



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE RIBEIRÃO PRETO

FORO DE RIBEIRÃO PRETO

7ª VARA CÍVEL

RUA ALICE ALÉM SAADI, 1010, Ribeirão Preto-SP - CEP
14096-570

SENTENÇA

Processo nº: **0055555-56.2011.8.26.0506**
 Classe – Assunto: **Ação Civil Pública - DIREITO DO CONSUMIDOR**
 Requerente: **Ministerio Publico do Estado de Sao Paulo**
 Requerido: **Brascon Home Telemarketing Ltda**

C O N C L U S Ã O

Em 30 de maio de 2014, os autos são remetidos conclusos ao Exmo. Sr. Dr. Thomaz Carvalhaes Ferreira, MM. Juiz de Direito desta 7ª Vara Cível da Comarca de Ribeirão Preto-SP.

Juiz(a) de Direito: Dr(a). Thomaz Carvalhaes Ferreira

VISTOS.

I - RELATÓRIO.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO ajuizou ação civil pública (cominatória/indenizatória) contra **BRASCOM HOME TELEMARKETING LTDA**, pelo rito especial, sob o resumido fundamento de que a ré é detentora da marca “**POTENCIL**”, cujo produto, manipulado por dois laboratórios, é comercializado pelo sistema *call center*, vendido em cápsulas para consumidores (de ambos os sexos), com o propósito de corrigir disfunções sexuais; no entanto, cuida-se de composto alimentar de guaraná e açaí, além de cafeína, qualificado como alimento pelo Ministério da Saúde; a ré promete falsamente melhorias sem confirmação científica da eficácia, agindo de má-fé, induzindo potencialmente os adquirentes ao erro; além disto, as embalagens não informam corretamente a composição; com isso, há prática de publicidade enganosa e abusiva, em afronta aos preceitos do Código de Defesa do Consumidor listados na inicial, objetivando-se lucro financeiro, pois a matéria-prima é adquirida por baixo custo e revendido o produto final a preço elevado; os fatos geraram reclamações de consumidores; a responsabilidade da comerciante é objetiva pelo fato do produto; ocorreram danos morais difusos, passíveis de reparação.

Pretende-se, assim, primeiramente em sede liminar e, após, definitivamente, sob pena de multas: 1) a obrigação de não fazer consistente na abstenção de publicidades, por quaisquer meios, ainda que subliminarmente, de propriedades ou efeitos destinados ao tratamento ou cura de problemas de ordem sexual; 2) as obrigações de fazer consubstanciadas: a) em contrapropaganda com advertência expressa de que se trata de alimento sem evidências científicas de combate a qualquer tipo de doença de natureza sexual; b) adequação das embalagens com mensagem facilmente transmitida no mesmo sentido anterior.

Ao final quer o autor a condenação do polo passivo à indenização por danos morais difusos estimada no mínimo em R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Acompanhando a inicial foi juntado o inquérito civil instaurado perante a Promotoria de Justiça do Consumidor.

A medida liminar foi parcialmente concedida ordenando a abstenção da ré de divulgar publicidade do produto litigioso com referência a tratamentos de ordem sexual, sob pena de multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por infração cometida (fls. 314).

Em contestação a ré levantou questão prejudicial à resolução do mérito, alegando preliminarmente ilegitimidade ativa do MP; quanto ao mérito resumidamente alegou que os rótulos foram aprovados pela ANVISA, contendo todos os dados exigidos pelo órgão regulador, além de informações nutricionais adequadas e advertência do Ministério da Saúde sobre a ausência de evidências científicas comprovadas; a propaganda não é enganosa; há comprovação das propriedades benéficas dos componentes (estimulantes, de valor energético e antioxidante, melhorando as atividades física/mental); o site da empresa foi reformulado; trata-se de produto natural, respaldado em estudos e trabalhos científicos publicados atestando a sua eficácia; deve prevalecer a liberdade de expressão, sem censura; ao final impugnou especificadamente a pretensão indenizatória.

Seguiram-se: réplica; juntadas documentais; despacho de especificação probatória; requerimento convergente das partes ao julgamento antecipado; tentativa frustrada de conciliação em



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE RIBEIRÃO PRETO

FORO DE RIBEIRÃO PRETO

7ª VARA CÍVEL

RUA ALICE ALÉM SAADI, 1010, Ribeirão Preto-SP - CEP
14096-570

audiência pela ausência injustificada da ré, que havia requerido a sua designação.

