusiva “é, em resumo, a publicidade antiética, que fere a vulnerabilidade do consumidor, **que fere valores sociais básicos, que fere a própria sociedade como um todo**” (op.cit., p.864), **especialmente quanto o público-alvo é a criança e o adolescente** (art. 37,§ 2º do CDC). (fl. 765, grifos nossos).

Como já demonstrado no Recurso Especial interposto, quando do julgamento junto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, considerou-se que a “a Constituição Federal estabelece claramente o papel não só do Estado como de todos os agentes sociais na asseguaração e garantia dos direitos das crianças” (fl. 823), que o “Estatuto da Criança e do Adolescente, promulgado dois anos após a inauguração da nova ordem constitucional, traz o paradigma da ‘proteção integral’



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

reservada à criança e ao adolescente, apresentado desde o artigo primeiro” (fl. 823) e que o “o Código de Defesa do Consumidor estabelece que se caracteriza como abusiva ‘a publicidade que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança’ (art. 37, § 2º)”. (fl. 823).

Concluiu que “ao disfarçar a publicidade em ações sociais, a empresa ré violou garantias Constitucionais, Legais e Infralegais” (fl. 825)

Ora, como pode o Tribunal de Justiça de São Paulo considerar que não somente garantias legais e infralegais foram violadas, como também garantias constitucionais, e ao mesmo tempo entender que não haveria um valor ético-jurídico supremo violado apto a caracterizar o dano moral coletivo e o dano social?

E mais, no voto convergente o Tribunal entendeu que se a Recorrida incorrer em reiteração da mesma conduta estará configurado o dano moral coletivo. Vejamos:

Note-se que tal argumentação não poderá ser invocada para atos futuros. Com efeito, agora ciente da reprovabilidade, reconhecida também na segunda instância, a reiteração destas condutas certamente poderá, aí sim, ser reconhecida como capaz de ensejar dano moral coletivo e social.

Isso porque se no futuro vier a expor reiteradamente as crianças a reprovável expediente da mesma natureza, a empresa demonstrará total descumprimento não só dos deveres éticos que regem a sociedade brasileira, como também do ordenamento jurídico pátrio, que posicionam a criança como sujeito de direito dotado de absoluta



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

prioridade, sobretudo no que se refere à promoção de garantias fundamentais para o seu pleno desenvolvimento. (fls. 822/823)

Concluindo que:

Com esses pressupostos, o caso sob exame ganha especial relevo, uma vez que, no futuro, a empresa ré não poderá se eximir de cumprir o aqui determinado, sob pena de se caracterizar o total descaso aos preceitos éticos que regem a sociedade brasileira, em especial no tocante à proteção integral, absoluta e prioritária da criança.

Exige-se do Estado e de toda a sociedade civil condutas que garantam o efetivo acesso e promoção integral, prioritária e absoluta destes direitos. Em oposição, nas hipóteses em que tais direitos e garantias forem violados, estaremos diante de nítido rebaixamento do patrimônio moral da sociedade concomitantemente à diminuição da qualidade de vida de seus cidadãos, uma vez que temos nas crianças o nosso futuro enquanto nação. (fls. 826)

Resta claro, portanto, que houve “descaso aos preceitos éticos que regem a sociedade brasileira, em especial no tocante à proteção integral, absoluta e prioritária da criança”, mas que o Tribunal só reconhecerá o dano moral se a Recorrida praticar novamente a conduta ilícita.

Beira o absurdo não punir a agravante somente porque foi a sua primeira prática ilícita.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A rigor, necessário destacar que não foi caso isolado, mas comportamento reiterado e que teve lugar em elevado número de estabelecimentos de ensino. Ora, não era necessária a sentença judicial para que a agravante adequasse seu comportamento ao estabelecido no nosso ordenamento jurídico.

A ausência de consequências é o mesmo que o Judiciário, em um processo criminal, por exemplo, reconhecer que houve crime, que um bem jurídico de suma importância foi violado, identificar a autoria, mas deixar de punir porque foi a primeira vez e sem aplicar qualquer outra medida para além da pena (no direito penal e processual penal, ao menos, existe o instituto da transação penal e da suspensão condicional do processo, que exigem o cumprimento de uma série de requisitos para que haja o arquivamento da ação penal ou para que ela nem venha a ser iniciada).

A ausência de consequências é o mesmo que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 1.546.170 – SP, deixar de aplicar o dano moral à Hyundai, que fez publicidade enganosa, somente porque foi a sua primeira vez (o que obviamente não aconteceu e o Tribunal reconheceu o dano moral e fixou o valor de indenização em R\$ 1.000.000,00 (hum milhão de reais).

Não reconhecer a existência do dano moral e do dano social neste caso é, incoerente e contraditoriamente, o mesmo que dizer que não houve violação aos direitos de uma coletividade de crianças e adolescentes, mesmo o Tribunal tendo expressamente dito que houve.

Pelo exposto, tendo sido reconhecida a ilegalidade das condutas da agravante com a afronta a valores jurídicos caros para uma sociedade principalmente porque envolve crianças e adolescentes, não há nenhuma necessidade de nova valorização de fatos, pois estes são incontroversos.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Resta claro, portanto, o atendimento dos requisitos de admissibilidade do recurso especial e a demonstração de violação ao artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor e dos artigos 17 e 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

- CAPÍTULO 5 – DOS PEDIDOS –

Pede-se, de início, que seja realizado o juízo de retração, e, subsidiariamente, que se remeta os autos ao Superior Tribunal de Justiça para que o recurso interposto seja admitido com o consequente provimento do Recurso Especial.

São Paulo, 30 de agosto de 2021.

LUIZ FERNANDO BABY MIRANDA

Defensor Público

Núcleo Especializado de Defesa do
Consumidor

NATHÁLIA MARIA BOCCARDO

Estagiária de Direito

Núcleo Especializado de Defesa do
Consumidor

ESTELA WAKSBERG GUERRINI

Defensora Pública

Núcleo Especializado de Defesa do
Consumidor

**MARCOS VINÍCIUS DOS SANTOS
GONÇALVES**

Estagiário de Direito

Núcleo Especializado de Defesa do
Consumidor