II- FUNDAMENTAÇÃO.

O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença, quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência (artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil).

Atende-se, assim, ao desejo convergente dos litigantes voltado ao imediato desfecho da lide.

Inicialmente cumpre afastar a única questão preliminar defensiva.

O Ministério Público é parte legítima ativa.

A presente ação civil pública foi ajuizada com base no seguinte dispositivo legal extraído do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 81 - A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeito deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

A Lei nº 7.347/85 ressalta a aplicabilidade do CDC na defesa coletiva dos consumidores em juízo (art. 21).

É função institucional do MP promover a ação civil pública para a proteção dos interesses difusos e coletivos (art. 129, inciso III, CF/88).

Pouco releva a queixa registrada formalmente em nome de apenas uma consumidora, meramente a título ilustrativo.

Os demais lesados são pessoas indeterminadas, vítimas do evento danoso.

Confira-se o entendimento do E. Tribunal de Justiça de São Paulo:

*“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”* (Ap. nº 0003989-52.2010.8.26.0361, 21^a Câm. D. Priv., Rel. Virgilio de Oliveira Junior, julg. em 13/08/2012) – grifei.

Colhe-se o seguinte trecho do aludido julgamento colegiado:

*“Sobre a propaganda enganosa, Hugo Nigro Mazzilli, em sua obra a *Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, destaca que “É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedade, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. É enganosa por omissão a propaganda que deixe de informar o consumidor sobre dado essencial do produto ou serviço. Afinal, a propaganda enganosa prejudica não só os que adquiriram o produto (*interesses individuais homogêneos*) como as pessoas indeterminadas e indetermináveis que tiveram acesso à publicidade (*interesses difusos*), tenham ou não adquirido o produto, mas que têm direito à informação correta sobre eles” [cf, Hugo Nigro Mazzili, *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, Ed. Saraiva, 24^a edição, pags. 184/185].*

Superado o entrave de ordem processual, no mérito melhor sorte não está reservada à defendant, ressalvada a observação



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE RIBEIRÃO PRETO

FORO DE RIBEIRÃO PRETO

7ª VARA CÍVEL

RUA ALICE ALÉM SAADI, 1010, Ribeirão Preto-SP - CEP
14096-570

final de que parte da pretensão foi atendida durante o trâmite processual, com algumas correções publicitárias (art. 462, CPC).

A ré está sendo acusada de vender um produto alimentar com supostos poderes medicinais, induzindo os consumidores a erro, iludidos com falsa expectativa de melhoria no desempenho sexual.

O denominado “POTENCIL” é basicamente composto de duas substâncias advindas da natureza e popularmente muito conhecidas neste país: guaraná e açaí.

Na fórmula condensada em cápsulas acrescentam-se outros componentes, especialmente a cafeína.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária constatou que se trata de um alimento, ao qual descabe a atribuição de qualquer outra propriedade; alegações de efeitos terapêuticos (cura/tratamento/prevenção de doenças) são exclusivas de produtos registrados como medicamentos (fls. 76/77).

A ré foi autuada administrativamente pela ANVISA e multada pela prática de propaganda irregular (enganosa/abusiva), pois divulgava a eficácia típica de medicamentos ao aludido produto alimentar (fls. 413/414 e 416/417).

O mesmo já havia ocorrido no âmbito da Secretaria Municipal de Saúde de Ribeirão Preto por omissão publicitária de que o produto se tratava de alimento (fls. 34, 91 e 100).

Trata-se de um suplemento alimentar que é comercializado como se fosse um energético natural, estimulante sexual ou afrodisíaco.

A ré sequer distingue, nas mensagens dos comerciais de publicidade, a diferença entre os produtos destinados a homens e mulheres, cujas composições têm mínima alteração.

Assim, é possível constatar que o produto é registrado na ANVISA como alimento e vendido como um medicamento milagroso.

Consta dos autos que, mesmo após as autuações iniciais extrajudiciais, a ré continuou fazendo propaganda irregular mediante *outdoors* (fls. 105/106).

É verdade que, após o ajuizamento, a ré chegou a reformular parcialmente o teor das publicidades, alardeando enfim que “não se trata de remédio”, sem efeitos colaterais, mas continuou desafiando a tutela liminar concedida, insistindo em comercializar o produto com forte apelo de incremento do desejo sexual, aumento do ânimo e do prazer para o sexo.

O primeiro vídeo exibido nos autos (meio magnético copiado às fls. 89) mostrava, ao seu final, a tradicional advertência típica de remédios vendidos em farmácias (“*ao persistirem os sintomas o médico deverá ser procurado*”).

Ora, tal constatação revelava a verdadeira intenção da distribuidora, ou seja, vender alimento como se fosse medicamento.

O novo vídeo (CD de fls. 448), como visto, foi aprimorado e reformulado, sem abandonar o objetivo disfarçado de alavancar as vendas às custas da ignorância sobre a real potencialidade alimentar do produto.

Foi contratado um conhecido artista global como “garoto-propaganda” (fls. 426), cujas mensagens anexas traziam o *slogan*: “*se o sexo vai bem, tudo vai bem*”; paralelamente, continuou a ré a defender a ideia de que se trata de um ativador sexual.

As embalagens dos recipientes contendo as cápsulas passaram a conter uma mensagem lateral diminuta, precedida de um asterisco, com os seguintes dizeres, praticamente ilegíveis: “O MINISTÉRIO DA SAÚDE ADVERTE: NÃO EXISTEM EVIDÊNCIAS CIENTÍFICAS COMPROVADAS DE QUE ESTE ALIMENTO PREVINA, TRATE OU CURE DOENÇAS” (fls. 356/359 e 449/450).

Aqui foi reproduzido o alerta com letras maiúsculas, propositadamente, bem diferente do trecho constante dos rótulos originais, cujos leitores precisam de visão privilegiada ou auxílio de lupa para conseguirem enxergar seu inteiro teor.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE RIBEIRÃO PRETO

FORO DE RIBEIRÃO PRETO

7ª VARA CÍVEL

RUA ALICE ALÉM SAADI, 1010, Ribeirão Preto-SP - CEP
14096-570

Nem se alegue que a campanha publicitária seguiu as regras estabelecidas pelo CONAR para veiculação nas principais emissoras do país ou que é livre a expressão publicitária, imune a decotes.

O Estado intervém na atividade comercial danosa que causa prejuízo coletivo, não se cuidado, à toda evidência, de censura.

O “POTENCIL” é divulgado como “poderoso composto natural” e, juntamente à menção de suas propriedades naturais, aparecem referências claras de *conquistas, galanteios e figura ao fundo de um casal na cama*, tudo a evidenciar a impressão inverídica de que resolve qualquer anomalia sexual das vítimas (por exemplo: aumento da libido, combate à frigidez feminina e melhora da ereção masculina).

Tal situação também não autoriza a ré a desobedecer preceitos normativos hierarquicamente superiores.

O Código de Defesa do Consumidor dispõe:

Art. 4 - A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (“Caput” com redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.03.95).

Art. 6 - São direitos básicos do consumidor:

(...)

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

(...)

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

Art. 36 - A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

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

Parágrafo primeiro - É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

Parágrafo segundo - 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.

Parágrafo terceiro - Para os efeitos deste Código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

Art. 60 - A imposição de contrapropaganda será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, nos termos do artigo 36 e seus parágrafos, sempre às expensas do infrator.

Parágrafo primeiro - A contrapropaganda será divulgada pelo responsável da mesma forma, freqüência e dimensão e preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva.

Art. 67 - Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva:

Pena - Detenção de três meses a um ano e multa.

Finalmente, tentou a ré comprovar, sem êxito persuasivo, a existência de trabalhos científicos que pudessem alicerçar a eficácia do produto.

É admissível a hipótese de que o açaí tem atividade *antioxidante*, assim como o *própolis* produz efeitos *antimicrobianos* (fls. 481); igualmente, não se põe em dúvida sobre o destaque para a alta concentração de *cafeína no guaraná* (fls. 499).

Todavia, a ré se omitiu do dever probatório referente aos estudos da ciência voltados à comprovação de melhora do desempenho sexual dos usuários de seu produto.

Trata-se de relação de consumo sujeita ao Código do Consumidor (CDC), que prevê a possibilidade de inversão do ônus probatório em favor da parte hipossuficiente ou quando se verificar a verossimilhança das suas alegações (art. 6º, inciso VIII):



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE RIBEIRÃO PRETO

FORO DE RIBEIRÃO PRETO

7ª VARA CÍVEL

RUA ALICE ALÉM SAADI, 1010, Ribeirão Preto-SP - CEP
14096-570

(...) 5- *Na verdade, há um problema semântico. Não se trata, na verdade, de “inversão do ônus da prova”, já que nada é invertido, em termos da prova. O que se dá é que, no momento de julgar, o magistrado está autorizado, como último recurso, a “inverter a regra comum de distribuição do ônus da prova”* (MONNERAT, Carlos Fonseca. “Ciência às partes sobre a inversão do ônus da prova”, in Cadernos Jurídicos nº 24, novembro-dezembro/2004. Escola Paulista da Magistratura: São Paulo, p. 101-110) – destaquei.

Já decidiu o E. Tribunal de Justiça de São Paulo em situação similar: “*Câmara Extraordinária. Resolução nº 608.2013. Processos entrados no Tribunal em 2008 e 2009 e distribuídos a outros relatores. Redistribuição excepcional para cumprimento da Meta 2 do CNJ. Ação civil pública. Obrigação de não fazer relacionada à veiculação de produtos fitoterápicos da flora medicinal brasileira sem exigir do anunciante a comprovação científica de seus efeitos terapêuticos e comprovação de que tenham sido classificados como anódinos pelo Ministério da Saúde, bem como abster-se de veicular publicidade de medicamentos de venda sem exigência de prescrição que contenha informação sobre ser alimento, cosmético ou outro produto de consumo. Correção da r. sentença e considerações sobre o tema. Recurso parcialmente provido tão somente para afastar os honorários advocatícios*

” (Apelação Cível nº 9251372-70.2008.8.26.0000, 1ª Câm. Extraord. D. Priv., Rel. Maia da Cunha, julg. em 14/11/2013).

Extrai-se do V. Acórdão:

“*E por medicamento se deve entender o “produto farmacêutico, tecnicamente obtido ou elaborado, com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico” (art. 4º, II, da Lei nº 5991/73), regra na qual se inserem apesar dos esforços da apelante para transmudar suas naturezas e destinações com a finalidade de transmudá-los para alimentos e cosméticos.*

Não foi por outra razão, aliás, que, como lembra a própria apelante, foi multada pela ANVISA em relação aos produtos mencionados, na condição de medicamentos sujeitos ao disposto na Lei nº 9294/96, que dispõe sobre “as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumígenos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do parágrafo quarto do artigo 220 da Constituição”.

Por outro lado, o Código de Defesa do Consumidor, no art. 37, nos §§ 1º a 3º, vedo a publicidade enganosa, como é aquela que cuida de medicamento como se fosse cosmético ou alimento e capaz de levar a engano o consumidor e colocar em risco a sua saúde pela falta de informação essencial do produto, incidindo exatamente na hipótese em julgamento que, além disso, ainda veicula produtos fitoterápicos da flora sem que seja o anunciante obrigado a exhibir a comprovação científica ou de classificação anódina pelo Ministério da Saúde”.

No caso destes autos ocorreu exatamente o inverso, isto é, a ré anuncia um alimento como se fosse remédio, cometendo ilícito por condutas ativas (na publicidade ostensiva) ou por omissão (deixando de informar o destinatário corretamente).

No tocante à consumidora que se sentiu lesada e fez a reclamação à Promotoria do Consumidor (fls. 110), é certo que não logrou sucesso em se ver reparada moralmente, no plano individual; porém, é imperioso destacar a motivação do cuidadoso e bem elaborado julgado proferido pela Dra. Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini, da 9ª Vara Cível local, vazada nos seguintes termos, que militam em franco desfavor da tese defensiva e que foram omitidos da respectiva manifestação da ré nestes autos (fls. 437/438):

(...) “bastaria anexar pesquisas científicas, estatísticas, comprovando que o produto já foi testado em outras pessoas e que surtiu os efeitos prometidos. Não foi o que ocorreu. No site que comercializa o produto, cuja pesquisa foi pessoalmente feita por esta magistrada, constam algumas promessas como: "ajuda a trazer de volta o prazer e ânimo", "melhora o desempenho", "contribui para o equilíbrio físico e mental", "traz mais energia e vitalidade", "não tem efeitos colaterais", "não engorda". Nada obstante, não consta nenhuma ressalva como, por exemplo, os mencionados efeitos variam de pessoa para pessoa, ou, o produto pode não surtir os mencionados efeitos. Pelo



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE RIBEIRÃO PRETO

FORO DE RIBEIRÃO PRETO

7ª VARA CÍVEL

RUA ALICE ALÉM SAADI, 1010, Ribeirão Preto-SP - CEP
14096-570

contrário, todos os anúncios ali divulgados dão como certos efeitos que, como se sabe, sujeita-se a variações que vão desde o aspecto físico ao psicológico. Uma pessoa depressiva poderia não sentir ânimo sexual, nem ter seu desempenho melhorado, uma pessoa com tendências a engordar, poderia engordar. O contrário não foi provado, apenas anunciado. Falhou a empresa ré ao não cumprir com sua obrigação de informar, desrespeitando um direito básico do consumidor previsto no artigo 6º, incisos II e III do Código de Defesa do Consumidor. A propósito, leciona Rizzato Nunes: "Com efeito, na sistemática implantada pelo CDC, o fornecedor está obrigado a prestar todas as informações acerca do produto e do serviço, suas características, qualidades, riscos, preços, etc., de maneira clara e precisa, não se admitindo falhas ou omissões". (Curso de Direito do Consumidor, 4ª Edição, Ed. Saraiva, pag. 136). O Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária dispõe em seu artigo 23: Para ser caracterizado como honesto, o anúncio deve ser realizado de forma a não abusar da confiança do consumidor, não explorar sua falta de experiência ou de conhecimento, nem se beneficiar de sua credulidade. No mais, em que pese a alegação da empresa ré, alegação esta não comprovada, de que seu produto enquadra-se na categoria novos alimentos, ao que tudo indica, na verdade, trata-se de produto da categoria medicamentos populares. Rizzato Nunes, op. cit. pág. 452, conceitua medicamentos populares como sendo: "aqueles considerados por lei como de venda livre. São medicamentos reconhecidos pelo competente órgão do Ministério da Saúde como seguros para uso de consumidores com base em sua formulação e rotulagem. São produtos geralmente formulados para alívio sintomático ou tratamento de pequenos males facilmente reconhecidos por consumidores". No tocante à publicidade desses medicamentos, as regras elaboradas pela Associação Brasileira da Indústria Farmacêutica Abifarma dispõe que não deverá ser feita de molde a sugerir cura ou prevenção de qualquer doença que exija tratamento sob supervisão médica. Sabe-se que o desinteresse sexual pode ter causas que necessitam de avaliação e tratamento médico. Consta ainda no campo "sobre potencial" do site, a seguinte descrição: "Estudos indicam que os componentes químicos da

formulação de Potencil ajudam a proteger seu coração, melhoram o desempenho do seu sistema imunológico, ajuda na construção e reconstrução muscular devolvendo assim o tônus muscular, tem ação antioxidante evitando assim o envelhecimento precoce e atua diretamente no sistema nervoso central." Foi feita mera alusão a estudos, porém, nenhum estudo, pesquisa, dados científicos foram anexados aos autos de forma a comprovar que o produto, de fato, já foi testado e surtiu os mencionados efeitos. Ademais, afirma a ré que o produto é natural, contendo em sua composição guaraná e açaí. A Lei n. 9.294/96, que dispõe sobre restrições ao uso e à publicidade de produtos fumígeros, bebidas alcoólicas e, medicamentos e terapias, prevê em seu artigo 7º, §3º: "Os produtos fitoterápicos da flora medicinal brasileira enquadrados na condição de venda livre deverão apresentar comprovação científica dos seus efeitos terapêuticos no prazo de 5 anos, contado da data de publicação da Lei n. 9294/96, sem o que sua publicidade estará proibida." No caso em tela, foram feitas apenas afirmativas quanto aos efeitos, porém, sem nenhuma comprovação. Logo, nada obstante a ré tenha afirmado ser impossível a autora não ter sentido nenhum efeito, não logrou comprovar o contrário, sendo que, considerando a inversão, a empresa ré não se desincumbiu de seu ônus probatório. Observa-se, ainda, que o prazo de reflexão mencionado na contestação da ré e previsto no CDC é mera faculdade do consumidor e, uma vez não exercido, não inviabiliza a discussão posterior quanto a alegados vícios. Pretende a autora com sua ação a restituição imediata da quantia paga, faculdade conferida no artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor. Concluindo-se, pois, que o produto não surtiu o efeito prometido, deve o valor por ele cobrado ser devolvido à autora" (sublinhei).

Consta que naquele feito a r. sentença transitou em julgado e a ré devolveu o dinheiro à consumidora (reparação material).

No mais, contrariamente ao sustentado na resposta, há notícias de outros consumidores que se sentiram enganados (vide ofícios advindos do PROCON-SP – fls. 88 e 90 – bem como da Promotoria de Justiça Cível de Colatina-ES – fls. 296/298 e r. decisão do juízo do 2º Juizado Especial Cível daquela Comarca – fls. 311).

A melhor doutrina especializada se refere aos princípios da veracidade e da não abusividade da publicidade - artigo 37, §§1º e 2º, CDC (Leonardo de Medeiros Garcia – “Direito do Consumidor –



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE RIBEIRÃO PRETO

FORO DE RIBEIRÃO PRETO

7ª VARA CÍVEL

RUA ALICE ALÉM SAADI, 1010, Ribeirão Preto-SP - CEP
14096-570

Código Comentado e Jurisprudência” – ed. JusPODIVM, 10^a edição, 2014, pág. 293): “Outro princípio adotado no artigo é o princípio da transparência da fundamentação, estipulado no parágrafo único, ordenando aos fornecedores manterem, em seu poder dados fáticos, técnicos e científicos capazes, a quem interessar, de comprovar a veracidade do vinculado na publicidade [o autor se refere ao artigo 36].

O que se busca no dispositivo é fazer com que as informações publicitárias sejam dotadas de veracidade e correção, de modo a evitar que os anunciantes ofereçam vantagens fantasiosas ou irreais dos produtos ou serviços, para que o consumidor saiba, realmente, o que está adquirindo, em perfeita consonância com o princípio da boa-fé objetiva” (ob. cit., pág. 294).

O mesmo autor indica pertinente julgado do E. Superior Tribunal de Justiça: “A publicidade enganosa, a luz do Código de Defesa do Consumidor (art. 37, CDC), não exige prova da vontade de enganar o consumidor, tampouco tal nefanda prática também colha que deva estar evidenciada de plano sua ilegalidade, ou seja, **a publicidade pode ter aparência de absoluta legalidade na sua veiculação, mas, por omitir dado essencial para formação do juízo de opção do consumidor, finda por induzi-lo a erro ou tão somente coloca dúvidas acerca do produto ou serviço oferecido, contaminando sua decisão**” (REsp 1317338/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2^a Turma) – ob. cit., pág. 296 – destaquei.

É isso o que ocorreu no caso concreto.

Vale dizer, conforme bem delineado pelo Dr. Promotor de Justiça na sua inicial, houve publicidade enganosa (revestida de falsa promessa de trato de distúrbios sexuais) e abusiva (exploração da boa crença popular de vítimas facilmente suscetíveis).

A responsabilidade da empresa fornecedora, por informações insuficientes ou inadequadas, pelo fato do produto, é objetiva (art. 12, CDC), não dependendo da averiguação de culpa.

Luiz Antonio Rizzato Nunes leciona: “... todo tipo de responsabilidade do fornecedor no CDC é objetivo, com exceção do caso do profissional liberal na previsão do §4º do art. 14, com as características apontadas” (“Comentários ao Código de Defesa do Consumidor”, Saraiva, 2000, pág. 233).

Acerca da necessidade de reparação dos danos, já decidiu o E. STJ: “A divulgação, informada por culpa grave, de publicidade manifestamente enganosa, pode acarretar a responsabilidade pelo resarcimento de eventuais danos aos consumidores” (REsp 92395/RS, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. em 05/02/1998 – 3ª Turma – ob. cit. de Leonardo de Medeiros Garcia, pág. 304).

No V. Acórdão mencionado ao início desta motivação, do E. TJSP, tira-se da sua parte final: (...) “No caso, considerando o desvalor da conduta, o bem jurídico tutelado, o número de pessoas atingidas e a capacidade econômica da ré, entende-se razoável a indenização pleiteada no montante de R\$ 100.000,00 [cem mil reais], revertidos ao Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos” (Ap. nº 0003989-52.2010.8.26.0361).

Esta é a quantia sugerida na inicial e que deve ser arbitrada: “Para a obtenção da indenização pelo dano moral puro não se exige a comprovação dos reflexos patrimoniais” (Wladimir Valler, “A Reparação do Dano Moral no Direito Brasileiro”, 3ª ed., 1995, E.V. Editora Ltda., pág. 145).

A indenização mede-se pela extensão do dano (art. 944, Código Civil).

Para efeito de quantificar o valor justo a ser objeto da pretendida reparação o juízo deve pautar seu arbitramento na teoria do desestímulo e no princípio da razoabilidade.

A conduta praticada pela ré teve grande repercussão, atingindo um presumido número considerável de consumidores ludibriados, tendo a infratora se aproveitado de situações de vulnerabilidade e fraqueza para aferição de lucros. Nem mesmo punições administrativas, de valores menores, bem como a tutela de urgência antecipada liminarmente, sob pena de multa, tiveram efeito inibitório.

O capital social da ré era de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) em janeiro/2011 (fls. 353).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE RIBEIRÃO PRETO

FORO DE RIBEIRÃO PRETO

7ª VARA CÍVEL

RUA ALICE ALÉM SAADI, 1010, Ribeirão Preto-SP - CEP
14096-570

Dentro deste panorama, qualquer outra penalidade monetária seria ineficaz aos fins colimados.

Assim, é de rigor a procedência do pleito indenizatório, na integralidade.

De resto, procedem em parte os pedidos cominatórios, sem qualquer reflexo sucumbencial desfavoravelmente ao autor da ação.

Afinal, somente por coerção da demanda é que a ré tomou alguma providência.

Para ilustrar a situação, amolda-se ao caso precedente jurisprudencial relevante: “*HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - Extinção da ação por causa superveniente - Sucumbência - Princípio da causalidade - Aplicação - CPC, artigos 20 e 462.* ... ***A solução que tem prevalecido, em tema de sucumbência, é a aplicação do princípio da causalidade e não propriamente pela regra da sucumbência. Com efeito, neste aspecto, leciona Yussef Said Cahali que a regra da sucumbência não desfruta aplicação adequada, devendo prevalecer, na plenitude de seu vigor, o princípio da causalidade.***

E, sugere que se proceda a um julgamento hipotético da lide, embora extinta a ação pela causa superveniente, de modo que a ocorrência do fato superveniente apenas prejudica ao pedido principal, provocando-lhe a extinção, mas não interfere no exame da responsabilidade pelo ônus de sucumbência. Em outras palavras, cumpre ao juiz verificar qual teria sido a sua decisão de mérito se o "jus superveniens" não tivesse ocorrido. Na jurisprudência, reiterados são os pronunciamentos na direção de que o direito superveniente não determina a desistência da ação, mas apenas a sua consideração no momento da sentença, e se ao vencido cabe suportar os encargos de sucumbência, não há dúvida de que é preciso, para estabelecer tais ônus, o exame da questão de fundo, para a verificação de quem tinha o direito controvertido antes do fato

superveniente ...” (2ºTACivSP - Ap. s/ Rev. nº 628.539 - São Paulo - Rel. Juiz Artur Marques - J. 18.02.2002) – grifei.

A liminar será consolidada em definitivo, sem prejuízo da oportuna exigibilidade da multa cominada liminarmente (art. 12, §2º, LACP), com majoração doravante, diante da desobediência do polo passivo em seu cumprimento (art. 461, §6º, CPC).

E recomenda-se a extensão da tutela já antecipada.

Corroborando a necessidade de antecipação do provimento, vide o teor do seguinte julgado:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LIMINAR - Existência de relevância nas alegações apresentadas na demanda principal, com possibilidade de ocorrência de ineficácia da medida, bem como fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação para os consumidores - Presença dos pressupostos do artigo 461 do CPC - Demais alegações que se referem ao mérito - Recurso não provido” (AI nº 9026220-67.2009.8.26.0000, Rel. Roberto Mac Cracken, 5ª Câm. D. Priv., julg. em 01/04/2009).

Despicienda se torna a divulgação da contrapropaganda alvitrada na inicial diante dos esclarecimentos constantes dos autos sobre a adequação de que o produto vendido se trata de **alimento** e não medicamento.

Importa **redimensionar** o tamanho e a visibilidade da advertência já inserida no rótulo das embalagens do “POTENCIL”, adequando-a ao nível razoável, ou seja, de forma ostensiva e de fácil leitura, o que ainda não ocorreu; nesta hipótese os avisos de alerta devem alcançar o devido destaque, situando-se abaixo da legenda principal do nome estampado do produto.

III - DECISÃO.

Ante o exposto, **TORNO DEFINITIVA** a tutela liminar antecipada (fls. 314, item “2”), para que a ré se **ABSTENHA** de divulgar, por qualquer meio, publicidade do produto “**POTENCIL**” contendo propriedades de prevenção, tratamento ou cura de disfunções sexuais, aumento da libido ou efeitos relativos à sexualidade de homens/mulheres, sob pena de multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por infração unitária devidamente comprovada nos autos (*item 1.1 de fls. 23 da inicial*).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE RIBEIRÃO PRETO

FORO DE RIBEIRÃO PRETO

7ª VARA CÍVEL

RUA ALICE ALÉM SAADI, 1010, Ribeirão Preto-SP - CEP
14096-570

Nos termos da fundamentação acima deste julgado, prejudicados em parte os demais pedidos de obrigação de fazer (*contrapropaganda e adequação das embalagens – itens 6.2 e 6.3 – fls. 25/26*), por perda do objeto decorrente de fato superveniente ao aforamento, **JULGO-OS EXTINTOS SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO**, com fundamento no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil.

Outrossim, **CONDENO** a ré a **readequar** os rótulos do produto, deslocando a mensagem de que ***não existem evidências científicas comprovadas de que este alimento previna, trate ou cure doenças***, a fim de que tenha aumentado seu tamanho, no mínimo igual àquele que indica a quantidade de cápsulas, bem como seja inserida abaixo da denominação principal “**POTENCIL**”, na linha horizontal, de forma a ensejar fácil leitura, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa de R\$ 1.000,00 (mil reais) por unidade apreendida pelos órgãos de proteção aos direitos do consumidor indicados na inicial (*item 6.3 – fls. 26*) - art. 461, parágrafos 4º a 6º, CPC – **estendendo os efeitos da tutela liminar já concedida, de modo a abranger também tal determinação.**

CONDENO a ré, ainda, à indenização por danos morais difusos da quantia de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a ser corrigida monetariamente desde este arbitramento (Súmula 362, STJ) e acrescida de juros moratórios legais de 1% (hum por cento) ao mês a partir da data do evento danoso, considerada da instauração do inquérito civil na Promotoria de Justiça local (Súmula 54, STJ) – 18/07/2011 – fls. 32 – tratando-se de responsabilidade extracontratual.

Caso a parte devedora não efetue o pagamento em 15 (quinze) dias, contados do trânsito desta em julgado, o montante da condenação será acrescido de multa de 10% (dez por cento) - artigo 475-J do CPC.

A verba indenizatória deverá ser revertida ao Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos, a teor do requerimento inicial.

Oficie-se com cópia desta sentença ao PROCON local e à ANVISA, ressaltando-se que pende de trânsito em julgado.

Expeça-se, **com urgência**, carta de intimação, via postal com AR, com cópia desta sentença, na pessoa de qualquer representante legal da ré (Súmula 410, STJ) para imediato cumprimento.

Arcará a parte demandada com as custas e despesas processuais (art. 18, Lei nº 7.347/85).

Cumpra-se a decisão proferida no incidente em apenso (impugnação ao valor da causa).

P.R.I.C.

Ciência ao MP.

Ribeirão Preto, 24 de junho de 2014.

THOMAZ CARVALHAES FERREIRA

Juiz de Direito

[assinatura digital]

RECEBIMENTO - CERTIDÃO

Em _____ recebi estes autos em Cartório; certifico e dou fé que o registro da r. sentença se deu diretamente através do Sistema de Automação da Justiça-SAJ/PG.

Ribeirão Preto, _____ .